

TESTAMENTO VITAL NO DIREITO BRASILEIRO: REALIDADE OU
PERSPECTIVA PARA O FUTURO?

LIVING WILL IN BRAZILIAN LAW: REALITY OR PERSPECTIVE FOR THE
FUTURE?

Marcelo de Mello Vieira¹

Resumo:

O presente trabalho visa trazer algumas reflexões sobre o cabimento do testamento vital, tal como concebido no direito norte-americano, no ordenamento jurídico nacional. Para tanto, se buscou apresentar o conceito de autonomia privada, a partir de uma perspectiva histórica. Abordou-se, ainda, o tratamento das diretivas antecipadas nos Estados Unidos e na Espanha, enfatizando o testamento vital. Examinou-se o direito à vida no ordenamento jurídico nacional. Também se analisou o consentimento informado, a figura do paciente terminal e o papel do médico, segundo o atual Código de Ética Médica. Trabalhou-se sua possibilidade de utilização no direito pátrio, fazendo alguns questionamentos sobre a sua adequação.

Palavras-chave: testamento vital, direito brasileiro e cabimento.

Abstract:

The present work aims to reflect on the appropriateness of the living will, as conceived in American law, in the national legal system. For that purpose, it sought to introduce the concept of private autonomy, from a historical perspective. It also addressed the treatment of advance directives in the United States and in Spain, emphasizing the living will. We examined the right to life in national law. It also reviewed the informed consent, the figure of the terminal patient and the doctor's role,

¹ - Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e pós-graduado em Direito Público pelo Unicentro Newton Paiva.

according to the current Code of Medical Ethics. It worked on the possibility of its use in parental rights, asking a few questions about its suitability.

Keywords: living will, Brazilian law and appropriateness.

1- INTRODUÇÃO

A sociedade está em constante evolução. Tais modificações exigem que o Direito se adapte cada vez mais rapidamente para atender às demandas sociais. A mudança mais significativa no Brasil foi promovida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ela rompe com o paradigma liberal fulcrado na defesa do patrimônio e inaugura uma postura promocional de valorização da pessoa.

Os avanços da tecnologia também trazem novas situações ainda não pensadas pelo Direito. Dentro desta visão personalista, o testamento vital é uma dessas questões. Entendido como um instrumento capaz de efetivar a autonomia de uma pessoa em fase de terminalidade, existe dúvida sobre sua aplicabilidade no Direito brasileiro.

Pode aquele que não tem perspectiva de cura determinar que não seja submetido a nenhum tratamento? Deve ele ser obrigado a continuar vivendo, mesmo contra a sua vontade?

Este trabalho pretende abordar o tema com o intuito de contribuir para o debate. Para tanto, será feita uma análise da autonomia privada, traçando sua evolução e buscando os seus atuais contornos. Será apresentado o conceito de diretivas antecipadas e de testamento vital e seu tratamento no Direito americano e espanhol. Examinar-se-á o tratamento dado ao direito à vida no ordenamento jurídico pátrio. Por fim, a partir de uma visão sistemática, será analisado seu cabimento no Direito brasileiro.

2-AUTONOMIA PRIVADA

A autonomia, segundo o Dicionário Aurélio², é conceituada como faculdade de se governar por suas próprias leis, dirigir-se por sua própria vontade.

Para o universo jurídico, a discussão sobre a autonomia ganhou especial contorno após as revoluções burguesas na Europa do século XVIII.

Até então, a sociedade europeia vivia em um sistema social rígido, que não permitia ascensão social, como também privilegiava o clero e a nobreza. Insurgindo-se contra esse sistema, o povo e a burguesia se uniram e depuseram o Antigo Regime, instalando uma nova forma de Estado, o Estado Liberal.

Como resposta aos privilégios feudais, a nova sociedade baseou-se no individualismo, o qual passou a ser o fundamento ideológico que conferiu ao homem uma posição central nas sociedades europeias³. A partir de então, todos os homens passaram a ser iguais, não havendo mais, a priori, a submissão de uns a outros. Só por meio de um acordo de vontades que as obrigações se transformariam em um dever juridicamente exigível. A vontade individual passou a ser entendida como fonte de deveres⁴.

Cada um passou a gozar de autonomia para decidir se deseja ou não contratar, determinar o objeto desse contrato e com quem deseja se obrigar, sendo essa liberdade denominada autonomia da vontade.

Tal instituto vinha ao encontro das necessidades da burguesia, que almejava facilitar a circulação de riquezas. Quanto menos o Estado interviesse, melhor fluiria o comércio⁵. Para promover este comércio, foram definidas hipóteses, nas quais determinadas pessoas não poderiam exercer autonomamente os atos da vida civil⁶.

Entretanto, a exacerbação da autonomia individual conduziu a uma profunda desigualdade social, permitindo que aqueles que possuíam o poder econômico dominassem a grande massa de não proprietários.

Segundo Rüger e Rodrigues:

² - DICIONÁRIO AURÉLIO ONLINE. *Autonomia*. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/Autonomia>>. Acesso em: 18 de março de 2012.

³ - FARIA, Roberta Elzy Simiqueli. Autonomia da Vontade e Autonomia Privada: uma distinção necessária. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de. *Direito civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey: 2007. p. 56.

⁴ - RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de. *Direito civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey: 2007. p. 5.

⁵ - FARIA, 2007, p. 56.

⁶ - Estes seriam os atos de conteúdo patrimonial previstos no Código Civil Francês. Em resumo: firmar contratos, contrair obrigações, ser proprietário, casar e testar.

(...) a pretensão de absolutidade da vontade foi responsável pelo surgimento de severas desigualdades e desequilíbrios sociais, fazendo cair por terra postulados de igualdade formal e da não intervenção estatal. A história mostrou ao homem como o exagero da autonomia da vontade não se compatibilizava com as verdadeiras e essenciais necessidades sociais, em que deveres de reconhecimento e respeito mútuo assinalam as relações de interdependência que surgem no seio da sociedade humana. O modelo de autonomia da vontade de cunho meramente formal entrou em crise, uma vez que o reconhecimento recíproco da liberdade por parte dos contratantes prescindia de uma base moral, portanto, incoercível pelo Estado⁷.

A igualdade formal não conseguiu garantir uma sociedade justa. A partir daí, inicia-se a busca pela igualdade material.

Com o aumento da industrialização, na Europa pós Primeira Guerra, “o Estado aumentou sua intervenção na esfera privada, objetivando a justiça material, de modo que essas relações começaram a ser regidas por princípios como a função social⁸”.

O Estado passou a atuar de forma ativa para garantir a igualdade material, pautando-se na busca do bem-comum. “A autonomia individual passa a sofrer limitações, mas não desaparece⁹”. A autonomia da vontade ganha novas balizas, como a função social e a boa-fé, sendo esse novo paradigma de Estado denominado Estado de Bem-estar Social.

Se no Estado Liberal a autonomia individual tinha posição de destaque, no Estado de Bem-estar Social a balança passa a pender para a vontade coletiva. Essa supremacia do interesse público causou uma nova distorção, qual seja o desrespeito às individualidades.

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

⁷ - RÜGER, RODRIGUES, 2007. p. 6.

⁸ - PENALVA, Luciana Dadalto. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2009. p. 18.

⁹ - FARIA, 2007, p. 57.

ter voz. O Direito Privado, tradicionalmente patrimonialista, passa a ser relido e interpretado sob o prisma personalista. Institutos clássicos como a propriedade, o contrato e a família são “funcionalizados ao desenvolvimento pleno da pessoa humana, com fins no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana¹⁰”.

Essa releitura provoca a superação da autonomia da vontade e sua substituição pela autonomia privada¹¹.

A autonomia da vontade passa a ser um conceito histórico ligado ao Estado liberal, traduzida na liberdade sem condicionantes externos e fundada na defesa do patrimônio. Já a autonomia privada está em consonância com o Estado Democrático de Direito e sua atuação ocorre numa perspectiva relacional, isto é, todos os agentes se reconhecem mutuamente como sujeitos e não agem isoladamente do meio social¹².

Para Luciana Penalva:

O conceito de autonomia privada como sendo aquele que legitima a ação do indivíduo, conformada à ordem pública e permeada pela dignidade da pessoa humana, ou, em outras palavras, a autonomia privada garante que os indivíduos persigam seus interesses individuais, sem olvidar da intersubjetividade, da interrelação entre autonomia pública e privada¹³.

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

¹⁰ - RÜGER, RODRIGUES, 2007, p. 22.

¹¹ - A concepção de superação da autonomia privada não é consenso. Bruno Naves e Danúbia Rezende defendem que autonomia da vontade é um gênero do qual autonomia privada é uma espécie. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; REZENDE, Danúbia Ferreira Coelho. *Autonomia Privada do paciente terminal*. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de. *Direito civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey: 2007. p. 94. Já André Rüger e Renata Rodrigues entendem que autonomia da vontade liga-se a vontade subjetiva (interno) e a autonomia privada é seu aspecto objetivo (externo), este sim, interessa ao direito. In: RÜGER, RODRIGUES, 2007, p. 10.

¹² - SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. *Autonomia Privada e o Direito de Morrer*. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de. *Direito civil: atualidades III*. Belo Horizonte: Del Rey: 2009. p. 44-45.

¹³ - PENALVA, 2009, p. 22.

autorreflexivas, aquelas cuja repercussão na esfera alheia é mínima ou inexistente, a autonomia deve ser plena¹⁴.

Esse respeito à pessoa repercute na relação médico-paciente. Até então, esse relacionamento era embasado na autoridade técnica do médico, o que o colocava em posição de superioridade em relação ao paciente. Contudo, reconhecendo-se o paciente como ser autônomo e como principal interessado na cura, passou-se, cada vez mais, a reconhecer seu papel de protagonista no processo curativo¹⁵.

A partir disso surgem questionamentos. Na elaboração do projeto de vida pode-se incluir um planejamento de morte? Existe algum documento juridicamente válido que possibilitaria alguém manifestar, com força cogente, seus desejos caso estivesse em uma situação terminal? Como isso se dá no direito estrangeiro?

3- DIRETIVAS ANTECIPADAS

No Brasil, o tema é ainda recente, sendo ele melhor trabalhado no direito estrangeiro.

No direito americano vigora, desde 1991, o “Patient Self-Determination Act” (PSDA). De acordo com Luciana Penalva:

PSDA é uma lei que ordena às instituições médicas a dar informações aos indivíduos adultos, no momento de sua admissão na instituição, acerca de seus direitos baseados nas leis estaduais, incluindo o direito de participar diretamente das decisões sobre os cuidados a serem despendidos; o direito de aceitar ou recusar medicamentos e tratamentos cirúrgicos; o direito a preparar uma diretiva antecipada¹⁶.

O conceito de diretivas antecipadas dado pelo PSDA é de “instruções escritas, como o ‘testamento vital’ ou o ‘mandato duradouro para cuidados médicos’, reconhecidas pelo Estado de Direito e relativas à provisão de tais cuidados, quando o indivíduo estiver incapacitado¹⁷”.

¹⁴ - RÜGER, RODRIGUES, 2007, p. 10.

¹⁵ - NAVES, REZENDE, 2007, p. 95-99.

¹⁶ - PENALVA, 2009, p. 68.

¹⁷ - Tradução livre de “the term ‘advance directive’ means a written instruction, such as a living will or durable power of attorney for health care, recognized under State law and relating to the provision of such care when the individual is incapacitated”. In: FLORIDA HOSPITAL ASSOCIATION. *Patient Self-*

O mandato duradouro, tradução incompleta do termo “durable power of attorney for health care” seria um documento no qual o mandante nomeia uma ou mais pessoas para que esta tome as decisões relativas aos seus cuidados médicos, caso esteja impossibilitada de manifestar sua vontade validamente. Ele pode ser geral ou específico a determinadas situações discriminadas no instrumento de mandato e o mandatário deve ser fiel não às suas convicções, mas àquelas que seriam do paciente¹⁸. Sua principal marca é a nomeação de um terceiro que zelará pela vontade do mandante.

Já o testamento vital, nas palavras de Naves e Rezende:

(...) é um documento breve, a ser utilizado em situação oportuna, no qual o paciente informa, de modo genérico, seu desejo de ser submetido ou não a tratamentos fúteis, nesse caso, entendidos como aqueles que apenas prolongam a vida artificialmente, contudo, não apresentam melhora no quadro clínico, suas opções quanto a métodos de reanimação cardiopulmonar, manutenção de vida vegetativa por aparelhos e etc¹⁹.

Ele seria sempre específico e apenas utilizado nos casos de terminais.

No Direito Europeu, as discussões sobre o tema se iniciaram após o advento da Convenção de Direito Humanos e Biomedicina, o Convênio de Oviedo, em 1997. A Espanha ratificou a Convenção e, em 2002, editou uma lei que tratou do tema.

Sob o nome de ‘instruções prévias’, a Espanha construiu um instituto próprio com aspectos do testamento vital e do mandato duradouro. O artigo 11 da Lei 41/2002 dispõe sobre a possibilidade de uma pessoa manifestar acerca de seus cuidados médicos no caso de incapacidade futura a ser respeitada diretamente (como o testamento vital) e não limita sua aplicação apenas ao paciente terminal, além de prever a possibilidade de nomeação de um “procurador” para cumprir seus desejos (como no mandato duradouro).

Para este trabalho, a discussão do cabimento do testamento vital no Brasil, partir-se-á do instituto tal como previsto no direito norte-americano.

4- TESTAMENTO VITAL

Determination Act. Disponível em: <<http://www.fha.org/acrobat/Patient%20Self%20Determination%20Act%201990.pdf>>. Acessado em 22 de março de 2012.

¹⁸ - NAVES, REZENDE, 2007, p. 105.

¹⁹ - Idem

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

Luciana Penalva critica a nomenclatura “testamento vital ou biológico” adotada pelos doutrinadores brasileiros. Para a autora, a expressão é uma tradução equivocada do termo inglês “living will” e não identifica corretamente o instituto. Ela apresenta o termo “declaração prévia de vontade do paciente terminal”²⁰.

Realmente, a sugestão apresentada mostra-se mais condizente com o instituto. Ela não só afasta qualquer possibilidade de confusão com o Direito das Sucessões, como enfatiza os principais pontos do testamento vital: a declaração de vontade e o estado terminal. No entanto, para este trabalho, continuar-se-á utilizando testamento vital, uma vez que ele é o termo mais conhecido no país.

4.1- O paciente terminal

A medicina evolui cada vez mais rápida. Novas técnicas e tecnologias aparecem a cada dia com o intuito de não só buscar cura para doenças, mas também para proporcionar uma vida mais confortável. A estética e o prolongamento da vida se tornaram alvo de constantes estudos, tudo para se viver mais e ser mais atraente aos olhos dos outros.

Situações que, anteriormente, conduziam à morte rapidamente, hoje são prolongadas pelas novas tecnologias, surgindo a figura do paciente terminal. Este seria o “enfermo cujas medidas terapêuticas não aumentam a sobrevida, mas apenas prolongam o processo lento de morrer. A terapêutica, nesse caso, torna-se fútil ou pressupõe sofrimento²¹”.

O tratamento fútil ou extraordinário é aquele que é desnecessário ou cuja utilização não trará benefício ao paciente terminal a não ser prolongar sua vida. Entretanto, ele se confunde com os cuidados paliativos.

²⁰ - PENALVA, 2009, p.12-15.

²¹ - NAVES, REZENDE, 2007. p. 90.

Os cuidados paliativos são definidos, no manual de cuidados paliativos elaborado pelo Instituto Nacional do Câncer, como

(...) cuidados totais prestados ao paciente e à sua família, os quais se iniciam quando a terapêutica específica curativa deixa de ser o objetivo. A terapêutica paliativa é voltada ao controle sintomático e preservação da qualidade de vida para o paciente, sem função curativa, de prolongamento ou de abreviação da sobrevida. A empatia, bom humor e compreensão são integrantes fundamentais da terapêutica. A abordagem é multidisciplinar, contando com médicos, enfermeiros, psicólogos, assistentes sociais, nutricionistas, fisioterapeutas e voluntários²².

Como se vê, a diferença entre os tratamentos extraordinários e os cuidados paliativos está na finalidade de cada uma deles. Enquanto o primeiro destina-se a prolongar a vida, o segundo tem caráter promocional do bem-estar e é considerado, inclusive, um tratamento ordinário.

Por fim, é necessário distinguir o paciente terminal do paciente em estado vegetativo permanente (EVP). Como já dito, o paciente terminal é aquele cuja “morte é iminente e só pode ser detida com ajuda de aparelhos, e no EVP a vida pode ser prolongada por um período indefinido, apenas com a manutenção da hidratação e alimentação do paciente²³”.

4.2- A declaração de vontade

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

²² - INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER. *Manual de cuidados paliativos oncológicos: controle de sintomas*. Rio de Janeiro: INCA, 2001. Disponível em: <http://www.inca.gov.br/publicacoes/manual_cuidados.pdf> Acesso em: 23 de março de 2012.

²³ - BOSTIANCIC, Maria Carla; PENALVA, Luciana Dadalto. As diretivas antecipadas no caso M.D.C.S.: análise das contribuições deste *hard case* argentino para o Brasil. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de. *Direito civil: atualidades IV*. Belo Horizonte: Del Rey: 2010. p. 182.

ordenamento jurídico²⁴. Essa restrição é feita pelos artigos 3º e 4º do Código Civil atual e visam a proteger pessoas que estariam em estado de vulnerabilidade.

Tal sistema foi criado para

(...) atribuir segurança jurídica às relações de caráter patrimonial. Assim, as pessoas que não tinham discernimento – menores de 18 anos e maiores com problemas psicofísicos que impeçam o autogoverno – precisam de uma terceira pessoa que os represente ou assista, de modo a garantir que o conteúdo do que foi pactuado seja cumprido²⁵.

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

A bioética, disciplina que aborda aspectos éticos na atuação de profissionais de saúde e da Biologia e os reflexos dessa atuação na sociedade²⁶, trabalha não com a noção de capacidade civil, mas sim com a noção de discernimento. O requisito de validade do consentimento, em qualquer atividade que envolva bioética; desde a transfusão de sangue, pesquisa com seres humanos até a suspensão de tratamentos extraordinários, não seria a capacidade civil. O que deve ser levado em consideração é se no momento em que foi manifestada a vontade do paciente, ele tinha condições de apreender as informações, compreender sua situação e escolher de forma consciente se submeter à prática bioética oferecida. Não importaria, portanto, se é um adolescente, um usuário de entorpecentes ou uma pessoa interdita. O que importa é se essa pessoa é capaz de entender sua situação e optar pelo tratamento que deseja que seja realizado. Sua aferição se daria no caso concreto.

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

²⁴ - PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: Volume 1 – introdução ao direito civil e teoria geral de direito civil. 23. ed. Rio de Janeiro-RJ: Forense, 2009. p. 225-226.

²⁵ - TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima de. Envelhecendo com autonomia. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de. *Direito civil*: atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey: 2007. p. 79.

²⁶ - NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de. *Manual de biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey: 2009. p. 6.

possíveis efeitos colaterais. O médico deve ser claro e imparcial, além de esclarecer todas as eventuais dúvidas do paciente²⁷. O direito ao esclarecimento está inserido dentro do contexto dialogal da relação médico-paciente já tratada neste trabalho, e também deve se traduzir no direito de não saber, ou seja, quando o paciente se recusa a conhecer o seu estado de saúde.

A adoção desse novo modelo de relação médico-paciente pode ser visualizada no Código de Ética Médica atual. Nele consta a obrigação do médico de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir sobre sua pessoa ou seu bem-estar e de esclarecê-lo, antes de obter o seu consentimento, ressalvado no caso de risco de morte (art. 22 e 24).

Esse consentimento tem que ser prévio. Isso significa que este deve ser dado antes de o paciente se tornar incapaz de decidir por si próprio e não antes de ser diagnosticado como paciente terminal. A priori, ele poderia ser elaborado tanto por uma pessoa saudável, que quisesse resguardar sua vontade, como por uma pessoa já diagnosticada como paciente terminal, que tivesse discernimento.

5- BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À VIDA NO DIREITO BRASILEIRO

Para examinar a validade ou não do “testamento vital” no direito pátrio, faz-se necessário analisar o tratamento dado ao direito à vida.

No direito brasileiro, esse direito é tratado de duas formas distintas: é considerado tanto como um direito fundamental como um direito da personalidade.

Os direitos fundamentais são aqueles eleitos por uma determinada sociedade como valores essenciais para aquele país. Eles são, geralmente, previstos nas constituições nacionais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º *caput*, elencou o direito à vida no rol dos direitos fundamentais. Ele inclui tanto o direito de continuar vivo como o direito de ter uma vida digna. Em razão do primeiro

²⁷ - NAVES, REZENDE, 2007, p. 101.

desdobramento (direito de não se ver privado da vida de modo artificial), é proibida a pena de morte em tempo de paz. Já em decorrência do direito à vida digna, deve ser garantido o mínimo para a subsistência do cidadão, colocando-o a salvo de qualquer tratamento degradante²⁸.

Os direitos da personalidade são “aqueles indispensáveis ao pleno desenvolvimento das virtudes biopsíquicas da pessoa²⁹”. Ou seja, são aqueles direitos cuja figura central deve “ser a defesa da pessoa humana como tal³⁰”. Possuem um aspecto protetivo e um aspecto promocional da pessoa. Por isso, pode-se falar que são direitos existenciais. A vida é um desses direitos, já que sem ela não há de se falar em pessoa.

O Código Civil atual possui um capítulo específico sobre os direitos da personalidade. Esses direitos são intransmissíveis, irrenunciáveis e não podem sofrer limitação voluntária (art. 11 do CCB).

O direito da personalidade à vida foi previsto no art. 15, o qual enunciou que “ninguém será obrigado a se submeter com risco de morte a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”.

Além disso, a vida também é tutelada como bem jurídico penal. O Código Penal pune o homicídio com pena de reclusão de seis a vinte anos (art. 121). A eutanásia, “morte dada a alguém, que a pede, por estar padecendo de dores horríveis e já desenganado de cura³¹”, é punível como homicídio privilegiado. Ela ocorreria quando houvesse a interrupção (eutanásia ativa) ou não aplicação (eutanásia passiva) de tratamentos ordinários conhecidos na Medicina para melhora ou manutenção da vida, promovendo o óbito.

Em se tratando de paciente terminal, deve-se trabalhar com o conceito de ortotanásia. O juiz federal Roberto Luis Luchi Demo entende que

²⁸ - LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008. p.595.

²⁹ - JABUR, Gilberto Haddad. Breve leitura dos Direitos da Personalidade. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.) *O Código Civil e a sua interdisciplinariedade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito*. Belo Horizonte-MG: Del Rey, 2004. p. 402.

³⁰ - ASCENSÃO. José de Oliveira. Pessoa, Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte-MG: Associação Mineira do Ministério Público/ Magister, v. 22, 2009. p.26.

³¹ - LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal – parte geral – Livro de aulas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 207.

(...) a ortotanásia não antecipa o momento da morte, mas permite tão-somente a morte em seu tempo natural e sem utilização de recursos extraordinários postos à disposição pelo atual estado da tecnologia, os quais apenas adiam a morte com sofrimento e angústia para o doente e sua família³²

A ortotanásia seria, portanto, o óbito natural ocorrido pela suspensão dos tratamentos extraordinários ou fúteis após recusa do paciente a se submeter a eles.

A partir de todo o exposto, indaga-se: no direito brasileiro é possível que o titular do direito à vida disponha dela, por meio de um documento, em caso de terminalidade?

6- CABIMENTO DO TESTAMENTO VITAL NO DIREITO BRASILEIRO

Para analisar o cabimento do testamento vital no direito brasileiro é necessário avaliar a possibilidade de utilização da ortotanásia.

Não há em nosso país nenhum ato legislativo que permita a ortotanásia. No entanto, sua prática é bem vista pela comunidade médica.

Em 2006, o Conselho Federal de Medicina expediu a Resolução n° 1.805/06 que permitia a realização da ortotanásia. Contudo, o Ministério Público Federal ajuizou uma ação civil pública (n° 2007.34.00.014809-3) para suspender a referida resolução sob o fundamento de que ela exorbita o poder regulamentar da referida autarquia especial. Em outubro de 2007, foi concedida a liminar suspendendo provisoriamente o ato normativo³³.

Posteriormente, o mesmo Conselho editou a Resolução n° 1.931/09, que instituiu o novo Código de Ética de Médica. Além de enfatizar o aspecto dialogal da relação médico-paciente, valorizando a autonomia desse último, ele, em dois pontos, permitiria a ortotanásia. Dentre os princípios fundamentais da profissão, o inciso XXII, prevê que nas “situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização

³² - DISTRITO FEDERAL. *Processo n. 2007.34.00.014809-3*, Brasília, 23 out. 2007. Disponível em: http://www.df.trf1.gov.br/inteiro_teor/doc_inteiro_teor/14vara/2007.34.00.014809-3_decisao_23-10-2007.doc. Acesso em 23 de março de 2012.

³³ - DISTRITO FEDERAL. 2007.

de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”. Já no capítulo V, que trata da relação médico paciente, seria vedado aos médicos “abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal” (art. 41). No entanto,

(...) 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 legal³⁴ (art. 41 parágrafo único). (grifei)

Todavia, o mesmo ato normativo falha ao deixar o médico escolher se comunica diretamente ao paciente ou à sua família o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, quando entender que tais informações passadas diretamente trarão prejuízo à vida do enfermo (art. 34).

Toda informação negativa, em tese, causa algum dano. Há diagnósticos que tem consequências devastadoras na vida de uma pessoa, como, por exemplo, a descoberta de uma doença terminal. Mesmo nesses casos, as informações devem ser passadas ao paciente. Só após o esclarecimento é que o indivíduo poderá consentir ou não o tratamento indicado e, porque não, manifestar se deseja ou não se submeter à ortotanásia. Em tais situações o médico deverá ter sensibilidade e repassar as informações da forma menos gravosa possível. Maria de Fátima Freitas de Sá defende que

(...) quanto à difícil tarefa de repasse da verdade de determinado diagnóstico ao paciente, o que importa é o *modus operandi* de como ela se realiza. Não pode ser feita com vistas à desestruturação emocional da pessoa, atitude que tenderia ao agravamento das incertezas. Nesses casos, a conversa com a família também é recomendado. O paciente, ao saber a verdade, precisa de apoio, estímulo e compreensão, porque a doença humilha e angustia³⁵.

Verifica-se, portanto, que o Código de Ética Médica é contraditório ao permitir a ortotanásia e não garantir o direito ao esclarecimento do paciente em qualquer situação. O consentimento esclarecido seria a tradução da autonomia do paciente. Sem o esclarecimento, não há de se falar em consentimento válido.

³⁴ - CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Resolução CFM nº 1931/09*. Disponível em:

http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impressao.php?id=8822. Acesso em 24 de março de 2012.

³⁵ - SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 64-65

Deve-se destacar que fora o Código de Ética Médica não há nenhum outro ato normativo que permite com segurança a prática da ortotanásia, isto é, não há garantia que o profissional de saúde que realizar o procedimento não será responsabilizado civil e/ou penalmente. Isso por que o Código de Ética Médica, como ato administrativo que é, vincularia apenas a classe médica e não teria o condão de alterar o Código Penal. O art. 121 do referido código não traz nenhum tipo de exceção que tornasse lícita a ortotanásia. A tênue diferença entre eutanásia passiva e ortotanásia não é nítida para muitos juristas, fato que poderia levar o médico a ser denunciado e até condenado por homicídio doloso por omissão, além das sanções civis. Vale ressaltar ainda que, em princípio, o direito à vida, enquanto direito da personalidade seria irrenunciável, podendo a lei prever exceções, que ainda não existem (art. 11 do CCB). Sua proteção como direito fundamental também impediria, em tese, que o titular abrisse mão dele.

Mesmo não havendo norma expressa, não se pode dizer que a decisão sobre a utilização ou não dos tratamentos extraordinários seja uma conduta autorreflexiva e, por isso, deveria ser respeitada por todos. Não resta dúvida que ela é determinante na vida do paciente, mas não se pode dizer que ela teria pouca ou nenhuma influência na vida de outros.

Além das consequências naturais na vida de parentes e amigos pelo falecimento de uma pessoa querida, há também efeitos jurídicos, em especial no direito sucessório, a serem considerados, já que o prolongamento ou não da vida poderia, por exemplo, influenciar na ordem de vocação hereditária. A preocupação aqui é de natureza patrimonial e, em regra, não deve se sobrepor às decisões de caráter existencial. No entanto, elas também não podem ser desconsideradas, sobretudo, quando o lapso temporal entre a elaboração do testamento vital e a perda de capacidade for grande.

Esse não é o único ponto de dúvida sobre o cabimento do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que se admitisse tranquilamente a ortotanásia, sua adoção geraria uma dicotomia no sistema.

Em princípio, todos os indivíduos são “senhores” de sua autonomia privada, devendo, ser-lhes garantido o direito de elaborar e seguir seu próprio projeto de vida.

Caso seja permitida a validade de um testamento vital, estaria se admitindo que em caso de terminalidade, uma pessoa poderia manifestar a quais tratamentos deseja ser

submetida e se deseja a suspensão dos tratamentos extraordinários, efetivando assim sua autonomia privada. Entretanto, não sendo considerado paciente terminal, mas vivendo em EVP ou com uma doença que seja dolorosa física e/ou mentalmente, mas que tenha algum tratamento possível, mesmo que tenha feito um documento que indique que não deseja se tratar, a vontade do paciente não será considerada. Assim, verifica-se que em razão da terminalidade uma pessoa teria mais autonomia que uma pessoa não terminal.

Ao analisar a autonomia na disponibilidade dos direitos existenciais e patrimoniais, haveria nova incongruência. No direito norte-americano, a autonomia privada é ampla. Lá existe uma cultura de valorização da vontade, muito maior que em nosso país, refletindo na possibilidade de disposição tanto de direitos existenciais quanto direitos patrimoniais, ou seja, da mesma forma que se pode dispor da minha vida, pode se dispor do meu patrimônio.

No Brasil a situação é bem diferente. No país, a livre disposição dos direitos patrimoniais, essencialmente disponíveis, é restrita tanto em vida (arts. 548 e 549 do CCB) quanto em morte se houver herdeiros necessários (art. 1846 do CCB). Não parece coerente defender que os direitos existenciais, aqueles necessários para o desenvolvimento da pessoa e, portanto, irrenunciáveis, seriam totalmente disponíveis.

Ainda que se admitisse a livre disposição, haveria dúvidas também quanto à forma do testamento vital. Tomando-se como exemplo o testamento, documento que registra o ato de disposição de vontade de uma pessoa, verifica-se que ele é um ato solene que exige testemunhas e outros requisitos dependendo da forma utilizada. Pela importância do bem jurídico, seria lógico que o testamento vital tivesse requisitos tão ou mais rígidos que os existentes para o testamento.

Dúvidas parecidas emergem para a eficácia, prazo de validade, verificação do discernimento e etc.

7- CONCLUSÃO

Desde 1988, o direito brasileiro passou a enfatizar as questões de caráter existencial. Contudo, a mudança é relativamente recente e estamos ainda no início do processo de enraizamento dessa cultura.

Velhos institutos são relidos, à luz do prisma da valorização da personalidade, e outros são trazidos de direitos alienígenas, para suprir a ausência de instrumentos próprios em nosso direito pátrio. Pode-se dizer que o testamento vital encontra-se nessa segunda categoria. Entretanto, a utilização desses institutos deve ser feito com cautela, sendo necessária uma adaptação para que não gere distorções no sistema jurídico.

Partindo do conceito de autonomia privada apresentado nesse trabalho, deveria ser garantida não só a autonomia do paciente terminal, mas também de todas as pessoas que não desejam continuar vivendo por qualquer que seja a razão. Contudo, para tanto, deveriam ser feitas várias alterações em nosso ordenamento como, por exemplo, garantir a total disponibilidade de bens patrimoniais.

A simples adoção do testamento vital nos moldes do direito norte-americano, sem uma adaptação consistente, com regulamentação legal clara, poderá levar a mais problemas do que vantagens.

A sociedade brasileira evolui rapidamente e com ela as discussões sobre esses temas polêmicos e atuais. O Conselho Federal de Medicina, desde 2006, vem buscando iniciar a discussão. Contudo, esse debate não deve se restringir a classe médica e o Ministério Público Federal. Ele deve envolver toda a sociedade.

Hoje, nos parece que o testamento vital no Brasil não pode ser adotado no presente, quiçá no futuro. Só esperamos que se tenha um efetivo debate sobre o tema e que todas as particularidades sejam discutidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO. José de Oliveira. Pessoa, Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte: Associação Mineira do Ministério Público/ Magister, v. 22, 2009. p.23-39.

BOSTIANCIC, Maria Carla; PENALVA, Luciana Dadalto. As diretivas antecipadas no caso M.D.C.S.: análise das contribuições deste *hard case* argentino para o Brasil. In:

FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de. **Direito civil**: atualidades IV. Belo Horizonte: Del Rey: 2010. p. 173-191.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 de março de 2012.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Resolução CFM nº 1931/09**. Disponível em: http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impresao.php?id=8822. Acesso em 24 de março de 2012.

DICIONÁRIO AURÉLIO ONLINE. **Autonomia**. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/Autonomia>>. Acesso em: 18 de março de 2012.

DISTRITO FEDERAL. **Processo n. 2007.34.00.014809-3**. Brasília, 23 out. 2007. Disponível em: http://www.df.trf1.gov.br/inteiro_teor/doc_inteiro_teor/14vara/2007.34.00.014809-3_decisao_23-10-2007.doc. Acesso em 23 de março de 2012.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli. Autonomia da Vontade e Autonomia Privada: uma distinção necessária. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de. **Direito civil**: atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey: 2007. p. 55-71

INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER. **Manual de cuidados paliativos oncológicos: controle de sintomas**. Rio de Janeiro: INCA, 2001. Disponível em: <http://www.inca.gov.br/publicacoes/manual_cuidados.pdf> Acesso em: 23 de março de 2012

JABUR, Gilberto Haddad. Breve leitura dos Direitos da Personalidade. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.) **O Código Civil e a sua interdisciplinariedade**: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 400-419.

FLORIDA HOSPITAL ASSOCIATION. **Patient Self-Determination Act**. Disponível em: <<http://www.fha.org/acrobat/Patient%20Self%20Determination%20Act%201990.pdf>>. Acessado em 22 de março de 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, Jair Leonardo. **Curso de Direito Penal – parte geral – Livro de aulas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

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

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; REZENDE, Danúbia Ferreira Coelho. Autonomia Privada do paciente terminal. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de. *Direito civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey: 2007. p. 75-88

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

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

RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de. *Direito civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey: 2007. p. 1-24.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. Autonomia Privada e o Direito de Morrer. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de. *Direito civil: atualidades III*. Belo Horizonte: Del Rey: 2009. p. 37-54.

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