

O BIODIREITO NAS RELAÇÕES FAMILIARES: BIOÉTICA E TESTAMENTO VITAL À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ¹

*Carla Lopes Andrade; Francinaldo Santos Carvalho; Vittorio Almada Lima²
Anna Valéria Cabral Marques³*

Sumário: 1 Introdução; 2 Bioética: uma análise de seus princípios e fundamentos; 3 Testamento Vital: o que é?; 4 A possibilidade do Testamento Vital no Brasil segundo o nosso Direito Civil e Constitucional; 5 Considerações Finais; Referências.

RESUMO

O artigo que virá a seguir apresenta uma visão geral acerca do tema da Bioética dentro do ordenamento jurídico brasileiro, explorando de maneira específica o instrumento do testamento vital no nosso Direito Civil e Constitucional. É apresentado também o tema da Bioética de acordo com seus princípios e fundamentos. Há a exposição detalhada sobre o que consiste o Testamento Vital e suas características. Após essas exposições, o artigo expõe a possibilidade do Testamento Vital dentro do Direito Civil e a relaciona com princípios constitucionais de nosso ordenamento jurídico.

Palavras-Chave: Bioética. Testamento Vital. Direito Civil. Princípios constitucionais. Ordenamento jurídico brasileiro.

1 Introdução

Este trabalho surge com o objetivo de fornecer uma visão geral acerca da abordagem do tema da Bioética de modo a apresentar o seu conceito e os princípios que a englobam. Será explorado também, o instrumento do Testamento Vital, que possui relação direta com os princípios envolvidos pela Bioética. Por sua vez, o Testamento Vital será apresentado conceitualmente assim como será investigada a sua possibilidade no ordenamento jurídico brasileiro segundo o Direito Civil e os princípios oriundos de nossa Constituição Federal.

¹Paper apresentado à disciplina de Direito de Família e Sucessões da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB.

²Alunos do Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB, 6º Período, turno vespertino;

³Prof.^a M^a Orientadora.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento deste trabalho será baseada em doutrinas e artigos referente a esses temas. Sendo assim, este *paper* consiste em uma pesquisa metodológica exploratória e bibliográfica.

A discussão referente a este trabalho é relevante à sociedade na medida em que apresentará os princípios envolvidos pela Bioética. Esta, por sua vez, possui cada vez mais atenção principalmente no que diz respeito a conflitos éticos e morais existentes no exercício das ciências da saúde, em especial, a medicina. Já no âmbito acadêmico possui importância na medida em que apresentará evoluções nas interações humanas e sociais no que diz respeito à interdisciplinaridade entre as ciências da saúde e o Direito, que poderão refletir-se no ordenamento jurídico brasileiro.

Como foi exposto anteriormente, o tema da Bioética é cabível na solução de conflitos oriundos das interações humanas e sociais existentes principalmente nas ciências da saúde, na medida em que envolve as questões de valores morais que surgem no exercício de tais áreas, principalmente na medicina. A Bioética é sustentada por pilares correspondentes a princípios constitucionais como autonomia da vontade, liberdade e, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana. Por sua vez, o Testamento Vital surge, portanto, como uma possibilidade de materialização de tais princípios, na medida em que dispõe acerca do tipo de tratamento ou não tratamento que pacientes com graves enfermidades desejam receber. Em contrapartida, há discussão a respeito da possibilidade deste documento no Brasil, segundo nosso ordenamento jurídico. Deste modo, este trabalho possui o intuito de investigar tal questão.

2 Bioética: uma análise de seus princípios e fundamentos

Este capítulo deste *paper* é de grande relevância pois explorará o conceito base da reflexão acerca do tema geral. Tal conceito diz respeito à Bioética. É a partir de sua análise que surgirá, posteriormente, a reflexão acerca do Testamento Vital, um instrumento que acaba por materializar seus princípios.

De acordo com uma visão geral, a discussão a respeito da Bioética surge na solução de conflitos vindos das relações humanas e sociais que abrangem as ciências da saúde. Em seu teor, estão os valores morais que envolvem o exercício de tais ciências, em especial, na medicina. A Bioética consiste num diálogo transdisciplinar, transprofissional e

transcultural frente aos progressos técnico-científicos na área da saúde e da vida, enfatizando a tolerância e a solidariedade como valores a serem cultivados. (BARCHIFOUTAINE apud. CLEMENTE e PIMENTA, 2006).

Tendo em vista a abordagem do conceito referente à Bioética, fica evidente sua relevância no exercício da medicina. E em especial, os assuntos mais delicados e extremos abrangidos pelas ciências da saúde, que dizem respeito ao momento do nascimento ou o fim da vida, que necessitam de uma análise Bioética na solução de tais dilemas.

Após a conceituação da Bioética, é de suma importância a análise de seus princípios. A bioética surgiu na década de 70 e desde já foi necessário estabelecer uma metodologia para analisar os casos concretos e os problemas éticos que emergiam da prática da assistência à saúde. (LOCH, 2002). Já em 1979 foi publicada a obra *Principles of Biomedical Ethics*, no português, *Princípios da Ética Biomédica*, dos norte-americanos Tom L. Beauchamp e James F. Childress, os quais apresentaram quatro princípios básicos que regem a Bioética: não maleficência, beneficência, respeito à autonomia e justiça. (LOCH, 2002). Este artigo dará ênfase aos princípios da não maleficência, da beneficência e principalmente ao do respeito à autonomia, por entender que são os de grande relevância para a abordagem do tema central.

Iniciando pelo princípio da não maleficência, o profissional de saúde tem o dever de, intencionalmente, não causar mal ou danos ao seu paciente. (LOCH, 2002). Isso quer dizer que, se não for possível oferecer o socorro ao paciente, pelo menos devem ser tomadas precauções a fim de não prejudicá-lo com determinadas condutas. O objetivo é evitar possíveis práticas negligentes que ponham o paciente em risco. A mestra em Bioética Jussara de Azambuja Loch exemplifica tal princípio de maneira prática:

“A não maleficência tem importância porque, muitas vezes, o risco de causar danos é inseparável de uma ação ou procedimento que está moralmente indicado. No exercício da medicina este é um fato muito comum, pois quase toda intervenção diagnóstica ou terapêutica envolve um risco de dano. Por exemplo, uma simples retirada de sangue para realizar teste diagnóstico tem um risco de causar hemorragia no local punccionado. Do ponto de vista ético, este dano pode estar justificado se o benefício esperado com o resultado deste teste for maior que o risco de hemorragia. A intenção do procedimento é beneficiar o paciente e não causar-lhe o sangramento. [...]. Quando maior o risco de causar dano, maior e mais justificado deve ser o objetivo do procedimento para que este possa ser considerado um ato eticamente correto”.

Sendo assim, fica entendido que o princípio da não maleficência busca uma maior cautela dos profissionais a fim de preservar a integridade dos pacientes nos procedimentos médicos. E tais procedimentos devem ser justificados trazendo benefício maior que o risco de dano a tais pacientes.

Cabe agora discorrer a respeito do princípio da beneficência. Como o nome já induz, tal princípio se relaciona com a obrigação moral de agir para o benefício do paciente. Ao contrário do princípio da não maleficência, que diz respeito a uma ação negativa do profissional da saúde em não causar danos ao paciente, o princípio da beneficência diz respeito à condutas positivas de tais profissionais a fim de promover o bem aos enfermos. Significa fazer o que é melhor para o paciente, não só do ponto de vista técnico-assistencial, mas também do ponto de vista ético. É usar todos os conhecimentos e habilidades profissionais a serviço do paciente, considerando, na tomada de decisão, a minimização dos riscos e a maximização dos benefícios do procedimento a realizar. (LOCH, 2002). As ações positivas que devem ser levadas em conta a fim de beneficiar o paciente dizem respeito à prevenção e remoção da doença e também à promoção de sua saúde física, emocional e mental.

Por sua vez, o princípio do respeito à autonomia talvez seja o mais relevante na abordagem deste trabalho. Autonomia seria a capacidade de uma pessoa para decidir fazer ou buscar aquilo que ela julga ser o melhor para si mesma. (LOCH, 2002). O respeito a tal autonomia quer dizer ter consciência do direito do paciente possuir seu próprio projeto de vida assim como suas próprias opiniões e vontades. Seria então preservar os direitos fundamentais do homem, aceitando o pluralismo ético-social que existe na atualidade (MUNHÖZ E FORTES apud LOCK, 2002). Este princípio muito se relaciona com o princípio constitucional e, base de nossa República, da dignidade da pessoa humana que, por sua vez, possui como um de seus alicerces a referida autonomia da pessoa. Jussara de Azambuja Loch complementa:

“Na prática assistencial, é no respeito ao princípio da autonomia que se baseiam a aliança terapêutica entre o profissional de saúde e seu paciente e o consentimento para a realização de diagnósticos, procedimentos e tratamentos. Este princípio obriga o profissional de saúde a dar ao paciente a mais completa informação possível, com o intuito de promover uma compreensão adequada do problema, condição essencial para que o paciente possa tomar uma decisão. Respeitar a autonomia significa, ainda, ajudar o paciente a superar seus sentimentos de dependência, equipando-o para hierarquizar seus valores e preferências legítimas para que possa discutir as opções diagnósticas e terapêuticas”.

Após o exposto acima, fica claro que o princípio bioético do respeito à autonomia será de grande relevância na abordagem acerca do Testamento Vital, tema central deste *paper*.

Este capítulo do *paper* teve como foco a abordagem da Bioética e seus princípios. Foram abordados os mais relevantes na aplicação ao Testamento Vital, tema central deste artigo, que são os princípios da não maleficência, da beneficência e, principalmente, do respeito à autonomia do paciente. Cabe agora partir para uma análise detalhada acerca do Testamento Vital.

3 Testamento Vital: o que é?

Em um primeiro momento, foi abordado no capítulo anterior o tema da Bioética e os princípios que emanam dela. Agora, cabe expor o tema do Testamento Vital. Será exposto seu conceito e como ele pode ser um instrumento de materialização dos princípios que envolvem a questão da Bioética, em especial ao princípio do respeito à autonomia da vontade do paciente enfermo.

Primeiramente, cabe destacar que a expressão Testamento Vital é um tanto quanto equivocada. Pode-se afirmar que tal nomenclatura é justificada por sua popularização. É errado considerá-lo como testamento visto que o testamento consiste num negócio jurídico destinado à produção de efeitos post mortem, e o Testamento Vital objetiva uma eficácia jurídica antes da morte do interessado. Deste modo, a doutrina sugere uma melhor denominação para tal documento, que seria "declaração vital" ou "diretiva antecipada de vontade". (BALD, 2015).

Tendo em vista essas primeiras exposições acerca do Testamento Vital, eis agora o seu conceito. O Testamento Vital é uma declaração de vontade produzida por pessoa natural com capacidade civil, em pleno gozo de suas faculdades mentais, que consiste numa autorização ou restrição à submissão do declarante a certos procedimentos médicos, quando estiver impedido de manifestar sua vontade em razão de sua enfermidade. (BALD, 2015). Por sua vez, Adriana Carrera Calvo resume tal conceito da seguinte maneira:

"Testamento Vital é um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade".

É perceptível, portanto, que o Testamento Vital consiste num documento de bastante importância para o indivíduo afirmar sua vontade numa situação de extrema vulnerabilidade em sua vida, optando ou não por tratamentos que preservarão, se não sua plena saúde, mas sim sua dignidade.

Após a abordagem dos conceitos acima citados, fica claro que o Testamento Vital é um instrumento adequado para materializar o princípio bioético do respeito à autonomia do paciente. Este, por sua vez, é um princípio que defende um dos princípios basilares do nosso Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem como um de seus desdobramentos a liberdade individual do ser humano. Liberdade significa hoje, poder realizar, sem qualquer interferência, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier. (BALD, 2015). Deste modo, o Testamento Vital se mostra como o instrumento adequado que serve à autonomia privada do paciente terminal, em consonância com os princípios adotados pela Constituição Federal de 1988. (BALD, 2015). Por sua vez, Flávio Tartuce expõe o seguinte pensamento acerca dessa materialização do princípio da dignidade da pessoa humana, refletida nos princípios da liberdade e da autonomia da vontade, através da declaração do paciente consistente no instrumento do Testamento Vital:

“O Testamento Vital ou Biológico, ao tutelar a manifestação da autonomia privada, nos termos acima, funciona como um instrumento voltado para a proteção direta da dignidade do paciente terminal e indireta da dignidade de seus familiares, de vez que estes sofrem os males e as dores pelos quais passa seu ente querido”. (TARTUCE apud BALD, 2015).

Percebe-se, portanto, que o Testamento Vital assegura a dignidade não só do indivíduo que se encontra em grave enfermidade, mas também a de seus familiares, na medida em que acaba por preservar seus sentimentos.

É fundamental analisar tais aspectos de maneira prática. Em uma suposição, o indivíduo, através do instrumento do Testamento Vital, expõe expressamente sua vontade de não querer receber um tratamento que o manteria vivo por não considerá-lo digno à sua pessoa humana. Submetê-lo a tal tratamento, contrariando sua vontade, acabaria fazendo com

que tal paciente permanecesse em uma vida considerada, por ele, indigna. Estaria sendo contrariada, nesse hipotético caso, sua liberdade e integridade.

Analisando os aspectos acima citados, pode-se afirmar que este capítulo do *paper* apresentou o instrumento do Testamento Vital, primeiramente de maneira conceitual. Em um segundo momento, foi exposto como tal instrumento pode ser útil na materialização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e, em especial, à liberdade individual traduzida no princípio da Bioética consistente no respeito à autonomia do paciente. Neste momento, parte-se para o próximo capítulo deste artigo, o qual analisará a possibilidade de um indivíduo enfermo se valer do Testamento Vital segundo o nosso ordenamento jurídico.

4 A possibilidade do Testamento Vital segundo o nosso Direito Civil e Constitucional

Nos capítulos anteriores, foram expostos, primeiramente, fundamentos e princípios a respeito da Bioética. Após, foi exposto o tema do Testamento Vital. Foi apresentado o conceito de tal instrumento assim como sua relação com alguns princípios da Bioética e até mesmo constitucionais, como o respeito da autonomia da vontade do paciente e a dignidade da pessoa humana. Deste modo, é oportuno, neste momento, analisar a possibilidade do instrumento do Testamento Vital dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com o Código Civil brasileiro, há algumas disposições acerca do Testamento em si. Primeiramente, o artigo 1857 dispõe que “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade de seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”. Nesse primeiro momento, percebe-se que o Testamento em si é um ato jurídico que possui efeitos post mortem do interessado, enquanto o Testamento Vital produz efeitos ao paciente enfermo ainda em vida. Portanto, segundo esse dispositivo não há a possibilidade do Testamento Vital ser englobado por aquilo que conceitua o Código Civil.

Analisando os seguintes artigos, em especial o artigo 1862 do Código Civil de 2002, há disposição taxativa a respeito do que são consideradas formas de Testamento no Brasil. Há as formas ordinárias que correspondem ao Testamento Público, Testamento Serrado e o Particular. Já o artigo 1886 do mesmo Código, há o rol taxativo a respeito dos Testamentos especiais, que são o Testamento Marítimo, Aeronáutico e Militar. Além disso, o artigo 1881 trata do Codicilo, que diz respeito a um último ato de vontade da pessoa, mas com conteúdo diverso ao Testamento Vital. Deste modo, fica claro que os artigos do Código Civil

que tratam de Testamento são absolutamente taxativos, não dando espaço ao Testamento Vital. Portanto, segundo o Código Civil de 2002, tal espécie de Testamento não possui validade.

Em contrapartida, apesar de não haver disposição expressa, há a possibilidade de se interpretar a Constituição Federal de 1988 de maneira favorável à possibilidade de validação do Testamento Vital no Brasil. Como foi exposto nos capítulos anteriores, o Testamento Vital consagra princípios basilares do nosso Estado Democrático de Direito, como a liberdade, autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana. Tendo em vista que o Estado deve proporcionar a todos os indivíduos uma vida digna, não consiste num ato constitucional obrigar um ser humano a se submeter a tratamento que lhe manterá vivo, porém indignamente. Também não é um ato constitucional dispor sobre a vida de alguém, negando-lhe sua própria liberdade e sua autonomia a respeito de fatos que afetam única e exclusivamente aquele que tem tais direitos negados. Portanto, abrir espaço para o Testamento Vital, é fornecer ao interessado princípios constitucionais básicos e fundamentais.

Apesar de não haver legislação específica no Brasil a respeito do Testamento Vital, é interessante notar que o Conselho Federal de Medicina emitiu a resolução n. 1995/2012 que permite o paciente a registrar o Testamento Vital em sua ficha médica ou prontuário. Eis aqui tal resolução:

Art. 1º: Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º: Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º: Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º: O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º: As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º: O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º: Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Art. 3º: Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

É interessante ressaltar que essa resolução representa um grande avanço no Brasil no que diz respeito à possibilidade de validação do Testamento Vital. Isto se deve ao fato de que ela vincula o médico à vontade do paciente. Ela fornece, portanto, um amparo legal ao médico caso ele venha a ser responsabilizado por qualquer ato relativo ao respeito à vontade do paciente embasado em um Testamento Vital.

Tendo em vista os aspectos abordados por este capítulo, conclui-se que não há, ainda, no ordenamento jurídico brasileiro, legislação específica que trate do Testamento Vital. Entretanto, fica evidente que há uma evolução a respeito da possibilidade de se valer do Testamento Vital no Brasil. Prova disso é a resolução n.1995/2012 do Conselho Federal de Medicina que dispõe sobre tal instrumento dando maior segurança aos profissionais da medicina assim como valorizando a autonomia dos pacientes. Tal evolução é pautada nos princípios da liberdade, autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana, que devem permanecer com o ser humano no decorrer de toda a sua vida, segundo a própria Constituição Federal do Brasil.

5 Conclusão

Conclui-se este trabalho com o preceito inicial de que a Bioética tem utilidade à resolução de dilemas morais e éticos advindos do exercício das ciências da saúde e das relações humanas e sociais presentes principalmente na atividade da medicina. Por sua vez, surge o Testamento Vital como instrumento capaz de materializar princípios englobados pela Bioética.

Após a conceituação da Bioética, foram expostos os princípios que a fundamentam. Os que tiveram uma análise especial em decorrência da relação da Bioética

com o Testamento Vital foram os princípios da não maleficência, da beneficência e do respeito à autonomia. Foi constatado que o princípio do respeito à autonomia da vontade do paciente é o de maior relevância e o que melhor traduz o instrumento do Testamento Vital. Isso porque, na medida em que é respeitada a liberdade do paciente em decidir os tipos de tratamento ou não tratamento que deseja receber, é preservada por consequência a dignidade de sua pessoa, visto que ele tem a possibilidade de dispor acerca de sua própria vida de acordo com aquilo que ele considera viver dignamente ou não.

Também foi apresentado o Testamento Vital, num primeiro momento, de maneira conceitual. Este consiste num documento o qual o paciente enfermo pode determinar expressamente que tipo de tratamento ou não tratamento deseja receber num momento de extrema vulnerabilidade, estando incapaz de manifestar sua própria vontade. Portanto, fica claro que o Testamento Vital é um instrumento de materialização dos princípios da Bioética, em especial o do respeito à autonomia que, por sua vez, acaba por preservar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Mesmo após a exposição da importância da Bioética e do Testamento Vital no exercício da medicina, foi constatado que ainda não há no Brasil legislação específica que trate do tema. Além disso, o Código Civil brasileiro não expõe taxativamente a validade do Testamento Vital em nosso país. Apesar disso, há certa evolução no que diz respeito à Possibilidade do Testamento Vital no Brasil, demonstrada, por exemplo, pela resolução n.1995/2012 do Conselho Federal de Medicina que dispõe sobre este documento fornecendo uma maior segurança aos profissionais da medicina. Além disso, acaba por valorizar a autonomia da vontade dos pacientes em estado grave. Esta evolução é justificada por uma maior valorização, na interpretação deste tema, dos princípios constitucionais da liberdade, autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana, que são direitos de todos os indivíduos desde o nascimento até o momento da proximidade da morte.

REFERÊNCIAS

BALD, Júlia Schroeder. Testamento vital e autonomia da vontade: considerações gerais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4291, 1 abr. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/37648>>. Acesso em: out. 2015.

CLEMENTE, Ana Paula Pacheco; **PIMENTA**, Waldemar J. D.. Uma reflexão bioética do testamento vital: o que você faria se tivesse 7 dias? . In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 32, ago 2006. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1231. Acesso em set. 2015.

FREIRE JÚNIOR, Aluer Baptista; **AMIGO**, Andréia Vieira. Testamento vital é válido?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3838, 3 jan. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26316>>. Acesso em: out. 2015.

LOCH, Jussara de Azambuja. Princípios da Bioética. Uma introdução à bioética. Temas de Pediatria Nestlé, n.73, p.12-19. Kipper DJ (editor): 2002. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/joao/principiosdebioetica.pdf>>.