

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: TESTAMENTO VITAL, MANDATO DURADOURO E SUA ADMISSIBILIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Adriano Marteleto Godinho^{*}

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. A autonomia privada nas relações médico-paciente: o consentimento informado; 3. O sentido do art. 15 do Código Civil; 4. As diretivas antecipadas de vontade: aspectos fundamentais; 4.1. O testamento vital; 4.2. O mandato duradouro; 5. Os efeitos das diretivas antecipadas; 6. Conclusões; 7. Referências.



1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As questões que gravitam em torno da vida e da morte sempre provocaram acalorados debates e cuidadosas análises por parte da sociedade e de especialistas nos mais variados ramos do conhecimento. Juristas, médicos, biólogos, filósofos e inúmeros outros profissionais buscam respostas às questões que versam sobre o início e o fim da vida, cada qual à sua maneira e com fundamento na metodologia que orienta a ciência a cujo estudo se dedicam.

No âmbito do Direito, são incontáveis os problemas que as reflexões sobre a vida e a morte suscitam. O início da

^{*} Professor de Direito Civil da Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Advogado.

personalidade das pessoas naturais, a condição jurídica do nascituro (e os reflexos que a tomada de posição neste domínio fazem incidir em searas como a do aborto e a das pesquisas científicas realizadas sobre células-tronco embrionárias, entre outras) e a determinação do preciso momento da morte, aspecto crucial para permitir a realização de transplantes de órgãos *post mortem*, são algumas das questões que ainda inquietam a mente dos doutrinadores e passam longe da unanimidade em sede jurisprudencial.

Neste domínio, uma das controvérsias mais perturbadoras diz respeito ao consentimento para aceitar ou rejeitar tratamentos médicos, sobretudo nos casos em que a escolha firmada por uma pessoa possa colocar em risco sua própria vida. Colocam-se diversas questões, para as quais não há pronta resposta: há limites para a autonomia dos pacientes quanto à aceitação ou refutação dos atos médicos, mesmo aqueles que, em tese, somente lhes poderiam acarretar benefícios? Poderia uma pessoa declarar, válida e *antecipadamente*, a quais intervenções médicas pretende se submeter, caso futuramente se encontre em situação que a impossibilite de prestar seu consentimento? Se esta declaração for admitida, quais os seus requisitos e limites? Diante da perspectiva de impossibilidade vindoura de manifestação, seria cabível, ainda, que o interessado pudesse eleger um mandatário, a quem caberia o ônus de manifestar-se, em nome do mandante, em relação ao tratamento da saúde do paciente?

Apesar de no Brasil inexistir regramento sobre a matéria, e de serem relativamente tímidos os estudos sobre ela realizados, tem se tornado cada vez mais frequente a admissão, noutros países, das *diretivas antecipadas de vontade*, que se manifestam ora pelo *testamento vital*, expressão oriunda da tradução literal da terminologia vigorante nos Estados Unidos (“*living will*”), ora do *mandato duradouro*, cuja origem repousa também na ordem jurídica norte-americana (“*durable power*

attorney for health care”). Por meio destas medidas, um indivíduo pode manifestar, por escrito (no caso do testamento vital) ou por intermédio de um representante (na hipótese do mandato duradouro) a quais intervenções médicas admite ser submetido no futuro,¹ na eventualidade de, no momento em que se fizer necessária ou aconselhável a prática de tais intervenções, se encontrar incapacitado para prestar validamente seu consentimento.

O propósito destas linhas consiste em averiguar se tais declarações encontram guarida em princípios e normas do ordenamento brasileiro, malgrado a ausência de regulamentação específica. Antes, contudo, é imprescindível tecer breves comentários acerca do consentimento para a prática dos atos médicos e da regulamentação da matéria, em particular, no Código Civil de 2002. Cumpridas estas etapas, estará sedimentada a base para o estudo das diretivas antecipadas e de suas duas espécies: o testamento vital e o mandato duradouro.

2. A AUTONOMIA PRIVADA NAS RELAÇÕES MÉDICO-PACIENTE: O CONSENTIMENTO INFORMADO

¹ Normalmente, quando se pensa nas diretivas antecipadas de vontade, pressupõe-se que seu propósito consiste exclusivamente em apontar quais tratamentos o paciente recusa. JOÃO CARLOS LOUREIRO, contudo, cuida de desmentir este postulado. Segundo o autor, “*normalmente, pensa-se nas directivas antecipadas como um instrumento adequado para indicar o tipo de tratamentos que não devem ser iniciados ou devem cessar. No entanto, o seu objecto compreende também a indicação de cuidados que o paciente pretende que lhe sejam prestados. (...) As directivas antecipadas são via para determinar não apenas o tipo, mas também a intensidade do tratamento médico*” (LOUREIRO, João Carlos. *Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito*. In: Revista Portuguesa de Bioética, n. 4, abril/maio 2008, p. 70-71).

No âmbito das relações estabelecidas entre médicos e pacientes, o *consentimento informado* – expressão que se cunhou para identificar que a declaração de vontade do paciente é externada de forma livre e devidamente esclarecida – é a expressão da autonomia que se lhes confere para aceitar ou recusar determinados tratamentos ou intervenções, com base nas informações prestadas acerca dos riscos e dos procedimentos que serão seguidos.

A conquista da autonomia dos pacientes, neste domínio, foi gradual. A viragem do modelo estritamente paternalista para o do reconhecimento desta autonomia pode ser comprovada por diplomas e diretivas internacionais que confirmam que os médicos deixaram de ser senhores de todas as decisões que respeitam à vida e à saúde dos pacientes.

Nos Estados Unidos, em 1847, editou-se um código das “obrigações dos pacientes para com seus médicos”, a impor àqueles um verdadeiro dever de obediência às imposições destes. Segundo constava do documento,

“a obediência do paciente às indicações de seu médico deve ser rápida e implícita. O paciente não deve nunca permitir que sua própria opinião vulgar sobre seu estado de saúde possa influir na atenção do médico. Um erro sobre um aspecto particular pode fazer com que tratamentos que em outras circunstâncias seriam adequados se tornem perigosos e inclusive fatais”.²

Tempos depois, seriam diversas as premissas – ainda que o advento de novas perspectivas custasse o passar de mais de um século. A diretiva intitulada “elementos fundamentais da relação médico-paciente”, formulada pela “American Medical Association” em 1990, consagrava a noção de que “uma

² Conforme ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “dignidade” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 76.

intervenção biomédica só pode ser levada a cabo depois que o paciente tenha sido informado de seu propósito, natureza, riscos e consequências, e tenha consentido livremente". Por sua vez, agora num prisma internacional, a Declaração dos Direitos do Paciente da Associação Médica Mundial, de 1981, determinou que *"o paciente tem o direito de autodeterminação para tomar livremente as decisões que lhe concernem. O médico informará ao paciente acerca das consequências de suas decisões"*.³

Abandonou-se, portanto, o antigo e rigoroso modelo de busca pela beneficência, segundo o qual o médico poderia e deveria ministrar os tratamentos que, a seu juízo, fossem capazes de conduzir à cura de seus pacientes. Precisamente para evitar que a "opinião vulgar" do paciente viesse a representar a "desobediência" aos mandamentos do médico, conforme constava no antigo diploma norte-americano das "obrigações dos pacientes para com seus médicos", engendrou-se um sistema dialético, em que o médico age não somente pelo mero impulso das suas convicções, mas também em respeito aos interesses do paciente, segundo as intervenções que também a este pareçam mais adequadas. Daí emerge, então, o sentido do consentimento informado, expressão maior da autonomia para aceitar ou recusar determinados procedimentos, com base nos esclarecimentos, prestados pelo médico, sobre a natureza da intervenção, os riscos, as contra-indicações e as vantagens esperadas, além de outros elementos que possam relevar para a formação da livre convicção do paciente.

Atualmente, prevalece a noção de que a declaração do paciente no sentido de consentir com o ato médico é obrigatória, qualquer que seja a magnitude da intervenção e os procedimentos e riscos que ela implica. Nas relações médico-paciente, a liberdade para tomar decisões acerca dos

³ ANDORNO, Roberto. *Op. cit.*, p. 76-77.

tratamentos aos quais o paciente deseja ou não se submeter contribui, afinal, para nele reconhecer o status de *pessoa*, e não de mero *objeto* da atividade médica, superando-se uma concepção manifestamente paternalista da medicina tradicional, “segundo a qual o médico estava habilitado para decidir de forma unilateral o tratamento a seguir, sem ter em conta os desejos, temores e interesses do paciente”.⁴

Apesar de não haver no ordenamento jurídico brasileiro qualquer alusão expressa ao termo “consentimento informado”, é certa a consagração da noção de que o paciente é livre para optar pela realização ou pela recusa a quaisquer tipos de tratamentos ou intervenções médicas. Há, a propósito, precedentes legislativos e estatutários que confirmam esta assertiva:

a) Cabe referir, inicialmente, aos termos do art. 15 do Código Civil (a ser abordado adiante), que estabelece que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica;

b) Também o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990)⁵ exige a prestação de esclarecimentos ao consumidor, em diversas disposições, destacando-se o art. 14, que impõe ao fornecedor de serviços a responsabilidade por

⁴ ANDORNO, Roberto. *Op. cit.*, p. 76.

⁵ Muito se discute sobre a (in)aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações médico-paciente. Uma análise extensa sobre o assunto escapa do propósito desta investigação, mas é possível afirmar que aquele diploma foi editado de maneira tão ampla que acaba por abarcar, à partida, até mesmo as tais relações. Analisando-se o teor dos arts. 2º e 3º da lei, conclui-se que os conceitos de fornecedor e consumidor são por demais amplos, o que ensejaria o enquadramento do médico como fornecedor de serviços (posto que serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, nos termos do § 2º do art. 3º) e o paciente como consumidor (uma vez que utiliza o serviço como destinatário final, como exige o art. 2º).

Ainda que não se entenda, todavia, que o Código de Defesa do Consumidor seja aplicável às relações médico-paciente, não se nega que a lei reforça as noções de autonomia privada e consentimento informado.

prestar informações insuficientes e inadequadas;⁶

c) Finalmente, o consentimento informado encontra raízes em Resoluções do Conselho Federal de Medicina (n. 1.081/82, 1.890/09 e 1.957/2010),⁷ do Conselho Nacional de Saúde (n. 196/96)⁸ e também no Código de Ética Médica em

⁶ Eis a íntegra do dispositivo: “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

⁷ Todas estas resoluções foram extraídas da página: <http://www.portal.cfm.org.br/> (acesso em 15 de janeiro de 2012). Seguem as disposições mais relevantes de cada uma delas:

a) Resolução CFM n. 1.081/82 (consentimento ou autorização dada pelo paciente ou responsável ao médico para necrópsia, provas necessárias ao diagnóstico e tratamento), art. 1º: “o Médico deve solicitar a seu paciente o consentimento para as provas necessárias ao diagnóstico e terapêutica a que este será submetido”.

B) Resolução CFM n. 1890/2009 (define e normatiza a telerradiologia), art. 3º, parágrafo único: “o paciente deverá autorizar a transmissão eletrônica das imagens e seus dados por meio de consentimento informado, livre e esclarecido”.

c) Resolução CFM n. 1.957/2010 (adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida), I/III: “O consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida”.

⁸ Que tem por objeto “aprovar (...) diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos”, cujo conceito de consentimento livre e esclarecido (II/11) é o que se segue: “anuência do sujeito da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após explicação completa e pormenorizada sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar, formulada em um termo de consentimento, autorizando sua participação voluntária na pesquisa”. Extraída do portal: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/1996/Reso196.doc> (acesso em 15 de janeiro de 2012).

vigor.⁹

Parte-se da premissa de que o paciente é a parte frágil na relação estabelecida com o médico, precisamente por ignorar os aspectos técnicos da medicina. Sendo o consentimento informado a expressão da vontade do paciente, exige-se que ele tenha plena consciência da natureza dos procedimentos propostos e dos riscos que lhes são inerentes, quando poderá, se for o caso, emitir a autorização para a prática do ato médico. Tal autorização se dá por meio da assinatura do Termo de Consentimento Informado, documento que deve especificar, em linguagem acessível ao paciente, as informações indispensáveis à formação da sua livre convicção. Ao lançar sua assinatura no referido termo, o paciente declara estar ciente do seu inteiro teor, assumindo livremente os riscos indicados.

Interessa atentar para o conteúdo das informações prestadas ao paciente, que deve ter ciência de todos os riscos que o tratamento ou cirurgia normalmente representam. Ao paciente (ou a quem possa por ele responder, caso o próprio esteja impossibilitado de fazê-lo) é apresentado um termo circunstanciado, contendo todas as informações relevantes para o caso. Evidentemente, a obtenção da autorização do paciente pode ser dispensada em casos de urgência (como, v.g., a chegada de um paciente desacordado e em estado grave ao hospital), quando o profissional tem o dever de agir, sob pena de responder no âmbito civil, penal e administrativo por sua omissão.

Num primeiro ensaio, em formulação proposta por

⁹ Entre as disposições do Código de Ética Médica sobre o tema, destacam-se os arts. 22 e 31, que vedam ao médico “*deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte*” e “*desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte*”. (Extraído do documento eletrônico: <http://www.portal.cfm.org.br/>. Acesso em 15 de janeiro de 2012).

ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA,¹⁰ pode-se afirmar que a validade do consentimento prestado pelo paciente parte dos seguintes elementos mínimos:

- a) Que o paciente tenha capacidade para consentir;
- b) Que o paciente tenha recebido informação suficiente sobre o tratamento proposto, considerando-se que a relação médico-paciente é fundada na idéia de que uma das partes é perita e a outra leiga;
- c) Finalmente, que o paciente tenha liberdade de manifestar sua vontade, livre de quaisquer vícios que a maculem.

Superada a ideia de que o paciente nada tem a dizer sobre os tratamentos médicos que lhe são propostos, passa-se a admitir que cada indivíduo se torne senhor das decisões a tomar sobre si mesmo. É este o ponto de partida para aceitar que se possa planear para o futuro o consentimento, cabendo ao médico respeitar os termos da declaração prévia de vontade emitida por seu paciente. Apesar disso, cabe apontar, de plano, uma distinção entre o consentimento informado para a realização de um procedimento médico e as diretivas antecipadas: enquanto naquele ato há a aceitação ou rejeição a determinado tratamento proposto para a cura de um mal presente, nestas ocorre uma projeção que se reporta a casos futuros. A lógica que orienta um ou outro caso, contudo, assenta no mesmo fundamento: o respeito à autonomia pessoal do paciente.

3. O SENTIDO DO ART. 15 DO CÓDIGO CIVIL

O art. 15 do Código Civil em vigor exerce função primordial para a resolução das questões respeitantes ao

¹⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004, p. 129-130.

consentimento dos pacientes, ao estipular que “*ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica*”.

Num primeiro momento, a disposição parece nada enunciar além do óbvio: não se pode impor a alguém a prática de um ato que encerre grave risco contra a sua própria vida. Sendo esta o bem originário, do qual decorre todos os outros, caberá à pessoa – aqui, na condição de paciente – decidir, livre de erro ou coação, se pretende submeter-se ou não a determinado tratamento ou cirurgia.

A aparente singeleza do dispositivo, contudo, disfarça alguns aspectos cruciais acerca do consentimento para a prática de atos de disposição do próprio corpo.

O indicativo que dimana da letra da lei sugere que, para os atos médicos de tal sorte graves que coloquem o paciente em risco de vida, torna-se imprescindível atender aos seus interesses. Ao paciente competirá manifestar seu consentimento, desde que devidamente esclarecido. Seria possível, por outro lado, extrair argumento *a contrario sensu* deste preceito e afirmar que, não havendo risco considerável de vida, caberá a submissão forçada do paciente ao ato médico que lhe for proposto?

A resposta não pode ser afirmativa. Ainda que a recusa à submissão a um simples procedimento que não traga riscos consideráveis à saúde ou à vida do paciente, aí sim, é que venha a colocá-lo em iminente risco de vida, há que ter em conta a liberdade e os valores que alicerçam a dignidade de cada pessoa. A todo e qualquer indivíduo se defere a prerrogativa de eleger, com base em suas convicções, crenças e valores, quais os tratamentos ou intervenções lhe parecem adequadas.

Resta afastar, portanto, toda interpretação restritiva que porventura se possa obter do preceito em apreço. A ninguém é dada a prerrogativa de agir, com supedâneo num suposto

interesse de preservar a vida e a saúde de um paciente, em sentido contrário à sua vontade, quando livre e conscientemente declarada.

Esta análise reforça a noção de autonomia do paciente: seja qual forem as circunstâncias e quaisquer que sejam as alternativas de tratamento, somente caberá agir segundo os limites da autorização por ele declarada. Sendo o paciente, afinal, o titular dos bens da personalidade cuja preservação se coloca em pauta, será ele o melhor juiz para decidir sobre os cuidados com sua saúde, uma vez que esteja de posse das informações técnicas acerca das alternativas de tratamento e das possíveis consequências que a aceitação ou rejeição podem acarretar.

4. AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: ASPECTOS FUNDAMENTAIS

As linhas até aqui traçadas tiveram o propósito de demonstrar que o paciente é livre, em qualquer circunstância, para decidir sobre os cuidados com a preservação da sua saúde. Desde os mais inofensivos tratamentos até as cirurgias intensamente arriscadas e invasivas, não pode o médico agir sem antes colher o consentimento do paciente, cuja manifestação estará alicerçada nas informações primordiais sobre os procedimentos aplicáveis.

Resta averiguar se as manifestações do paciente serão válidas mesmo nos casos em que elas forem prestadas, por cautela, antes que se possa vislumbrar uma circunstância concreta em que será necessário colher o seu consentimento para a prática de atos médicos. Noutros termos, eis a questão que se coloca: poderia uma pessoa declarar, por escrito próprio ou mediante representação, a qual tipo de tratamento pretende ou não se submeter, caso futuramente se encontre em estado de saúde de tal maneira grave que o impeça de consentir

livremente, em virtude de ter seu discernimento gravemente afetado?

Insere-se em pauta, enfim, a discussão sobre a existência, validade e eficácia jurídica das chamadas diretivas antecipadas de vontade, que admitem duas hipóteses: o testamento vital e o mandato duradouro. Importa, pois, analisar estas figuras em apartado.

4.1 O TESTAMENTO VITAL

O testamento vital (também chamado “testamento biológico”, “testamento de vida” ou “testamento do paciente”) consiste num documento, devidamente assinado, em que o interessado juridicamente capaz declara quais tipos de tratamentos médicos aceita ou rejeita, o que deve ser obedecido nos casos futuros em que se encontre em situação que o impossibilite de manifestar sua vontade, como, por exemplo, o coma.

Cumpra, antes de avançar, apontar uma imprecisão terminológica no emprego do termo “testamento vital”. Não se trata exatamente de um testamento, porque este ato jurídico se destina a produzir efeitos *post mortem*; ao revés, o testamento vital tem eficácia *inter vivos*. Ademais, há outra significativa distinção entre as figuras: o testamento vital tem por objeto firmar antecipadamente a vontade do paciente quanto aos atos médicos a que pretende se submeter, subsistindo as instruções contidas no documento nos casos em que seu subscritor estiver impossibilitado de manifestar-se; o testamento propriamente dito, por seu turno, implica, normalmente, uma divisão do patrimônio pertencente ao testador, não obstante a lei permita que o ato seja celebrado para fins não patrimoniais, como o reconhecimento de paternidade, por exemplo. Seria inócua, por óbvio, a inclusão de instruções acerca dos cuidados médicos a ter em conta num testamento, porque este ato, como já se

afirmou, tem sua eficácia jurídica suspensa até que se verifique a morte do testador. Entretanto, por ter se consagrado o uso da expressão “testamento vital”, será esta a terminologia empregada doravante.

No Brasil, não há norma jurídica que regulamente o testamento vital, embora não exista razão que impeça a discussão de sua validade e eficácia. Por não vigorar, quanto aos atos jurídicos, o princípio da tipicidade, os particulares têm ampla liberdade para instituir categorias não contempladas em lei, contanto que tal conduta não venha a representar qualquer afronta ao ordenamento.

Ressalte-se que o instituto, embora inexistente no ordenamento positivo brasileiro, há muito foi regulamentado em outros países. Nos Estados Unidos, a primeira lei sobre o testamento vital foi editada na Califórnia, em 1976, e rapidamente serviu como referência para o surgimento de diplomas semelhantes naquele país. Até 1986, mais de 30 estados americanos já haviam legislado sobre o assunto.¹¹ Já em 1990, emergiu, como norma federal, a Lei de Autodeterminação do Paciente (“*Patient Self-Determination Act*”), com o propósito de estimular a elaboração, pelos pacientes, de diretivas antecipadas, segundo as leis estatais que versem sobre o tema.¹² O diploma determina que os pacientes admitidos em entidades como hospitais e agências de saúde devem receber, de imediato, informações a respeito do sentido e dos possíveis benefícios das diretivas antecipadas.

¹¹ GLICK, Henry R.; HAYS, Scott P. *Innovation and reinvention in state policymaking: theory and the evolution of living will laws*. Cambridge University Press: The Journal of Politics, v. 53, n. 3, ago./1991, p. 839. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2131581>. Acesso em 06 de fevereiro de 2012.

¹² Conforme salienta KELLY MULHOLLAND, “*the central purpose of the patient self-determination act's mandate of information is to enable individuals more easily to formulate advance directives under state law*” (MULHOLLAND, Kelly C. *Protecting the right to die: the patient self-determination act of 1990*. Harvard Journal on Legislation, 1991, p. 618. Disponível em: <http://heinonline.org/>. Acesso em 06 de fevereiro de 2012).

Por um lado, a edição de uma lei federal norte-americana sobre as diretivas antecipadas culminou com uma proliferação ainda maior de normas estatais que as regulamentam. Por outro lado, contudo, a independência legislativa dos estados norte-americanos terminou por provocar uma variedade tamanha de condições para a realização das diretivas antecipadas que se torna praticamente impossível atestar a existência de um padrão específico para a sua elaboração naquele país. Os procedimentos são diversificados inclusive no tocante aos seus elementos mais essenciais, como a capacidade para firmar diretivas antecipadas.¹³ No Brasil, a promulgação de uma lei que expressamente contemplasse e regulamentasse as diretivas antecipadas não encontraria semelhante empecilho, haja vista se tratar de matéria que necessariamente seria regida de forma unitária por todo o território nacional, através de lei federal.

Na Espanha, a primeira norma de caráter nacional sobre

¹³ HENRY GLICK e SCOTT HAYS, a propósito, demonstram que a legislação em vigor em Montana é sensivelmente mais branda que aquela editada na Califórnia: “An illustration of the important substantive difference between state scores is found in the contrast of California’s more restrictive law and Montana’s more recent facilitative legislation. In California, a valid living will can be executed by a patient no sooner than two weeks after he or she has been diagnosed as terminally ill. In Montana, a living will can be created any time. Fifty percent or more California patients are not diagnosed as terminal until after they have become permanently comatose, making it impossible for them ever to execute a valid living will. Therefore, this one provision has drastic consequences on the usefulness of this law to California residents (The California Natural Death Act 1979). In California, a living will cannot be created on behalf of a patient who is unable to sign for him or herself; Montana has such a provision. California living wills are valid for no longer than five years whereas Montana has no time limit. California imposes complicated and restrictive witnessing requirements, while Montana does not. A California living will is invalid if the patient is pregnant while in Montana it is invalid only if the fetus will develop if life-sustaining treatment is given to the patient. California doctors who refuse to comply with a living will face no penalties while a Montana doctor is subject to criminal prosecution. Overall, Montana’s recent law makes it much easier for patients or their families to control final medical treatment and enforcement provisions are likely to compel doctors to comply with their wishes” (GLICK, Henry R.; HAYS, Scott P. *Op. cit.*, p. 842).

o tema sobreveio com a Lei n. 14, de 14 de novembro de 2002, cujo art. 11, ao regulamentar as “instruções prévias” – nomenclatura que, naquele país, substituiu as “diretivas antecipadas” –, estabelece os pressupostos essenciais para a validade do ato, entre eles a plena capacidade do agente.¹⁴ A norma tem o mérito, ainda, de fazer referência não apenas ao testamento vital (embora este termo não tenha sido expressamente contemplado na lei), mas também à possibilidade de se nomear um representante, para servir como interlocutor entre o representado e a equipe médica e assegurar o estrito cumprimento das instruções prévias (tema que será objeto de análise no tópico a seguir). Por fim, consagrou-se também a necessidade de as diretivas constarem de documento

¹⁴ Segue a íntegra do dispositivo: “*Artículo 11. Instrucciones previas.*

1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.

3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la «lex artis», ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.

4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.

5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se registrá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud” (Disponível em: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/persona/pf/L41-02.htm>. Acesso em 07 de março de 2012).

escrito, que poderá ser livremente revogado a qualquer tempo e pelo mesmo modo da sua celebração. À referida norma, especialmente em virtude do que dispõe seu artigo 11.5, seguiu-se a publicação do Real Decreto 124, de 2 de fevereiro de 2007, que criou um registro nacional de instruções prévias, com o intuito de conferir eficácia aos testamentos vitais firmados por cidadãos espanhóis.¹⁵

No Reino Unido, vigora desde 2005 a norma denominada “*Mental Capacity Act*”, cujos arts. 9 e 24, em especial, contemplam as figuras das diretivas antecipadas, permitindo-se a uma pessoa capaz a faculdade de conferir a outrem autoridade para decidir sobre seus cuidados médicos futuros ou decidir, desde já e por conduta própria, sobre a execução ou manutenção de tratamentos que digam respeito à sua saúde.¹⁶

Outros modelos mais recentes – e geograficamente mais próximos – podem servir de inspiração ao legislador brasileiro.

¹⁵ Íntegra do Real Decreto disponível em <http://www.boe.es/boe/dias/2007/02/15/pdfs/A06591-06593.pdf>. Acesso em 07 de março de 2012.

¹⁶ Segue a transcrição dos dispositivos:

“9. *A lasting power of attorney is a power of attorney under which the donor (“P”) confers on the donee (or donees) authority to make decisions about all or any of the following*

(a) *P’s personal welfare or specified matters concerning P’s personal welfare, and*
(b) *P’s property and affairs or specified matters concerning P’s property and affairs, and which includes authority to make such decisions in circumstances where P no longer has capacity”.*

“24. *‘Advance decision’ means a decision made by a person (“P”), after he has reached 18 and when he has capacity to do so, that if*

(a) *at a later time and in such circumstances as he may specify, a specified treatment is proposed to be carried out or continued by a person providing health care for him, and*

(b) *at that time he lacks capacity to consent to the carrying out or continuation of the treatment”* (Disponível em:

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/contents>. Acesso em 16 e março de 2012).

Em 2009, no Uruguai, foi aprovada a lei n. 18.473,¹⁷ que instituiu o testamento vital no ordenamento local. A lei contém onze dispositivos, estabelecendo o primeiro deles que toda pessoa maior de idade e psiquicamente apta, de forma voluntária, consciente e livre, pode expressar antecipadamente sua vontade no sentido de opor-se à futura aplicação de tratamentos e procedimentos médicos que prolonguem a vida em detrimento da sua qualidade, se se encontrar enferma de uma patologia terminal, incurável e irreversível. Isso permite que a pessoa possa antecipadamente declarar que recusa terapias médicas que apenas prolongariam sua existência, em detrimento da sua qualidade de vida.

O testamento vital, enfim, permite que seja o próprio indivíduo a decidir sobre sua vida e saúde, e não seus familiares, aos quais, em tese, recairia o encargo de consentir quanto aos tratamentos médicos, sempre que o próprio interessado não tiver o necessário discernimento para fazê-lo. A admissibilidade do testamento vital e o reconhecimento da sua validade e eficácia apresentam a conveniência de eliminar eventuais conflitos entre os parentes e mesmo entre o consentimento destes e a verdadeira intenção do paciente. Com efeito, o aspecto de maior relevo consiste em evitar ambiguidades, pois o próprio paciente terá explicitamente antecipado seu consentimento ou dissentimento quanto a determinadas práticas médicas; mais do que isso, o instrumento é redigido num momento em que o indivíduo não apenas goza da plenitude de suas faculdades mentais, mas também não se vê na iminência de ter de aceitar ou rejeitar de plano determinados cuidados médicos, o que lhe permitirá refletir com mais cautela sobre sua vida e sua saúde.

O fato de inexistir previsão legal sobre o testamento

¹⁷ Íntegra da lei disponível em <http://200.40.229.134/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18473&Anchor=>. Acesso em 07 de fevereiro de 2012.

vital no país não significa que se possa proclamar uma suposta incompatibilidade: em consonância com os princípios e normas que imperam ordenamento brasileiro, nada impede que se reconheça a validade daquele instrumento, que nada mais representa que uma relevante expressão da autonomia dos pacientes, com a particularidade, neste caso, de se tratar de um instrumento previamente elaborado, com o intuito de estabelecer diretrizes sobre intervenções médicas supervenientes. Sendo descabida a alegação de que o testamento vital não pode subsistir, pelo simples fato de não haver regulamentação específica em lei – embora a elaboração de uma norma especialmente cunhada para reger o instituto seja conveniente, para pôr termo às dúvidas que persistem sobre o tema –, torna-se imprescindível estabelecer determinadas condições para o reconhecimento da sua validade.

No Brasil, o testamento vital, supondo-se ser possível aceitar sua validade, deveria ser realizado pelo interessado plenamente capaz (rompendo-se com a regra aplicável aos testamentos contemplados pelo Código Civil, que podem ser realizados pelos maiores de 16 anos, consoante estipula o seu art. 1.860, parágrafo único), sendo também fundamental averiguar se o consentimento é prestado de forma livre e espontânea, isto é, isento de erro, dolo ou coação. Por analogia com as regras civis concernentes aos testamentos – embora os institutos não se confundam, como já se viu, nada impede que as regras concernentes a um sejam estendidas ao outro –, a capacidade do agente deve ser averiguada no momento da realização do ato, uma vez que *“a incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade”* (art. 1.861 do Código Civil). Para além disso, compete reconhecer a revogabilidade do ato a qualquer tempo, também por analogia ao art. 1.858 do Código Civil, que determina que *“o testamento*

é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo”. Caminha neste sentido, a propósito, a previsão contida no art. 4º da aludida lei uruguaia.

Uma vez que o instituto não encontra previsão legal no país, não há como afirmar categoricamente quais seriam seus requisitos formais, o que não é despreciando: a qualquer ato jurídico a que faltem pressupostos de ordem formal é cominada a sanção da nulidade, nos termos dos arts. 104, III e 166, IV do Código Civil. Por outro lado, constata-se que os atos jurídicos, em geral, independem de forma, a não ser quando a lei expressamente eleja alguma, conforme dispõe o art. 107, também do Código Civil. Em tese, pois, poder-se-ia alegar que, como a lei não contempla qualquer solenidade para a prática do ato em questão, a forma seria livre.

Entretanto, para evitar o risco de ser proclamada a invalidade do testamento vital, pode-se, em novo recurso à analogia, entender que, no mínimo, o documento deve cumprir os requisitos de validade da mais “informal” das modalidades ordinárias de testamento – o particular –, que exige que o texto seja escrito de próprio punho ou por processo mecânico, sem rasuras, na presença de pelo menos três testemunhas, que também devem subscrevê-lo, conforme determina o art. 1.876 do Código Civil. O ideal, contudo, é que o documento venha a ser firmado na presença de um tabelião, assegurando-se-lhe fé pública.¹⁸ De todo modo, a possível edição de lei específica sobre o assunto no Brasil reclamaria a indicação dos pressupostos formais relativos ao testamento vital. Enquanto persiste a lacuna legislativa, torna-se imprescindível

¹⁸ A propósito, a legislação uruguaia cuidou de estabelecer os pressupostos formais de validade do instrumento, que deve conter a assinatura do interessado e de duas testemunhas, não podendo testemunhar o médico responsável pelo tratamento, seus empregados os funcionários da instituição de saúde responsável pelo paciente. Ademais, a feitura do documento por meio de instrumento público é mera faculdade, sendo reconhecida a validade do ato mesmo quando realizado por instrumento particular.

demonstrar, de maneira segura, a autenticidade do ato e a higidez mental do interessado, razão pela qual releva a presença de testemunhas que possam confirmar tais circunstâncias.

Ultrapassada a análise dos requisitos de validade, subsistirá a discussão quanto ao conteúdo do documento. Afinal, não estão assentadas as discussões a respeito da possibilidade de recusa a tratamento médico necessário para preservar a vida do paciente, ou quanto à legitimidade da supressão da vida humana pela eutanásia, nem mesmo nos casos de ortotanásia, em que ocorre a interrupção de tratamento vital, deixando-se de ministrar a medicação adequada ao paciente em estado terminal e irreversível e de prolongar fútil e inutilmente a sua vida. Por isso, ainda que se reconheça a possibilidade da elaboração de um testamento vital, embora sem previsão legal, poderia surgir outro empecilho à validade do ato: como os arts. 104, II e 166, II do Código Civil exigem que todo ato jurídico depende da licitude do objeto, poderá ser questionada a subsistência do testamento vital, sobretudo por aqueles que entendem que a vida, bem maior de todos, deve sempre ser preservada a qualquer custo, ainda que contra a vontade do próprio paciente.

Aqui, no entanto, cumpre repisar ser direito do paciente optar pela submissão ou não a qualquer tipo de intervenção médica. Além disso, importa partir em defesa das noções de *morte digna* e da possibilidade de haver a interrupção de tratamentos que apenas prolonguem indevidamente a vida do paciente que já se encontre em estágio irreversível e incurável.

Compete estabelecer as balizas do entendimento aqui esposado: de plano, proclama-se que a vida, além de não ser disponível, prevalece sobre todos os demais direitos, por ser aquela o alicerce destes. Por isso, em situações em que se coloca em causa o direito à vida, numa eventual colisão com outros bens ou valores, pode-se defender que, em princípio, a

primazia recai sobre o primeiro.

Porém, em situações extremas, é válido mitigar este posicionamento. Veja-se, num primeiro passo, que a vida humana é, desde logo, um direito irrenunciável e inviolável, havendo casos, nada obstante, em que o próprio ordenamento admite validamente a sua supressão – é o que se passa com a legítima defesa ou o aborto, nos excepcionais casos em que este é autorizado. O que se questiona é se a vida humana há de ser preservada a qualquer custo ou se, por outro lado, não se pode atestar que *morrer dignamente* não seria simples decorrência do preceito da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente assegurado.

Nestas linhas, não se pretende aprofundar discussões no domínio da eutanásia, o que nos levaria a desenvolvimentos que ultrapassam o propósito de analisar com brevidade as diretivas antecipadas. Mas não se pode deixar de consignar que, nos casos em que se puder verificar que a continuidade do tratamento vital apenas causará mais sofrimento que esperança, ou seja, quando se constatar que o tratamento não prolonga a vida minimamente digna, mas apenas retarda indefinidamente a morte, será adequado concluir que deixar um paciente morrer, se de fato a morte é consequência natural e inevitável, é o único meio de se preservar a dignidade da pessoa em causa.¹⁹ Com efeito, há manifesta diferença entre matar e deixar morrer

¹⁹ É também este o entendimento de VERA LÚCIA RAPOSO: “*nestas condições, a recusa de tratamentos de suporte vital não pode ser vista como uma tentativa de suicídio ou como eutanásia, pois uma tal decisão apenas permitirá que a doença siga o seu curso natural. Se a morte eventualmente ocorrer será o resultado de uma doença e não de lesões auto ou hetero-infligidas. A intenção não é fomentar a eutanásia activa, mas somente deixar ao paciente a decisão do momento no qual os esforços terapêuticos devem ser interrompidos*” (RAPOSO, Vera Lúcia. *Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida*. Lisboa: Revista do Ministério Público, n. 125, Janeiro/Março 2011, p. 174-175. Disponível em: http://rmp.smmmp.pt/wp-content/uploads/2011/05/Revista_MP_N125_EstudiosReflex_5.pdf. Acesso em 20 de março de 2012).

– neste caso, insista-se, quando a morte for de fato inevitável.²⁰

Reforçando este entendimento, encontra-se no capítulo I do novo Código de Ética Médica, que elenca os seus princípios fundamentais desde diploma, o item XXII, nos seguintes termos: “nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”. Assim, desde que se comprove o estágio terminal e irreversível do paciente, a interrupção do tratamento que o mantém vivo não pode configurar ato ilícito, por não haver sentido em prolongar a vida de uma pessoa nestas condições, impingindo-lhe um dever de viver, quaisquer que sejam as condições. O novo Código de Ética Médica, nesse particular, afastou-se da distanásia, que representa o ato tendente ao prolongamento artificial da vida, já que não deve o médico empreender condutas inúteis ou obstinadas, que apenas prolongariam o sofrimento de uma pessoa, ao adiar desnecessariamente a sua morte.

Não é de se afastar, portanto, a possibilidade de uma pessoa firmar, em vida, a intenção de não ter seu processo de morte inutilmente prorrogado, como também não se pode impedir que escolha, antecipando-se às eventualidades, quais

²⁰ KELLY MULHOLLAND sintetiza a situação dos pacientes que, impossibilitados de expressar seu consentimento quanto aos cuidados com sua saúde, ficam sujeitos a tratamentos suficientemente avançados a ponto de prorrogar indevidamente o processo da morte: “*the advance of life-sustaining technology has problematized the strong legal tradition of protecting the patient's right to choose. Technological improvements in medical care increasingly blur the distinction between life and death. The dying process is now extended "through the use of artificial, extraordinary, extreme, or radical medical or surgical procedures."* Physicians most often perform these extreme and radical procedures upon patients who have been rendered incompetent by their medical condition. An artificial respirator may enable a brain-dead patient to survive. A patient in an irreversible coma may be given nutrition and hydration through a feeding tube. These patients are unable to express whether they wish to receive such 'extraordinary' procedures” (MULHOLLAND, Kelly C. *Op. cit.*, p. 611).

tratamentos médicos pretende seguir. Se esta prerrogativa de aceitar ou refutar atos médicos é, como se viu, deferida a qualquer indivíduo que tenha discernimento suficiente para compreender o estado em que se encontra e os possíveis benefícios e riscos que os tratamentos podem lhe propiciar, não se pode rejeitar a validade de uma declaração antecipada nesse mesmo domínio, desde que reflita a opinião lúcida daquele que a manifestou.

O testamento vital, enfim, pode servir como um importante instrumento para firmar o consentimento do paciente acerca dos cuidados e tratamentos que pretende adotar quanto à sua saúde. Mais do que isso, poderá vir em reforço à necessidade de se abandonar uma noção ultrapassada da medicina, em que a atuação do médico não se pauta pela arte de curar, mas pela obstinada tentativa de preservar a vida dos pacientes a todo custo, ainda que contra seus interesses declarados ou presumidos.²¹

4.2 O MANDATO DURADOURO

Ainda em sede de diretivas antecipadas, admite-se em ordenamentos estrangeiros, como já se afirmou, a figura do mandato duradouro, que pode ser conceituado como

“um documento no qual o paciente nomeia um ou mais ‘procuradores’ que deverão ser consultados pelos médicos, em caso de incapacidade do paciente – terminal ou não, quando estes tiverem que tomar alguma decisão sobre tratamento ou não

²¹ Nesse sentido, destacam HENRY GLICK e SCOTT HAYS que o testamento vital desempenha o relevante papel de evitar a obstinação terapêutica desnecessária: *“living wills permit individuals various control over the use of heroic, life-sustaining medical treatment in the event of a terminal illness. Demand for living will laws is a product of increased social concern with the ability and tendency of modern medicine to keep elderly, terminally ill, and permanently comatose patients alive beyond the natural course of death from age or infirmity”* (GLICK, Henry R.; HAYS, Scott P. *Op. cit.*, p. 838).

*tratamento. O procurador de saúde decidirá tendo como base a vontade do paciente”.*²²

O instituto do mandato duradouro pressupõe a constituição de um mandatário, aí designado “procurador de cuidados de saúde”, que recebe poderes expressos para, ao agir em nome do paciente e segundo instruções por ele transmitidas, decidir acerca dos tratamentos e cuidados com a saúde o próprio representado admite ou rejeita para si. O referido procurador, portanto, atuará como um interlocutor entre o paciente, cujas instruções deverá fielmente seguir, e a equipe médica.

A exemplo do que ocorre com o testamento vital, inexistente previsão legal sobre o mandato duradouro no Direito brasileiro, circunstância que, se não impede a sua constituição – afinal, nada há na lei que proíba a prática, nem mesmo nos dispositivos do Código Civil que regem a representação (arts. 115 a 120) e o mandato (art. 653 a 692) –, somente contribui para gerar perplexidade, seja no ambiente acadêmico ou diante de uma eventual discussão judicial acerca da validade jurídica deste instrumento.

O mesmo fundamento que embasou a lógica da validade jurídica no testamento vital, no entanto, serve para justificar a admissibilidade do mandato duradouro perante a ordem jurídica brasileira. Se o paciente é livre para expressar seu consentimento quanto aos atos médicos que lhe pareçam adequados, não se pode recusar a validade de um instrumento que, lavrado pelo próprio interessado, nomeia um terceiro para manifestar-se sobre os cuidados futuros com a sua saúde.

Entretanto, é imprescindível estabelecer algumas

²² PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2009, p. 55-56. Disponível em http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PenalvaLD_1.pdf. Acesso em 11 de março de 2012.

balizas. Ainda que se reconheça a possibilidade de o mandato duradouro produzir efeitos jurídicos no país, surgirá a mesma dificuldade regimental verificada a propósito do estudo do testamento vital: quais seriam os requisitos e limites para atestar a sua validade?

Se é possível traçar um paralelo entre o mandato duradouro e algum instituto previsto no ordenamento brasileiro, este seria o mandato (arts. 653 a 692 do Código Civil). Mais uma vez, deve-se exigir que o representado, autor do mandato duradouro, seja plenamente capaz e que seu consentimento seja manifestado livre e espontaneamente.

Já no tocante à forma, não obstante subsistam os mesmos fundamentos apontados a respeito do testamento vital – isto é, caberá à lei brasileira, uma vez incorporando a figura, estabelecer os requisitos formais –, seria possível partir das regras contidas nos arts. 654 a 657 do Código Civil. Sendo o propósito do mandatário nomear um procurador para representá-lo em atos que impliquem cuidados médicos futuros, torna-se imprescindível que o instrumento seja firmado por escrito, pois, afinal, o termo de consentimento informado a ser assinado pelo mandatário em nome do paciente também será reduzido a escrito. Por cautela, contudo, seria mais fiável a lavratura do documento por instrumento público, que, por gozar de fé pública, carregaria consigo uma presunção de veracidade dos seus termos.

O mandato duradouro, em confronto com o testamento vital, apresenta algumas vantagens, em virtude de sua maior flexibilidade. Segundo KELLY MULHOLLAND,²³ para além de permitir que o mandatário atue em conformidade com as circunstâncias que circundam o estado de saúde e as condições da medicina no momento mesmo em que o paciente necessitar de cuidados médicos – ao contrário do testamento vital, em que a declaração se projeta para um futuro possivelmente bastante

²³ MULHOLLAND, Kelly D. *Op. cit.*, p. 618-619.

distante e incerto –, o mandato duradouro assegura que a vontade do paciente será realmente respeitada, segurança que não se verifica no testamento vital, posto que, neste caso, não haverá uma pessoa escolhida pelo interessado para acompanhar se os procedimentos médicos efetivamente caminham no mesmo rumo das decisões por ele declaradas. Outra vantagem do mandato duradouro consiste no fato de que o procurador, diante de uma situação inesperada e imprevisível pelo próprio paciente, pode adequar a vontade deste às vicissitudes do caso concreto, liberalidade que, à partida, não se verifica no testamento vital.²⁴ Por outro lado, o testamento vital, desde que bem redigido, poderá garantir com maior fidelidade o cumprimento a vontade do celebrante, pois evitará que outra pessoa (o procurador, no caso do mandato duradouro) porventura venha a distorcer de algum modo o sentido dos interesses do paciente.

5. OS EFEITOS DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS

Partindo-se da ideia de que as diretivas antecipadas, em qualquer das suas modalidades, não encontram barreiras para medrar na ordem jurídica brasileira, posto que nada mais representam que um adiantamento do consentimento a ser prestado acerca da aceitação ou rejeição a atos médicos, cabe admitir que, apesar da omissão legislativa, não deve o médico, ao tomar conhecimento da elaboração de uma diretiva por seu paciente, ignorá-la e agir em desconformidade com as instruções nela contidas.

As diretivas antecipadas facultam ao interessado decidir por si e sobre si mesmo, por meio de documento escrito pelo próprio ou de um procurador especificamente constituído para tais fins. Delas emerge, como uma das mais relevantes finalidades, a prerrogativa que se defere ao paciente de optar

²⁴ RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. cit.*, p. 177.

pela abdicação da obstinação terapêutica, isto é, de deixar consignada sua pretensão de não ser mantido vivo quando se puder constatar que as alternativas de tratamento remanescentes não apenas são insuficientes para obter a cura, como podem provocar dor e sofrimento. Assim, os tratamentos extraordinários,²⁵ que intentam prolongar a vida sem que se altere a sua terminalidade, podem ser interrompidos,²⁶ pela suspensão de esforço terapêutico (SET),²⁷ objetivando-se, com isto, ter em vista não apenas o propósito de preservar de todo modo a vida, mas atentar igualmente para a *qualidade* de vida.

Na realidade, bem medidas estas questões, a obstinação pela cura é hoje considerada como má prática médica e deveria, em princípio, ser afastada independentemente de manifestação explícita do paciente nesse sentido. Não apenas o médico não deve buscar a preservação da vida quando esta medida trazer mais riscos e sofrimentos do que benefícios, como tem, na realidade, a obrigação de abdicar de tratamentos supérfluos, devendo limitar-se à prestação de cuidados

²⁵ Conforme salienta VERA LÚCIA RAPOSO, “*do leque de actos de futilidade terapêutica podem caber manobras de reanimação cardiopulmonar em doentes em fim de vida, medidas de suporte avançado de vida em doentes em estado vegetativo persistente, utilização de intervenções agressivas e invasivas como a hemodiálise, a quimioterapia e a cirurgia em doentes com doença incurável e sem condições razoáveis de recuperação. Mas mesmo procedimentos menos invasivos (tais como a utilização de antibióticos e hidratação via intravascular em doentes em estado agónico) assim poderão ser referenciados*” (RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. cit.*, p. 184).

²⁶ Entre as possíveis instruções do paciente nesse âmbito, estão as ordens de não reanimar, assim definidas por RUI NUNES: “*as Ordens de Não-Reanimar (DNR-Order – Do-No-Resuscitate Order, ou mais correctamente DNAR-Order – Do Not Attempt Resuscitation Order) são a expressão mais visível da evolução recente da ética médica. De facto, não é hoje considerado má prática médica este tipo de instrução, ainda que o decurso natural da doença conduza inevitavelmente à morte da pessoa. Noutras palavras as Ordens de Não-Reanimar são hoje o standard da boa prática médica tendo sido plenamente incorporadas nas leges artis da profissão médica*” (NUNES, Rui. *Estudo n. E/17/APB/10: testamento vital*. Parecer da Associação Portuguesa de Bioética, p. 12. Disponível em: http://www.apbioetica.org/fotos/gca/1284923005parecer-testamento_vital.pdf. Acesso em 21 de março de 2012).

²⁷ PENALVA, Luciana Dadalto. *Op. cit.*, p. 60.

paliativos ao paciente, quando a sua cura e tratamento não se afiguram mais possíveis.²⁸ Isto não obstante, a prerrogativa de o paciente explicitar seu desejo de não ser mantido vivo inutilmente não deixa de ser um possível efeito benéfico das diretivas antecipadas de vontade.

Importa verificar que a eficácia das diretivas antecipadas dependerá, necessariamente, da comprovação de dois fatores, por parte da equipe médica: que o paciente não é mais capaz de tomar decisões sobre os cuidados com sua saúde e que não há, segundo as circunstâncias e após cuidadosas análises, perspectiva de que o paciente recobre o discernimento para tomá-las.²⁹

Outra controvérsia, comum tanto ao testamento vital quanto ao mandato duradouro, diz respeito à exigência, porventura contida em textos de lei, de que tais diretivas sejam recentes – normalmente, determinadas normas fixam prazos para determinar até que momento as diretivas têm sua validade assegurada. Há, neste âmbito, uma dupla preocupação: por um lado, fazer com que o teor da diretiva realmente reflita o ânimo passado e contemporâneo do declarante, em virtude do receio de que o passar do tempo venha a modificar seus interesses e valores, tornando a declaração anterior incompatível com a vontade atual do paciente; e, por outro lado, evitar que avanços na medicina, porventura desconhecidos à época da celebração

²⁸ MELO, Helena; NUNES, Rui. *Parecer n. P/05/APB/06 sobre directivas antecipadas de vontade*. Parecer da Associação Portuguesa de Bioética, p. 6. Disponível em: http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802556471148471346directivas_medicas_pa_recer_05.pdf. Acesso em 21 de março de 2012.

²⁹ Segundo informa RICHARD CASEY, esta exigência é expressa na lei que rege a matéria em Ohio, nos Estados Unidos: “*the attending physician must also determine that the patient is no longer able to make informed decisions regarding the administration of the treatment and that there is no reasonable possibility the patient will regain the capacity to make those decisions*” (CASEY, Richard J. *Ohio's new living will statute: will it survive?* University of Dayton Law Review, v. 17, 1991-1992, p. 1.104. Disponível em: <http://heinonline.org/>. Acesso em 06 de fevereiro de 2012).

da diretiva, tornem duvidoso o fato de que o paciente manteria a declaração nos mesmos moldes em que foi lavrada, caso estivesse a par das novas alternativas de tratamentos médicos entrementes surgidas.

Embora caiba a uma eventual lei editada no Brasil sobre o tema determinar se haverá ou não um prazo de validade para as diretivas antecipadas, a exigência da sua atualidade parece ser fruto de zelo excessivo. Se o autor da diretiva jamais optou por sua revogação, presumir-se-á que sempre quis mantê-la em seus moldes originais. Por isso, incidirá uma presunção de que a vontade manifestada na diretiva antecipada corresponde à vontade atual.³⁰ Esta presunção, no entanto, é relativa, recaindo sobre a equipe médica, ou eventualmente a qualquer outro interessado, o ônus de provar o contrário, isto é, de demonstrar cabalmente que, por alguma razão, as instruções contidas na diretiva não devem prevalecer tal como foram firmadas.^{31 32} Assim, a não ser que o autor da diretiva a tenha revogado, caberá admitir que a vontade declarada no documento continua a vigorar, precisamente do mesmo modo como se passa, a propósito, com os testamentos: estes negócios jurídicos subsistem até que o testador os reforme, e produzirão regulares efeitos caso não tenha havido sua revogação, ainda que entre a sua celebração e a morte do testador tenha se passado largo período de tempo.

³⁰ Também assim para VERA LÚCIA RAPOSO: “(...) *É que o consentimento não pode ser visto como um fugaz momento, isto é, um instantâneo. Ele mantém-se enquanto não for revogado e, nesta medida, é sempre actual*” (RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. cit.*, p. 181).

³¹ OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA, André Dias. *Consentimento informado*. Coimbra: Centro de Direito Biomédico, 2006, p. 103. Disponível em www.centrodedireitobiomedico.org/files/ConsInfLivroPratico.pdf. Acesso em 19 de março de 2012.

³² É também a opinião de JOÃO CARLOS LOUREIRO: “*se houver indícios de que, supervenientemente, se verificou uma alteração da vontade, não deve ser aplicada a directiva, da mesma forma que terão de se tomar em consideração as questões decorrentes da evolução da medicina, sempre que pertinentes*” (LOUREIRO, João Carlos. *Op. cit.*, p. 71).

Outra providência para assegurar a eficácia das diretivas antecipadas seria a criação de um cadastro nacional (a exemplo do que se passou na Espanha a partir da edição do Real Decreto 124, de 2 de fevereiro de 2007), ao qual se deve conferir amplo acesso por médicos e hospitais, para assegurar que eles tenham ciência da sua existência. Noutros termos, deve-se diligenciar no sentido de permitir fácil acesso às diretivas pelos prestadores de cuidados de saúde, a fim de evitar que a revelação da existência de uma diretiva fique dependente da vontade dos acompanhantes do doente.³³

Por fim, estabeleça-se uma ressalva: há que ter cuidado quanto à interpretação e aplicação das instruções apontadas nas diretivas. Apesar de se permitir que o paciente possa determinar a quais tratamentos será submetido, isso não significa que possa atuar de forma a limitar a técnica médica, nem tampouco que poderá o paciente solicitar que lhe sejam aplicados tratamentos que, de algum modo, afrontem o ordenamento jurídico. Aliás, este seria o caso de o próprio médico manifestar sua objeção de consciência e recusar cumprimento aos termos da diretiva, por entender que a determinação do paciente é estranha aos princípios e normas jurídicas e às *leges artis*.³⁴

6. CONCLUSÕES

As diretivas antecipadas de vontade, sejam realizadas

³³ Conforme RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. cit.*, p. 183.

³⁴ É o que esclarece VERA LÚCIA RAPOSO: “o *testamento vital* pode apresentar um de dois conteúdos distintos: ou o testador recusa um tratamento (por exemplo, recusa de uma cesariana, de quimioterapia, de transfusões de sangue), ou o testador solicita a aplicação de determinado tratamento, sendo certo que, nesta última hipótese, se o tratamento não se revelar adequado para aquele paciente de acordo com o estado actual do conhecimento científico o médico não está obrigado a aplicá-lo. O desejo de tratamentos extraordinários, que em nada adiantarão para o bem-estar do doente ou para a sua longevidade, não vincula o médico” (RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. cit.*, p. 176).

por via dos testamentos vitais ou dos mandatos duradouros, são importantes instrumentos, postos à disposição dos cidadãos, de afirmação da sua autonomia nas relações médico-paciente. Por meio delas, faculta-se a qualquer pessoa antecipar seu consentimento quanto aos cuidados médicos que deverão ser aplicados caso, futuramente, o declarante se encontre impossibilitado de manifestar sua vontade.

A ausência de norma que regulamente as diretivas antecipadas no Brasil não serve como impedimento para o reconhecimento da sua validade, porquanto os testamentos vitais e os mandatos duradouros consistem apenas em antecipações das posições que seu autor adota quanto aos tratamentos médicos que, segundo seu juízo, são adequados. A edição de uma lei neste domínio, contudo, teria o duplo mérito de levar ao conhecimento da população a existência daquelas figuras, fomentando a sua celebração, e de eliminar diversas das controvérsias que ainda pendem sobre o tema.

Entre os mais relevantes préstimos das diretivas antecipadas, situam-se a possibilidade de um indivíduo explicitar sua rejeição a determinados tipos de tratamentos – como se dá no caso das Testemunhas de Jeová, que não aceitam transfusões de sangue – e de refutar cuidados médicos infrutíferos, que servem apenas para manter inutilmente vivo o organismo humano, à custa do sofrimento impingido ao paciente. Não haverá, nesta hipótese, o acolhimento de um pretense interesse de morrer, mesmo porque os atos de suicídio e eutanásia não são admitidos, mas apenas o respeito à dignidade de uma pessoa cujo processo de morte é inevitável.

Diante das bases expostas, resta concluir que as diretivas antecipadas não somente devem encontrar imediato reconhecimento no ordenamento brasileiro, como urge sua regulamentação por lei, medida que contribuirá para consagrar, em definitivo, o direito à autodeterminação da pessoa quanto aos meios de tratamento médico a que pretenda ou não se

submeter.



7. REFERÊNCIAS

- ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “dignidade” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 73-93.
- AKERS, Stephen R. *The living will: already a practical alternative*. Texas Law Review Association, v. 55, 1976-1977, p. 665-717. Disponível em: <http://heinonline.org/>. Acesso em 06 de fevereiro de 2012.
- CASEY, Richard J. *Ohio's new living will statute: will it survive?* University of Dayton Law Review, v. 17, 1991-1992, p. 1.089-1117. Disponível em: <http://heinonline.org/>. Acesso em 06 de fevereiro de 2012.
- GLICK, Henry R.; HAYS, Scott P. *Innovation and reinvention in state policymaking: theory and the evolution of living will laws*. Cambridge University Press: The Journal of Politics, v. 53, n. 3, ago./1991, p. 835-850. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2131581>. Acesso em 06 de fevereiro de 2012.
- LOUREIRO, João Carlos. *Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito*. In: Revista Portuguesa de Bioética, n. 4, abril/maio 2008, p. 37-83.
- MELO, Helena; NUNES, Rui. *Parecer n. P/05/APB/06 sobre directivas antecipadas de vontade*. Parecer da Associação Portuguesa de Bioética, p. 6. Disponível em:

- http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802556471148471346directivas_medicas_parecer_05.pdf. Acesso em 21 de março de 2012.
- MULHOLLAND, Kelly C. *Protecting the right to die: the patient self-determination act of 1990*. Harvard Journal on Legislation, 1991, p. 609-630. Disponível em: <http://heinonline.org/>. Acesso em 06 de fevereiro de 2012.
- NUNES, Rui. *Estudo n. E/17/APB/10: testamento vital*. Parecer da Associação Portuguesa de Bioética. Disponível em: http://www.apbioetica.org/fotos/gca/1284923005parecer-testamento_vital.pdf. Acesso em 21 de março de 2012.
- OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA, André Dias. *Consentimento informado*. Coimbra: Centro de Direito Biomédico, 2006. Disponível em: www.centrodedireitobiomedico.org/files/ConsInfLivroPratico.pdf. Acesso em 19 de março de 2012.
- PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2009, p. 55-56. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_Penalva_LD_1.pdf. Acesso em 11 de março de 2012.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.
- RAPOSO, Vera Lúcia. *Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida*. Lisboa: Revista do Ministério Público, Janeiro/Março 2011, p. 171-219. Disponível em: http://rmp.smmp.pt/wp-content/uploads/2011/05/Revista_MP_N125_EstudiosRef

lex_5.pdf. Acesso em 20 de março de 2012.