

Artigo:

Testamento Vital

Por

GABRIEL JOSE DE ORLEANS E BRAGANÇA

Sumário

Título do Trabalho.....	Erro! Indicador não definido.
1. Introdução:	3
2. Conceito:	4
3. Histórico:	5
4. Legislação brasileira:	7
5. Doutrina:.....	10
6. Dignidade da Pessoa Humana vs. Direito à Vida:	11
7. Bibliografia:	16

1. Introdução:

Muito se tem questionado no campo da bioética se pode uma pessoa estabelecer diretrizes para a facilitação de sua morte. No campo da medicina, três premissas são fundamentais para a presente discussão:

A eutanásia, seu significado deriva dos vocábulos grego *eu* e *thanatos*, significando a “boa morte”, que seria a intencional provocação da morte de determinada pessoa que sofre de enfermidade degradante e incurável, de forma privá-la dos suplícios decorrentes da doença¹;

A distanásia vai no sentido oposto da eutanásia. Significa usar da medicina para manter a vida a qualquer custo, ainda que a pessoa tratada padeça em agonia e rejeite tal prolongamento da vida; e

A ortotanásia, dos vocábulos *orto*, certo e *thanatos*, morte, pela qual a morte se dá sem a interferência ativa de um agente, sem um prolongamento artificial da vida que possa a medicina permitir. Metaforicamente, a ideia da ortotanásia seria equivalente ao jargão “desligar os aparelhos”.

É no campo da ortotanásia que interessa o Testamento Vital presente trabalho. Pode uma pessoa dispor previamente a uma enfermidade sobre as condições de tratamento que visem facilitar à sua morte?

¹ Defende a Prof. MARIA CELESTE CORDEITO LEITE SANTOS a distinção entre quatro tipos de eutanásia: “a. Eutanásia genuína (*Sterbebegleitung*) através tanto da assistência médica e sanitária, dirigida a paliar as dores, quanto o cuidado de outras pessoas que acompanham o enfermo; b. Eutanásia passiva, consistente na omissão de medidas que prolongam a vida no caso de pacientes terminais; c. Eutanásia indireta, que consiste na administração de calmantes aceitando-se o possível encurtamento da vida; d. Eutanásia ativa, como causação ativa e voluntária da morte que se realiza normalmente a pedido do paciente” (in Contornos atuais da eutanásia e da ortotanásia: bioética e biodireito. A necessidade do controle social das técnicas médicas. In Revista da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 1999, p. 273.)

A vida é uma obrigação do ser humano, não podendo dela dispor, conforme defendia KANT. Essa ideia, contudo, deixou de prevalecer em absoluto, sobretudo diante da necessidade de ponderação entre dois direitos fundamentais para o debate sobre a ortotanásia e, mais especificamente, do Testamento Vital: o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

Surge, assim, a necessidade de se analisar os aspectos relacionados ao direito à morte digna, contrariamente aos malefícios de se prolongar uma vida, quando esta persiste de forma degradante e dolorosa para o ser humano. O Testamento Vital, com efeito, traça diretrizes para a realização de cuidados paliativos e que buscam aliviar sua dor e sofrimento da pessoa, quando acometido por doença grave e terminal. Discute-se, assim, o direito da pessoa à recusa a tratamentos médicos inúteis para o prosseguimento de uma vida digna.

2. Conceito:

Conceitua-se o Testamento Vital na doutrina brasileira como Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV):

Gênero de manifestação de vontade para tratamento médico, do qual são espécies o testamento vital e o mandato duradouro.²

DWORKIN já defendia o Testamento Vital mediante a ideia de *“Documentos nos quais se estipula que procedimentos médicos devem ou não ser utilizados para manter o signatário vivo em circunstâncias específicas.”*³

² DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; e GRECO, Dirceu B.. *Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro*. In. Revista de Bioética. 2013; 21: 464.

Com maior clareza, leciona ABREU⁴:

Instrumentos de vontade antecipada pelos quais o paciente lúcido, antevendo doenças irreversíveis ou incuráveis, expressa sua vontade no sentido de não prolongarem artificialmente seu tratamento inutilmente. Autoriza a suspensão de tratamentos voltados a adiar a morte, quando esta já é certa. Não se confundiria com um auxílio à morte do paciente, sendo ao revés o reconhecimento de sua autodeterminação e liberdade.

3. Histórico:

A origem do Testamento Vital advém de artigo de KUTNER, L., in *Due process of euthanasia: the living will, a proposal*. Indiana Law J. 1969;44:539-54.

Por meio desse artigo se propôs a adoção do *living will*, documento que serviria para proteger o direito individual a permitir a morte. Em suma, defende-se o direito de recusa da pessoa a ser submetido a tratamento médico cujo objetivo seja, estritamente, prolongar-lhe a vida, quando seu estado clínico for irreversível ou estiver em estado vegetativo sem possibilidade de recobrar suas faculdades, conhecido atualmente como estado vegetativo persistente (EVP) .

³ DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 252, *apud* ABREU, Célia Barbosa. *Testamento vital entre o Neoconstitucionalismo e o Constitucionalismo Andino*. In. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado. V. 13, n. 1 (2013)

⁴ ABREU, Célia Barbosa. *Testamento vital entre o Neoconstitucionalismo e o Constitucionalismo Andino*. In. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado. V. 13, n. 1 (2013)

LUCIANA DADALTO informa que o primeiro caso de *living will* chegou apenas em 1976 aos tribunais norte-americanos, com o caso Karen Ann Quinlan:

Contudo, foi em 1976, com o caso Karen Ann Quinlan, que o primeiro caso de *living will* chegou aos tribunais norte-americanos.

KENNEDY (1976) afirma que aos vinte e dois anos, Karen entrou em coma por causas nunca reveladas e seus pais adotivos, após serem informados pelos médicos da irreversibilidade do caso solicitaram a retirada do respirador, entretanto, o médico responsável pelo caso se recusou a realizar tal ato, alegando razões morais e profissionais.

Assim, os pais de Karen Quinlan acionaram o Poder Judiciário de Nova Jersey, estado no qual a paciente residia, em busca de autorização judicial para a suspensão do esforço terapêutico, alegando que a jovem havia manifestado o desejo de não ser mantida viva por aparelhos. O pedido foi negado em primeira instância sob o argumento de que a declaração da paciente não tinha respaldo legal.

Em segunda instância, a Suprema Corte de Nova Jersey designou o “Comitê de Ética do Hospital St. Clair” para avaliar a paciente e o prognóstico de seu quadro clínico. Ocorre que, nesta época, inexistiam em quase todos os hospitais norte-americanos comitês de ética, razão pela qual o Comitê designado pelo juiz da corte estadual de Nova Jersey teve de ser criado. O parecer concluiu pela irreversibilidade do quadro e, em 31/03/1976, este tribunal concedeu à família

de Karen o direito de solicitar o desligamento dos aparelhos que mantinham a paciente viva.

Após o desligamento dos aparelhos, Karen viveu mais nove anos e faleceu em decorrência de uma pneumonia, sem respirador externo e com o mesmo quadro clínico de antes.⁵

Nos EUA surgiu a primeira norma que reconhece o direito a autodeterminação do paciente — *Self-Determination Act* (1991). Esse direito passou a ser regulamentado na Europa em 1997, pela Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina ou Convênio de Oviedo.

Na América Latina Porto Rico foi o primeiro país a regular a matéria, pela Lei nº 160/2001. Em 2009, Argentina e Uruguai seguiram na mesma linha, normatizando a matéria, respectivamente, por meio da Lei nº 26.529/2009 e da Lei nº 18.473/2009.

4. Legislação brasileira:

No Brasil a primeira norma a considerar a ortotanásia está inserida no Código de ética Médica — Resolução CFM nº 1.931/2009:

Capítulo V

RELAÇÃO COM PACIENTES E FAMILIARES

É vedado ao médico:

(...)

⁵ PENALVA, Luciana Dadalto. *As Contribuições da Experiência Estrangeira para o debate acerca da Legitimidade do Testamento Vital no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

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.

Embora não haja previsão expressa do Testamento Vital em Lei Federal, a V Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, realizada em novembro de 2011, estabeleceu o Enunciado 528 para inserir essa possibilidade no campo de interpretação dos art. 1729, parágrafo único⁶ c/c o art. 1857, Código Civil⁷:

É válida a declaração de vontade, expressa em documento autêntico, também chamado ‘testamento vital’, em que a pessoa estabelece disposições sobre que tipo de tratamento de saúde ou de não-tratamento deseja, para o caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade.

Em 2012, surgiu, enfim, a primeira regulamentação expressa do Testamento Vital, por meio da Resolução CFM nº 1.995/2012:

RESOLUÇÃO CFM nº 1.995/2012 (Publicada no D.O.U. de 31 de agosto de 2012, Seção I, p.269-70)

⁶ Art. 1.729. O direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto.

Parágrafo único. A nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico.

⁷ Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA,

CONSIDERANDO a necessidade, bem como a inexistência de regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica brasileira;

CONSIDERANDO a necessidade de disciplinar a conduta do médico em face das mesmas;

CONSIDERANDO a atual relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente, bem como sua interface com as diretivas antecipadas de vontade;

CONSIDERANDO que, na prática profissional, os médicos podem defrontar-se com esta situação de ordem ética ainda não prevista nos atuais dispositivos éticos nacionais;

CONSIDERANDO que os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, e que essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo; RESOLVE:

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.

Questiona-se, todavia, se essa Resolução seria suficiente para tratar do chamado Testamento Vital. Ocorre que, como se verá no capítulo doravante, o Testamento Vital é possível porque consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, hipótese em que não se contrapõe ao direito à vida.

5. Doutrina:

Segundo LUCIANA DADALTO:

Muito se questiona sobre os efeitos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. Primeiramente, é preciso ressaltar que esta resolução, como as demais do CFM, tem força de lei entre a classe médica, ou seja, se não se pode afirmar que as diretivas antecipadas de vontade estejam legalizadas no Brasil, é preciso reconhecer que se constitui grande passo na discussão sobre o tema no país. Há pouco mais de um ano, essa discussão ainda era incipiente, existiam apenas artigos científicos de periódicos de bioética que tratavam a temática de maneira abrangente e um livro específico sobre o tema. Poucas eram as notícias

de registros de diretivas antecipadas nos cartórios brasileiros, número que tem crescido exponencialmente.

Hoje, faz-se necessário regulamentar as diretivas antecipadas por lei, pois o CFM não possui competência legal para regulamentar pontos importantes e necessários, a seguir apresentados.⁸

A questão passa a ganhar maior relevo quando se debate a capacidade de testar, isto é, de realizar as diretivas antecipadas, e quais os tratamentos podem ser recusados pelo paciente para abreviar a vida.

Entende-se, atualmente, que apenas as pessoas capazes, nos termos da Lei Civil vigente, é que poderiam realizar as diretivas antecipadas, como ocorre no testamento civil. Nesse ponto seria muito bem vinda legislação específica, de forma a abrandar essa restrição e permitir, quiçá, que em algumas hipóteses de incapacidade também relativa seja permitido o Testamento Vital, sobretudo quando demonstrada a capacidade de discernimento da pessoa relativamente incapaz.

Por outro lado, questiona-se sobre a classificação de certos tratamentos ou procedimentos como cuidados paliativos ou tratamentos extraordinários. Não seria condizente com o princípio da dignidade da pessoa humana, *i.e.*, a suspensão de hidratação e nutrição para a abreviação da vida.

6. Dignidade da Pessoa Humana vs. Direito à Vida:

⁸ PENALVA, Luciana Dadalto. *Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12*. In. Revista de Bioética. 2013; 21 (1): 106-12

A Constituição Federal coloca como pilar principiológico a dignidade da pessoa humana logo em seu art. 1º, III. E como direito fundamental institui em seu art. 5º o direito à vida.

Questiona-se, com efeito, se o Testamento Vital infringiria o chamado direito à vida. Pensamos que essa não seja a hipótese, a não ser quando nulo o testamento, por incapacidade de parte, sobretudo em razão da falta de discernimento, conforme exposto, acima.

Afinal, não se confunde o direito, isto é, a faculdade de exercício de determinada ação, com a obrigação, dever de se atuar em conformidade à produção do resultado esperado. Por isso, algumas pessoas acabam sendo levadas a erro ao pensar que o direito à vida seria equivalente à obrigação de viver. Mas questão ganha maior contorno à luz do princípio da dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁹

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

Com efeito, o Testamento Vital não contraria, mas, ao revés, conforma o princípio da dignidade da pessoa humana. Ao invés de se impor uma vida sofrida a um paciente terminal, dá-se a opção de uma morte digna, de um final de vida digno e sem dor.

Como em tudo no direito, há exceções: como exposto no decorrer desse trabalho, não se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana a suspensão de hidratação e nutrição, ao menos é o que se pensa para esse trabalho. Muito menos encerrar a vida em decorrência de patologia psíquica. Neste ponto, pensamos que o sintoma de depressão extrapola o que se disse a respeito de discernimento cognitivo para as diretivas antecipadas de vontade.

É bem verdade que a depressão em si não justifica a incapacidade civil, como a gestão de suas finanças em vida. A não ser que demonstrada uma das hipóteses inerentes à incapacidade civil, como a de um pródigo (CC, art. 4º, IV). Contudo, a vida é o bem mais precioso e que transcende ao direito posto; provém do direito natural ou além, como entende este autor, porque inerente à *lei divina positiva* conceituada por SÃO TOMÁS DE AQUINO.

A questão é delicada, sem dúvida, e merece especial atenção. Por esse motivo, defende-se neste trabalho que, previamente ao Testamento Vital, deva ser realizado uma perícia médica de psiquiatria junto à pessoa que pretende realizar tal testamento. É fundamental a demonstração de que esteja a pessoa apta a discernir sobre diretrizes inerentes à abreviação de sua vida, com o que, repita-se, não se confunde com os atos meramente civis.

O Poder Judiciário parece seguir esse entendimento, como se observa da ementa abaixo tirada de acórdão proferido pelo e. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida.

(TJ-RS - AC: 70054988266 RS , Relator: Irineu Mariani, Data de Julgamento: 20/11/2013, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/11/2013)

A hipótese tratada no julgamento bem poderia ser questionável frente a tudo o que se disse nesse trabalho. Bem por isso que houve a demonstração efetiva do perfeito estado cognitivo da pessoa que optou pelo Testamento Vital.

Logo, não se mostra conveniente que o Testamento Vital seja acompanhado por qualquer médico, como discriminado no § 4º do art. 2º da Resolução CFM nº 1.995/2012. Propõe-se aqui o acompanhamento de um *expert* em psiquiatria, sob pena, aí sim, de nulidade.

Nessa linha, o princípio da dignidade da pessoa humana é corolário do direito à vida. Não há contraposição. O próprio conceito de vida é relativizado na hipótese da grande agonia de um paciente terminal. É como dizemos, “*sofrer daquela forma não é vida*”. Está no direito à vida assegurar a todos uma morte digna.

7. Bibliografia:

- DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unaí; e GRECO, Dirceu B.. *Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro*. In. Revista de Bioética. 2013; 21: 463-76;
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais* Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003;
- ABREU, Célia Barbosa. *Testamento vital entre o Neoconstitucionalismo e o Constitucionalismo Andino*. In. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado. V. 13, n. 1 (2013);
- PENALVA, Luciana Dadalto. *As Contribuições da Experiência Estrangeira para o debate acerca da Legitimidade do Testamento Vital no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008;
- PENALVA, Luciana Dadalto. *Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12*. In. Revista de Bioética. 2013; 21 (1): 106-12;
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Contornos atuais da eutanásia e da ortotanásia: bioética e biodireito. A necessidade do controle social das técnicas médicas. In Revista da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 1999; e
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *O equilíbrio do pêndulo: a bioética e a lei, implicações médico-legais*. São Paulo: Ícone, 1998.