

ESCOLHA SOBRE A VIDA E A MORTE: A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO TESTAMENTO VITAL¹

CHOICE ABOUT LIFE AND DEATH: THE LEGAL POSSIBILITY OF LIVING WILL

André Luiz Silveira de Lima Júnior²
Fernando Antônio de Carvalho Dantas

RESUMO

Os avanços tecnológicos vieram concretizar a medicalização no cotidiano das pessoas, o que possibilitou uma infinidade de tratamentos ofertados pelo sistema de saúde, inclusive com a mudança do local da morte para os hospitais. Diante disso, a manutenção da vida e a escolha por um fim digno, passam a ser opções ao paciente, em virtude de sua capacidade na escolha do método a ser utilizado. Todavia, a problemática da disposição sobre o direito à vida, o que, na sua impossibilidade, poderia vir a conflitar com o direito à liberdade, acaba por refletir na própria Dignidade da Pessoa Humana. Em alguns casos, o indivíduo encontra-se impossibilitado de se manifestar, principalmente pela perda de sua capacidade, mesmo que momentânea. O Testamento Vital vem com a proposta de solucionar esse problema, visto que se refere à diretiva antecipadora da vontade, a qual, diante da ausência de disposição prévia, encontra-se a decisão tutelada pela família e, até mesmo, pelos médicos, então responsáveis pela escolha do tratamento. O presente artigo vem, portanto, analisar a possibilidade da validade jurídica desse instrumento, com fundamento a partir da Dignidade da Pessoa humana e da conciliação dos direitos à vida e à liberdade.

Palavras-Chaves: Biodireito. Testamento Vital. Dignidade da Pessoa Humana.

¹ O presente artigo é resultado de uma monografia de orientação do Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas, doutor e mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), pós-doutor pela Universidad Nacional de Costa Rica (UNCR), docente titular do curso de Direito da Universidade Federal de Goiás (UFG).

² Graduando em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG).

ABSTRACT

Technological advances has implanted the medicalization in daily life, allowing many methods of treatments offered by the health system, including the change of place of death to the hospitals. Therefore, the maintenance of life and the choice for a dignity death, become options to the patient, because of their capacity to choose the method to be used. However, the disposition of life, which, in their absence, could result in conflict with the right to choose, ends up reflecting at Human Dignity. In some cases, it is impossible to individual manifestation because loss of that capacity, even if temporary. Living Will comes to solve this problem, since it refers to anticipated manifestation of a wish, which, do not existing an advance directive, the decision is made by family and doctors, responsible for the choice of treatment. This article will analyse the legal possibility of this instrument, based in Human Dignity and the conciliation between right to life and liberty.

Keywords: Biolaw. Living Will. Human Dignity.

INTRODUÇÃO

Com os avanços tecnológicos na área da saúde, ocorreu a oferta de variados tipos de tratamentos. Presume-se, através deles, que o interesse seja o de garantir maior dignidade aos indivíduos, mesmo que seja no sentido de permitir um fim sem dor. Neste caso, ocorreria a Morte Digna, considerada no presente artigo na forma da ortotanásia, a qual consiste, em linhas gerais, em se evitar métodos fúteis, de modo a concretizar a morte natural, sem dor e sofrimento, como se dá com os cuidados paliativos.

A noção de Dignidade da Pessoa Humana, embora possua abertura semântica, encontra-se concretizada no ordenamento jurídico brasileiro, irradiando-se por todo ele em virtude de se encontrar como um dos fundamentos do Estado presentes na Constituição Federal de 1988. Com ela, a vida e a liberdade se estabelecem no plano dos direitos e podem conviver harmoniosamente. Ambos, porém, em certos casos, como o da disposição do bem “vida”, juridicamente tutelado, podem entrar em conflito.

Por meio da perspectiva do Estado Democrático de Direito, fundamentado por um viés tanto liberal, quanto social, ocorre a permissão da manifestação volitiva individual. Em relação ao tratamento, o indivíduo é, via de regra, senhor de sua escolha, desde que possa, de forma inequívoca e consciente, manifestar-se em certo sentido. O problema nasce quando há o desejo de dispor sobre a própria vida e/ou não pode se manifestar, fato decorrente da incapacidade para realizar tal ato. Com o intuito de garantir a prevalência da manifestação individual, o Testamento Vital surge como a medida antecipadora da vontade, eficaz em tutelar o interesse do próprio paciente na escolha do tratamento desejado, embora não se encontre expresso no ordenamento jurídico nacional.

O presente trabalho vem buscar respostas para essa celeuma, em especial à possibilidade de dispor acerca da vida e sobre a legalidade do Testamento Vital. Para isso, foi dividido em 6 itens, iniciando-se com os aspectos da Dignidade da Pessoa Humana, para posteriormente analisar o aparente conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade e, por fim, culminar na análise do Testamento Vital e de sua possibilidade na sistemática atual do Direito brasileiro. O método utilizado foi o analítico, que se valeu da revisão de referências bibliográficas, de artigos e meios eletrônicos, de origem pátria e estrangeira.

1. ASPECTOS GERAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O termo Dignidade da Pessoa Humana começou a ser debatido principalmente a partir do fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), contexto no qual ocorreram as descobertas dos campos de concentração mantidos pelo governo nazista. Nesses locais, eram realizados experimentos com seres humanos, haja vista as “pesquisas médicas” feitas por sujeitos como Joseph Mengele e Herta Oberhauser, os quais, dentre outras práticas, submetiam os prisioneiros ao congelamento, fome e radiação, com o intuito de descobrir os limiares da resistência humana (1).

É sabido também que, nos campos de concentração, prisioneiros, em sua maioria judeus, viviam em condições precárias e desumanas, sendo submetidos a trabalhos forçados e a nutrição deficiente. Ademais, relata-se a dizimação das vítimas com execuções sumárias, como em câmaras de gás, além de constantes torturas. Outras atrocidades, também decorrentes de uma

guerra que estima-se ter dizimado milhões de pessoas (2), influenciaram na criação de organismos internacionais, bem como tratados e novas legislações por todo o mundo. A própria fundação da Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 1945, deu-se nesse contexto, devido ao desejo de concretizar os direitos humanos por meio da dignidade (3).

Em 1948, a Declaração dos Direitos Humanos proposta pela ONU, veio para adicionar mais informações e ratificar o novo posicionamento global através de seu preâmbulo, qual seja, o de exteriorizar o reconhecimento da dignidade a todos os seres humanos, sendo ela, o fundamento basilar de todos os direitos fundamentais. Vale ressaltar ainda que o documento considera justamente os desrespeitos a esse princípio como fato gerador das atrocidades ocorridas no decorrer da guerra (4).

Por meio desse novo viés, diversos países passaram a incluir, em suas Constituições, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, normalmente com a sua normatização expressa. É o caso da Itália que, em 1947, foi a pioneira na incorporação do tema em seu corpo constitucional, ao afirmar, em seu artigo 3º, que reconhece a todos os cidadãos a dignidade (5). A Lei Fundamental de Bonn, Carta Magna da Alemanha, traz, em seu primeiro artigo, com qualidade de direito fundamental, esse princípio. Conforme se verifica no dispositivo, a dignidade é intangível, sendo dever do Estado e de todos protegê-la (6).

Países de origem anglo-saxã, como é o caso dos Estados Unidos e da Inglaterra, cuja praxe constitucional difere-se da sistemática romano-germânica, em virtude de terem como costume o paradigma consuetudinário, ou seja, pela tradição, permitem que as Cortes Constitucionais usem-no na solução de casos complexos, em que a pessoa humana e seus direitos se encontram no cerne da problemática (7).

O Brasil, apesar de ter ratificado e instituído a Carta das Nações Unidas pelo Decreto nº 19.841/1945, veio incluir a Dignidade da Pessoa Humana apenas na Constituição Federal de 1988. A diferença, todavia, para com os demais textos constitucionais supramencionados, está na classificação desse princípio, uma vez que foi incluído dentro dos fundamentos da República (8). De acordo com essa taxonomia, é possível notar que ocorre certa precaução contra a interpretação expansiva, pois, caso se localizasse nos direitos fundamentais, poderia ensejar a autorização de práticas não desejadas por intermédio do judiciário. Ademais, por estar presentes nos fundamentos da República, a dignidade justifica a intervenção do Estado de modo a efetivá-la.

2. ORIGEM FILOSÓFICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: AUTONOMIA X HETERONOMIA.

A fundamentação da Dignidade da Pessoa Humana é encontrada nos ensinamentos filosóficos de Immanuel Kant, a qual se coaduna com o sentido de tratamento do homem como fim em si mesmo, devido à sua condição racional, e não na forma de um meio instrumentalizado para a satisfação de vontades (9). O imperativo categórico kantiano em questão se pauta, principalmente, na autonomia da vontade, em contraposição aos atributos da heteronomia. Todavia, o ser humano é sujeito às leis criadas pela vontade geral, dotadas de universalidade, resultando elas na produção de dignidade (10).

Ambas as partes deste princípio são essenciais. As decisões morais devem ser feitas pela pessoa, e não por terceiros, mesmo Deus, mas também devem ser decisões que poderiam ser feitas e realizadas por todos consistentemente, ao invés de produtos de uma visão pessoal da realidade [...] por possuírem autonomia, os seres humanos têm dignidade, ao invés de preço (...).³ (Tradução nossa). (11).

A autonomia influenciou a produção de diversos documentos, cujos fins é garantir a dignidade da pessoa humana, tendo quatro paradigmas: “a) a capacidade de autodeterminação; b) as condições para o exercício da autonomia; c) a universalidade; e d) a inerência da dignidade ao ser humano”. (12)

Em linhas gerais, a autodeterminação significa “[...] o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade” (13). Destarte, é percebida na capacidade de escolha de cada indivíduo, que acaba por afastar a ingerência de terceiros, como o Estado, no processo decisório, em virtude de cada um ser o senhor e melhor julgador de seus interesses (14).

³ Original: “Both parts of this principle are essential. Moral decisions must be self-made rather than imposed by others, even by God, but they also must be decisions that could be made consistently and acted on by everyone rather than products of an individual’s personal view of reality [...] because they have autonomy, human beings have dignity, as opposed to price (...)”.

O aspecto referente às condições para o exercício da autonomia, mostra a necessidade de certo contexto para que a capacidade de autodeterminação não seja eivada de erros. Assim, relaciona-se diretamente com o “mínimo existencial”, pois, quanto maior a sua oferta, mais a escolha do sujeito se aproxima da real manifestação volitiva, ou seja, de forma livre e consciente (15).

Para Andorno, a característica universal, exteriorizada através da *standard attitude* comunitária, mostra que as pessoas consideram a Dignidade da Pessoa Humana como fato empírico, independentemente de discussões, a fim de estabelecer certos limites aos atos da própria humanidade (16).

Infere-se, com isso, que a autonomia possui grande importância no processo de concretização da dignidade, relacionando-se com a capacidade de escolha de cada indivíduo. Todavia, decisões tomadas, mesmo que de forma individual, muitas vezes, acabam por afetar direta ou indiretamente a sociedade como um todo, pois é fato a consciência no sentido de que não há possibilidade de existência isolada.

Surge, diante do exposto, a denominada heteronomia, em que valores externos ao sujeito acabam, por diversas vezes, impedindo o indivíduo de se utilizar do argumento da autonomia plena ao tomar decisões, além de levar a conclusão de que a disposição acerca da Dignidade da Pessoa Humana é limitada ou, diversas vezes, impossível.

McCrudden, pela análise da utilização do princípio em decisões judiciais em países anglo-saxões, mostra que o pertencimento do indivíduo à comunidade permite a sobreposição da perspectiva heteronômica restritiva, denominada *rights-constraining*, em relação à autônoma, *rights-supporting* (17).

Vimos, anteriormente, que a dignidade tem sido vista como uma base principiológica de apoio aos direitos humanos. Na prática, entretanto, a dignidade passou a ser utilizada como um constritor de (alguns) direitos. Isso pode ocorrer, pois a dignidade é utilizada por ambos os lados da disputa, com o intuito de fundamentar as particulares reivindicações jurídicas. “[...] Dignidade, as vezes, funciona como a justificação para limitar a proteção de direitos ou obrigações, como a ordem ou a moral pública, permitindo ao Estado colocar limites em que os direitos particulares iriam, caso contrário, requerer” (18).

Os documentos mais recentes tendem adotar esta perspectiva, como é o caso da Convenção Europeia de Direitos Humanos e Biomedicina, e a Declaração Universal do

Genoma Humano e Direitos Humanos da UNESCO, o que reverte as primeiras iniciativas nos meados do século passado em relação à concretização da dignidade, as quais, conforme visto, pautavam-se na autonomia individual (19).

Em suma, pode-se dizer que traduz uma ou algumas concepções de mundo e do ser humana que não dependem, necessariamente, da liberdade individual. No mais das vezes, ela atua exatamente como um freio à liberdade individual em nome de valores e concepções de vida compartilhados. Por isso, “a dignidade como heteronomia” é justificada na busca do *bem* para o sujeito, para a preservação da sociedade ou comunidade, para o aprimoramento moral do ser humano, dentre outros objetivos (20). (Grifo no original).

Assim, muito embora ocorra certo conflito entre a perspectiva autônoma com a heterônoma, elas não se excluem, em virtude da possibilidade de convivência harmoniosa de ambas. Destarte, o intérprete, no caso concreto, deve sopesá-los e adequar a melhor solução em cada situação. Em regra geral, porém, pode-se dizer que, a autonomia não é mais entendida de forma irrestrita, visto ter que ser conciliada com as regras, dentre as quais a lei e a moral vigente na sociedade. Entende-se, com isso, e de acordo com a doutrina utilitarista, que, ao visar o bem social, ocorre a concretização da felicidade ao maior número de pessoas, embora seja importante ressaltar a impossibilidade de se usurpar as escolhas individuais.

3. A POLISSEMIA DO TERMO

A dificuldade de conceituação é inata ao termo “dignidade”. Isso ocorre, basicamente, pelo fato de a condição digna não ser estática, mas dinâmica de acordo com todo um determinado contexto. A sua relação direta com a própria moralidade, também influencia nesse paradigma, o qual carece de definição objetiva, partindo-se, precipuamente, da subjetividade de cada sociedade e indivíduo. Assim, a situação de dignidade para um alemão durante meados do século passado é diferente a outro sujeito dessa nacionalidade nos dias atuais, bem como para membros de uma comunidade indígena localizada na região amazônica e assim por diante.

Com isso, é possível perceber que tal condição varia conforme o tempo e espaço, modificando-se através de diversos fatos, como a cultura e a alternância de gerações, não obstante ser resultado dos avanços tecnológicos, que, como regra, visam a melhoria da

qualidade de vida. A consolidação de direitos e garantias nos ordenamentos jurídicos também alteram as condições de dignidade de cada povo. Todavia, mormente a busca das ciências por objetividade, além da intrínseca característica de universalidade do princípio em voga, percebeu-se necessária a constatação de certos parâmetros para que a existência seja considerada digna, cuja base se encontra no mínimo existencial, o que resultou em diversas tentativas de definições para a Dignidade da Pessoa Humana.

Presente na ordem jurídica de diversos países, oriundo, conforme visto, desde a sua normatização até a jurisprudencialização do princípio, a imprecisão conceitual permite a utilização de métodos hermenêuticos, responsáveis por dar carga semântica ao conceito jurídico indeterminado.

A noção de dignidade da pessoa humana, como é fácil intuir, encerra o que se convencionou denominar *conceito jurídico indeterminado* [...] A indeterminação inerente à noção de dignidade humana resulta, claramente, da necessidade de integração por um juízo de valor, temporal e espacialmente localizado, primordialmente realizado à luz da situação concreta (21).

O termo apela diretamente ao campo da ética e não será rejeitado pelos indivíduos devido à sua forte exposição jurídica e moral (22). No entanto, pela baixa concretude semântica, o que possibilita a sua instrumentalização por correntes diversas, possui a utilidade questionada em casos como a escolha pela interrupção do tratamento por Testamento Vital. Barroso e Martel afirmam que “[...] a plasticidade e ambiguidade do discurso da dignidade já levou autores a sustentar a *inutilidade* do conceito, como um *slogan* ambivalente, que pouco acrescenta à solução de desacordos e dilemas morais” (23).

O uso do princípio é amplo, principalmente nos *hard cases*, em que há discussão sobre o assunto sem a possibilidade de simples subsunção do fato à norma. Isso ocorre em virtude de, mesmo considerado como conceito jurídico indeterminado, nada impede a atribuição de um sentido mínimo, o que será realizado por [...] escolhas justificadas e convenções terminológicas” (24).

Diante disso, o aparente “conflito” entre a autonomia e a heteronomia ganha novamente força. Em relação ao primeiro (autonomia), a escolha por qualquer método de tratamento, inclusive a morte digna, parte do próprio sujeito, o qual pode, por manifestação volitiva direta, ou “testamentária”, em que, nesta, a vontade fica registrada em documento pretérito. Já, no

segundo caso (heteronomia), influências externas ao indivíduo podem determinar a sua vontade, ou limitá-la, o que pode vir a entrar em confronto com o desejo do paciente. Neste caso, fruto principalmente do “paternalismo” estatal, a família e os médicos determinam os procedimentos a serem realizados.

No Brasil, a sistemática jurídica com o advento da Constituição de 1988, que se deu após turbulento período ditatorial, o poder constituinte originário, viu, por bem, via de regra, dar prioridade a autonomia, em virtude da superação de uma moral unitária realizada pelo pluralismo. Entretanto, isso não é pretexto para o individualismo extremado, visto que há garantias para o bom funcionamento do campo comunitário, como é o caso da “função social”.

Destarte, é possível perceber que, no ordenamento nacional, um termo não exclui o outro, por mais que possa haver interesses conflitantes, devendo ambos serem coadunados no caso concreto, o que leva à ponderação em virtude do limite imposto unilateralmente. Com isso, os dois se limitam como uma espécie de *check and balance*, havendo a possibilidade de limitação das escolhas individuais, mesmo quando não afeta diretamente direitos de terceiros (25).

4. A POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO DO DIREITO À VIDA NOS TRATAMENTOS DOS PACIENTES

A primeira dimensão de direitos, consolidados de forma primitiva devido às razões históricas, situa-se no cerne da problemática em questão. A discussão, na situação em que os âmbitos individuais e coletivos muitas vezes se chocam, pode gerar conflitos entre os direitos fundamentais à vida e à liberdade.

O direito à vida, reproduzido pela Constituição Federal Brasileira em seu art. 5º, *caput*, é garantido à todas as pessoas, fazendo-o possuir caráter universal. É importante ressaltar que a dimensão da vida, para o legislador constituinte, não pode se limitar ao “[...] sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva” (26).

Esse direito, segundo José Afonso da Silva, “[...] consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável” (27). Ensina o mesmo

autor que, a Comissão Afonso Arinos, responsável pela elaboração do anteprojeto constitucional de 1988, tentou incluir o direito à uma existência digna (art. 6º), o que possibilitaria diversos métodos para a morte digna. Todavia, essa proposição acabou por ser rejeitada pelo legislador constituinte, devido à possibilidade de sua adoção para práticas “indesejadas”, como a possibilidade de considerar a vida de um deficiente como indigna, o que justificaria a sua morte (28).

Quanto à indisponibilidade do bem (vida) relativo a esse direito, ocorre, inicialmente, certo consenso por parte da doutrina sobre a impossibilidade de sua disposição pelo titular. Em atenção à vertente “publicista”, José Afonso da Silva, ao abordar a possibilidade da eutanásia, ressalta que tal atitude se encontra implicitamente “[...] vedada pelo direito à vida consagrado na Constituição, que não significa que o indivíduo possa dispor da vida” (29). Já sob a ótica privatista, é clara a indisponibilidade, pois encontra-se expressa no art. 11 do próprio Código Civil, instrumento do Direito Privado brasileiro, no qual, como regra geral, “[...] os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (30).

Há, porém, a possibilidade de se entender no sentido de disposição parcial, e até mesmo integral, dos direitos fundamentais como um todo, dentre os quais o relativo à vida. Tal interpretação se coaduna com o avanço axiológico do Direito, pela justificativa de que a própria Constituição não cita a indisponibilidade, além de que, em situações práticas, ocorre a necessidade de se agir nesse sentido. Assim, a noção deve, ao menos, ser relativizada (31).

O direito à vida é considerado como inviolável pela Carta Magna brasileira (art. 5º, *caput*). A inviolabilidade, muitas vezes, é confundida com a (in)disponibilidade, o que deve ser elucidado, pois é frequente o uso de ambos os termos como sinônimos, a fim de justificar a proibição de o sujeito decidir sobre o próprio tratamento médico ao optar pela manutenção, ou não, da vida. O primeiro se remete ao conteúdo não-patrimonial de tal direito, o que indicia a impossibilidade de disposição por terceiros (32). Já o segundo, conforme os ensinamentos de Marco Segre e Gabriela Guz, atinge o campo individual, próprio do sujeito, o qual pode escolher em dispor ou não da própria vida de acordo com a vontade. Ademais, os autores afirmam que, caso não haja a possibilidade de disposição, passaria a noção do “dever de viver”, isso não pode, porém prevalecer no ordenamento jurídico (33).

Apenas partindo de uma concepção do Estado que subordina os direitos individuais a critérios vagos de moral coletiva, ou ao capricho da lei, pode-se imaginar a proibição da disposição do mais disponível dos bens jurídicos, a ponto tal de pretender obrigar um sujeito a sofrer com uma morte dolorosa e renunciar a sua dignidade (34). (Tradução nossa).⁴

Com isso, ocorre a possibilidade de considerar a disposição do direito à vida, pois é preciso levar em conta o indivíduo como o dono de suas decisões, e não o Estado ou a sociedade, os quais não podem, arbitrariamente, cessá-la como regra geral (35). Todavia, é possível colocar limitações ao seu exercício, visto que o seu uso indiscriminado resultaria na corrupção do próprio sentido de viver. Assim, essa sistemática se torna equitativa, posicionando-se como o termo médio entre a rigorosidade paternalista do Estado e o liberalismo exacerbado.

5. DIREITO À LIBERDADE COMO MANIFESTAÇÃO DA VONTADE

O conceito de liberdade, no processo civilizatório ocidental, passou a ser dotado de diversos sentidos, cada qual de acordo com o contexto específico de certa sociedade, não obstante a busca realizada por classes sociais distintas. O Estado e o desenvolvimento humano, auxiliaram na constante mutação desse conceito, que se alarga e reduz constantemente, de forma a garantir ou suprimir direitos.

O Estado Democrático de Direito, sob o viés liberal, tem como um de seus fundamentos a autonomia da vontade, muito embora, hodiernamente, seja relativizado pela função social. O brocardo romano *permitted quod non prohibetur*⁵ constitui regra de ouro no momento da interpretação das normas, assegurando a permissão aos indivíduos do que não é proibido por lei (*lato sensu*), a qual, diga-se de passagem, deve ser legítima, o que acaba por se sobrepor à estrita permissão legal. Destarte, é presumido o vasto campo de atuação do indivíduo para a

⁴ Original: “Sólo partiendo de una concepción del Estado que subordine los derechos individuales a vagos criterios de moral colectiva o al capricho legiferante, puede imaginarse la prohibición de la disposición del más disponible de los bienes jurídicos, a punto tal de pretender obligar al sujeto a padecer una muerte dolorosa y renunciar a su dignidad”.

⁵ Tradução nossa: Tudo o que não é proibido, é presumidamente permitido.

consecução de suas pretensões e interesses, mesmo quando não garantidos expressamente pelo direito objetivo, tornando-se fato assecuratório da liberdade.

A Constituição Federal de 1988, ao seguir esse parâmetro, consolidou a liberdade individual no rol dos direitos fundamentais, prevendo-a, primordialmente, no *caput* do art. 5º. Irradia-se, assim, por todo o ordenamento jurídico pátrio. Destarte, a liberdade assume posição fundamental na análise dos casos concretos, além de influenciar as leis em geral.

Em suas mais diversas espécies, a liberdade se encontra sob a égide das vertentes interna e externa ao sujeito. A liberdade sob a perspectiva do interior individual, também denominada subjetiva, corresponde àquela em que se limita ao processo de escolha pelo indivíduo, realizada pelo livre-arbítrio próprio de cada ser humano, e se relaciona com o querer, no qual a escolha se dá, principalmente, entre duas situações opostas (36).

Em contrapartida, essa decisão por parte do sujeito, muitas vezes, não pode ser exteriorizada, limitando-se ao consciente do tomador da decisão. Com isso, surge a liberdade externa ou objetiva, que, por sua vez, “[...] consiste na expressão externa do querer individual, e implica o afastamento de obstáculos ou de coações, de modo que o homem possa agir livremente” (37).

Ela, portanto, corresponde à capacidade de autodeterminação do indivíduo, em que ocorre a concretização da escolha pela produção de efeitos no plano externo. Destarte, é clara a percepção da liberdade, por mais que seja um termo de difícil conceituação devido a lacuna semântica, com a possibilidade de o sujeito exteriorizar as suas decisões pessoais, sendo o contrário, a frustração do querer. É inviável a plenitude da manifestação volitiva, visto que ocorre o risco de se retornar ao tempo primitivo, onde o mais forte impunha o seu querer em detrimento da vontade alheia.

Isso é reflexo, na maioria dos casos, do campo de atuação estatal, o qual pode, dentre os seus mais diversos mecanismos de controle e poder, com destaque ao jurídico, em que ocorre o conflito entre a *facultas agendi* e a *norma agendi*, permitir, bem como rejeitar, em certas ocasiões possibilitadas pela norma, a faculdade de exercer escolhas e realiza-las de forma plena (38).

A decisão e a sua conseqüente garantia de exteriorização são frutos do Direito Subjetivo, que, pela complexidade intrínseca entre a manifestação volitiva e a própria norma, foi, e ainda é, campo vasto para os debates acerca da própria ontologia. Faz-se importante mencionar alguns

pensadores e suas teorias: Windscheid, defensor da vontade protegida pelo ordenamento jurídico; Ihering, por sua vez, acreditava mais no ordenamento jurídico como protetor do interesse; Jellinek, criador da Teoria Eclética, conciliava as duas posições anteriores ao pregar a proteção do interesse com a atribuição de um poder de querer (39).

Hodiernamente, encontra-se a doutrina disposta a admitir a complementaridade do direito objetivo com o ramo em epígrafe, não devendo ser reduzido o direito subjetivo a ele. Por mais que ocorram dois momentos, o primeiro em um plano abstrato (subjetivo), pela possibilidade de pretensão, e o outro, por sua capacidade de realização garantida pela própria norma (objetivo), o primeiro “[...] não tem alcance meramente descritivo ou puramente formal, mas representa, ao contrário, uma visão antecipada dos comportamentos efetivos, aos quais é conferida uma garantia” (40).

Direito Subjetivo, no sentido específico e próprio deste termo, só existe quando a situação *subjetiva implica a possibilidade de uma pretensão, unida à exigibilidade uma prestação ou de um ato de outrem*. O núcleo do conceito de direito subjetivo é a *pretensão (Anspruch)*, a qual pressupõe que sejam *correspetivos* aquilo que é *pretendido* por um sujeito e aquilo que é *devido* pelo outro (tal como se dá nos contratos) ou que pelo menos entre a *pretensão* do titular do direito subjetivo e o *comportamento* exigido de outrem haja certa *proporcionalidade* compatível com a regra de direito aplicável à espécie [...] Em sua, a *possibilidade de ser pretendido algo*, tal como se acha expresso na norma, não difere, senão como momento, da *possibilidade de alguém pretender e exigir garantidamente aquilo que a norma lhe atribui* (...) Parece-nos essencial essa compreensão do direito subjetivo em seu duplo momento, o *normativo*, ou da *previsibilidade tipológica da pretensão*, e o da *realizabilidade da pretensão, em concreto, através da garantia específica* (41). (Grifo no original).

É importante destacar que, muitas vezes, por mais que não haja um direito à realização no caso concreto da vontade pretendida, devido à ausência de um ou mais pressupostos, pode ser considerado como um interesse legítimo. Para Miguel Reale, por mais que não exista o direito subjetivo certo, não pode o intérprete, de pronto, afastar a possibilidade de considerar tal pretensão como válida, muito pelo contrário, pois, via de regra, ela deve adquirir, mesmo que provisoriamente, essa classificação (42)

Ocorre ainda, em alguns casos, a faculdade de agir, situação na qual diversas pretensões sobre determinado querer são legitimadas pelo direito subjetivo. Por fim, pode acontecer o “poder”, que é diferente tanto da faculdade, quanto do interesse legítimo, haja vista a

desnecessidade de pretensão, ocorrendo de pronto a “competência ou atribuição”, o que pode gerar o poder-dever ao obrigar à outra parte ao seu cumprimento (43).

Diante do exposto, no momento de interpretação das normas, a regra é a de legitimar o interesse individual consagrado na manifestação volitiva, devendo, de início, estar presente a limitação do campo de atuação de forma manifesta no ordenamento jurídico, para que essa possibilidade seja impedida. E ainda, mesmo em tais casos, poderá haver a ponderação em virtude da legitimidade, ainda que não presente todos os seus pressupostos, por não ferir a ordem social e moral.

6. MEDIDA ANTECIPADA DA VONTADE: TESTAMENTO VITAL

Conforme dito, a regra se faz no sentido da consideração favorável com o intuito de legitimar a vontade do indivíduo. Reconhecida a capacidade pelo ordenamento jurídico dele dispor acerca do próprio tratamento, resta esclarecer e conciliar o instituto com a manifestação prévia dos métodos e procedimentos medicamentosos a serem utilizados, quando na situação de o sujeito se encontrar na impossibilidade de externar a sua vontade.

O testamento se encontra regulamentado pela lei civilista em seu artigo 1.857, *caput*, o qual estabelece a regra do conteúdo patrimonial. Há, porém, previsão expressa no §2º do mesmo dispositivo, acerca da possibilidade de disposição extrapatrimonial, mesmo que feita de forma exclusiva. Esse instituto é definido como “[...] negócio jurídico unilateral, solene e personalíssimo, voltado, principalmente, para disposições de cunho patrimonial” (44). Percebe-se, com isso, os conteúdos caracterizadores do testamento, quais sejam: a) unilateralidade; b) solenidade; c) pessoalidade; d) patrimonialidade (via de regra).

Já o Testamento Vital, em linhas gerais, corresponde à manifestação volitiva prévia, expressada em um documento assinado, “em que o interessado juridicamente capaz declara quais tipos de tratamento aceita ou rejeita, o que deve ser obedecido nos casos futuros em que o impossibilite de manifestar a sua vontade” (45). É importante destacar a possibilidade de escolhas antagônicas dentro desse instrumento, as quais, obviamente, não devem ser concomitantes, pois podem versar sobre métodos que busquem tanto salvaguardar a vida através de sua manutenção, quanto pela escolha no sentido da morte digna.

Os dispositivos da lei sobre testamento levam, em um primeiro momento, à interpretação no sentido de que este produz efeitos *causa mortis*, ou seja, quando acontece a morte do testador. No momento da confecção testamentária, sua eficácia é limitada por uma condição suspensiva e, mesmo que haja a existência e validade, uma vez preenchidos os requisitos, produzirá a sua intenção apenas com a morte. Com isso, é defesa a sua utilização como objeto de ato entre pessoas vivas (46).

4º) Produção de efeitos *causa mortis*, porque, destinando-se o testamento a produzir efeitos após o falecimento do testador, verificando este, torna-se irrevogável e definitivo. É ato *causa mortis* porque só produz efeitos após o óbito do autor da herança; não pode ser, obviamente, ato *inter vivos*, por estarem entre nós proibidos pacto sucessórios, uma vez que não pode ser objeto de contrato de herança de pessoa viva (47). (grifo no original).

Ocorre que, em relação ao Testamento Vital, este é propriamente um ato unilateral de vontade, mas, diferentemente do testamento *lato sensu*, produz efeitos *inter vivos*, o que se dá a partir do momento da incapacidade de quem o declarou. No caso, tanto a família, quanto o médico, tornar-se-ão obrigados a respeitar os termos da manifestação volitiva prévia. Tal fato encontra-se em dissonância com a natureza do instituto de direito sucessório, tornando, de certa forma, a terminologia “testamento” inadequada para o caso, pois, ainda por cima, o herdeiro não pode realizar atos de liberdade, como a renúncia.

Caio Mário nota tal distinção ao abordar que “[...] sua eficácia não está condicionada (como o testamento) ao evento morte, mas sim à configuração de um estado de incapacidade psíquica, anterior ao óbito” (48). Assim, há certa imprecisão terminológica no termo, por se diferenciar expressamente do gênero testamento, afastando-se, de certa forma, a possibilidade de ser uma espécie propriamente dita.

Não há qualquer menção pelo legislador acerca de diretrizes pretéritas de escolha do paciente, o que vincularia as formas e os métodos de tratamentos. Isso não significa a impossibilidade de existência, validade e eficácia, muito pelo contrário.

No plano da moral é indiscutível que essa disposição gera, de certa forma, obrigações. A vontade da pessoa, seja qual for o seu sentido, acaba vinculando terceiros, principalmente se estes forem parentes e pessoas próximas, as quais acabam por entender como ato de última

vontade e, desrespeitar tal posicionamento, pode gerar certo arrependimento pela vida, mesmo que não concordem com a disposição e entendam de forma contrária.

No entanto, obrigações morais não se fazem exigíveis, por não possuírem garantia pelo ordenamento, apesar de existirem juridicamente, havendo o *Schuld* (Responsabilidade), embora carecendo do *Haftung* (Dever) (49). O caso seria se, por motivos altruísticos, o médico ou a família decidissem realizar o que a sua consciência considera o melhor para o ato. Há um instrumento com um conteúdo no sentido de determinada medida, o que indica parâmetros para serem respeitados por terceiros, bem como o direcionamento do tratamento desejado, caso o indivíduo se encontre em situação de impossibilidade de se manifestar. Existe, pois, a obrigação, o dever de cumprimento, entretanto, não haveria meios para exigí-lo juridicamente, mas apenas apelar para a consciência dos eventuais destinatários.

A obrigação natural é um *tertium genus*, entidade intermediária entre o mero dever de consciência e a obrigação juridicamente exigível e, por isso mesmo plantam-na alguns a meio caminho entre a moral e o direito [...] É mais do que um dever moral e menos que uma obrigação civil. Ostenta elementos externos subjetivos desta, e tem Às vezes uma aparência do *iuris vinculum*. Pode revestir, até a materialidade formal de um título ou instrumento. Mas falta-lhe o conteúdo, o elemento intrínseco; falta-lhe o poder de exigibilidade, o que lhe esmaece o vínculo, desvirtuando-o de sua qualidade essencial, que é o poder de garantia. (50) (grifo no original).

O indivíduo, quando incapaz, deve ter seus interesses tutelados por alguém, o qual, irá assisti-lo (incapacidade relativa) ou o representá-lo (incapacidade absoluta), conforme o caso, para que esse objetivo seja concluído. No caso dos tratamentos médicos, em que a própria vida está em “xeque”, a família ocupa parte fundamental nesse processo, pois se presume que ela buscará o melhor interesse do paciente (parente). Muitas vezes, a própria vontade anterior do indivíduo e de seus familiares se coincidem. Todavia, o problema reside justamente quando não há essa coincidência, o que ocorre em muitos casos.

Em situação análoga, encontra-se a doação de órgãos e tecidos humanos, regulamentada pela Lei 9.434/1997, a qual estabelece que o procedimento depende de autorização do cônjuge ou parente (art. 4º). Em um primeiro momento, infere-se a necessidade de tal requisito. Entretanto, já há entendimento jurisprudencial no sentido de que o dispositivo em epígrafe só

deve ser considerado caso não tenha havido, em vida, manifestação do doador, conforme o Enunciado nº 277 da IV Jornada de Direito Civil⁶.

Isso leva a crer que a vontade consubstanciada nos termos do Testamento Vital também deve prevalecer, desde que preenchidos os requisitos necessários, correspondidos desde os básicos para o exercício da autonomia da vontade (capacidade do agente, objeto lícito, possível e determinado), além de sua instrumentalização e registro no cartório competente. Destarte, seria possível garantir, mesmo após a impossibilidade de manifestação, a vontade da pessoa quando ainda em sã consciência, concretizando o direito de liberdade e a dignidade da pessoa humana, o que não fere qualquer interesse da comunidade, pelo contrário, pois a sociedade busca tutelar a vontade, via de regra, desde que não atente contra a sua ordem e moral.

Portanto, mais do que uma obrigação natural/moral, é possível estabelecer que o ordenamento jurídico nacional dispõe de meios para que seja efetivada a vontade da pessoa anterior ao estado de incapacidade dela, vinculando terceiros para que seja feito o tratamento conforme os termos desejados contidos no Testamento Vital. Qualquer que seja o posicionamento sobre o tratamento, ainda que pela recusa dos métodos existentes de manutenção da vida, deve ser respeitado a vontade presente no instrumento, visto que ninguém está obrigado a utilizar-se do direito à vida, o qual não é um dever.

Ademais, é importante destacar que é do nosso entendimento, conforme a sistemática jurídica brasileira, a possibilidade de o Ministério Público buscar a sua concretude, pois é de seu interesse os casos em que figuram incapazes. Por precaução, parece ser fundamental um cadastro nacional oficial de tais testamentos, pelo fato de, mesmo que registrado, faz-se, muitas vezes, difícil a consulta aos registros públicos pela burocracia intrínseca aos serviços estatais, principalmente quando ocorre a urgência do tratamento.

CONCLUSÃO

A mudança provocada pelos avanços tecnológicos, como um todo, pode ser considerada positiva. Ser tratado por especialistas, obviamente, tende a melhorar a qualidade de vida, bem

⁶ Enunciado nº 277 – Art. 14. O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador.

como aumentar a sua expectativa. Em alguns casos, porém, os tratamentos podem ser considerados fúteis, visto a ausência de qualquer possibilidade de cura, como e, prolongar a vida por sua manutenção desnecessária, torna-se um ato desumano.

A dignidade da pessoa humana está consolidada na base dos Direitos Humanos propostos pela ONU, além de estar presente nas constituições de diversos países, dentre os quais o Brasil. Serve como parâmetro para todo o ordenamento jurídico nacional, sobrepondo-se até mesmo sobre as leis, em virtude do seu caráter constitucional, não obstante a sua taxonomia entre os fundamentos do próprio Estado.

O eventual conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade, decorrente da dúvida sobre a possibilidade, ou não, da disposição do primeiro, é, e deve ser, resolvido de acordo com os princípios da dignidade, norteadores, como já dito, de todo o Direito. Assim, mesmo se se considerar a sacralidade da vida, torna-se mais justo a sua disposição em certos casos, como quando a escolha proporcional pela morte digna (ortotanásia), que nada mais é o fim da vida de forma natural e sem sofrimento, sendo considerada a morte no tempo certo.

Normalmente, o próprio indivíduo é o senhor de suas escolhas, inclusive a do próprio tratamento. Todavia, tal regra é quebrada nos casos em que, pelo motivo que for, a sua capacidade se encontra reduzida, ou ainda, ainda, ausente, retirando com isso a possibilidade da manifestação volitiva válida. O Testamento Vital, termo derivado de *Living Will*, é um meio de, antes da condição de incapacidade, o indivíduo manifestar a sua vontade de forma livre e consciente. Destarte, infere-se como um meio de antecipar a vontade, capaz de favorecer a escolha pretérita do sujeito, vindo a solucionar a celeuma anterior.

O problema que surge é a ausência de disposição legal no ordenamento jurídico brasileiro tratando especificamente desse instrumento. O que há é a referência ao testamento no direito sucessório, cujo efeito se dá *causa mortis*. Em relação ao Testamento Vital, os doutrinadores utilizaram-se do termo de forma errônea, pois seu efeito se dá quando da incapacidade do sujeito de manifestar e escolher sobre o próprio tratamento.

Mesmo com a imprecisão terminológica, que pouco se assemelha com o testamento propriamente dito, e a lacuna legislativa em virtude da ausência de tratamento do instituto, faz-se possível compreender no sentido da legalidade do instrumento, o qual deve mostrar, inequivocamente, a vontade do sujeito, ausente de eventuais vícios. Classifica-se, pois, como um ato unilateral de vontade vinculativo a terceiros.

Assim, resta, ao legislador, estabelecer os requisitos necessários para a validade e a eventual eficácia do Testamento Vital, o qual fica, no contexto atual, limitado às regras gerais do Direito Civil ao assunto, e na pendência da interpretação por parte do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

1. UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM (USHMM). **Nazi Medical Experiments.** Disponível em: <<http://www.ushmm.org/wlc/eng/article.php?ModuleId=10005250>>. Acesso em: 05 mai. 2014.
2. HOBBSAWM, Eric. **A Era dos Extremos: o breve século XX 1914-1991.** Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 50.
3. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça.** Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2014.
4. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.** Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 24 mai. 2014.
5. ITÁLIA. **Constituzione della Reppublica Italiana (1947).**
6. ALEMANHA. **Lei Fundamental de Bonn (1949).** Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf>. Acesso em: 25 de maio de 2014.
7. RAO, Neomi. On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law. *In: Columbia Journal of European Law.* Vol. 14, No. 2, pp. 201,255. New York-NY, United States. p. 202-208.
8. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 03 de outubro de 1988.
9. KANT. Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Trad. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2007. p. 68.
10. KILNER, John F. Human Dignity. *In.: Encyclopedia of Bioethics.* POST, Stephen G. (org.). 3rd ed. New York-NY, United States: Macmillian Publishers Corporation, 2003. p. 1195. (CONFERIR COM AS NORMAS)
11. *Idem, ibidem, loc. cit.*

12. BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no fim da vida. *In: Vida, Morte e Dignidade Humana*. PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOSA Heloisa Helena (coords.). Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. p. 191.
13. *Idem, ibidem, loc. cit.*
14. *Idem, ibidem.* p. 191-192.
15. *Idem, ibidem.* p. 192.
16. ANDORNO, Roberto. The paradoxical notion of human dignity. *In: Persona – Revista Electrónica de Derechos Existenciales*. Nº 9, set. 2002. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona09/9Andorno.htm>>. Acesso em: 18 jun. 2014.
17. MCCRUDEN, Cristopher. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. *In: The European Journal of Law*. Vol. 19, n. 4. New York-NY, United States: Ejl, 2008. p. 702-705.
18. *Idem, ibidem.* p. 702.
19. BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Op. Cit.* p. 198-200.
20. *Idem, ibidem.* p. 199.
21. GARCIA, Emerson. **Conflitos entre Normas Constitucionais**: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro, 2008. p. 132.
22. BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Op. Cit.* p. 189.
23. *Ibidem.* p. 188-189.
24. *Ibidem.* p. 188-189
25. *Ibidem.* p. 200
26. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 197.
27. *Idem, ibidem.* p. 198.
28. *Idem, ibidem.* p. 198-199
29. *Idem, ibidem.* p. 202.
30. BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002.
31. MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de Direitos Fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. *In: Espaço Jurídico*. v. 11, n. 2, pp. 334-373. Joaçaba. p. 339.
32. DIAS, Roberto. **O Direito Fundamental à Morte Digna**: uma visão constitucional da eutanásia. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 123.
33. SEGRE, Marco; GUZ, Gabriela. Bioética e Direito na terminalidade da vida. *In: Revista Bioética do Conselho Federal de Medicina*. vol. 13, nº 2, 2005. p. 124.

34. CUSA, Guillermo José. **Eutanasia**. Disponível em: <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/eutanasia_h.htm>. Acesso em: 20 jun. 2014.
35. DIAS, Roberto. *Op. Cit.* p. 124-125.
36. SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* p. 231.
37. *Idem, ibidem.* p. 231-232
38. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo, Saraiva: 2002. p. 249-250.
39. CF. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamago. 6 ed. Lisboa, Portugal: Fundação Calouse Gulbenkian, 2012. p. 20-44; e REALE, Miguel. *Op. Cit.* p. 249-263.
40. REALE, Miguel. *Op. Cit.* p. 258.
41. *Idem, ibidem.* p. 259-260;
42. *Idem, ibidem.* p. 260-261
43. *Idem, ibidem.* p. 261-262
44. NEVARES, Ana Luisa Maia; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Apontamentos sobre o Direito de Testar. *In: Vida, Morte e Dignidade Humana*. PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOSA Heloisa Helena (coords.). Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. p. 83.
45. GODINHO, Adriano Marteleto. Testamento Vital, Mandato Duradouro e sua Admissibilidade no Ordenamento Brasileiro. *In: Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Lisboa, Ano I, nº 2, 2012. p. 956.
46. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das sucessões**. Vol. 6. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 211.
47. *Idem, ibidem, loc. cit.*
48. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. Vol. VI. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 219.
49. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. Vol. II. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 28-31.
50. *Idem, ibidem.* p. 28-29.