

Diretivas antecipadas de vontade e testamento vital: a tutela efetiva do direito à morte digna

Paulo Bernardo Lindoso e Lima*

Sumário: 1 Introdução. 2 O caso da indisponibilidade do direito à vida e o nascimento do direito à morte (digna). 3 Conceitos básicos para um entendimento superficial do direito à morte digna: 3.1 Breve conceituação. 4 Diretiva antecipada de vontade e testamento vital: os primeiros passos em direção à segurança jurídica e efetivação do direito à morte digna: 4.1 Breves noções conceituais e terminológicas. 4.2 Enunciado n°. 528 do Conselho da Justiça Federal: uma interpretação inteligente a favor do testamento vital. 4.3 O caso belga e a Loi relative à l'euthanasie. 4.4 O caso português e a Lei n°. 25, de 16 de julho de 2012. 5 Delineando padrões mínimos para a segurança jurídica das diretivas antecipadas de vontade: 5.1 Definição. 5.2 Requisitos subjetivos. 5.3 Requisitos formais. 5.4 Procuração de cuidados de saúde. 6. Conclusão. Referências.

Resumo: Este artigo tem o objetivo de expor, em breves linhas, a problemática do direito à morte digna – ou direito à dignidade no fim da vida – no contexto dos dias atuais, explorando definições básicas e delineando a questão da carência de efetivação, concretização e operacionalização do direito à morte digna, nomeadamente na ausência de instrumentos legais, tais como os testamentos vitais e procuradores de cuidados de saúde. Ainda, faz-se a proposição para que, no âmbito legislativo brasileiro, a partir de padrões técnicos mínimos, sejam produzidas mudanças que auxiliem na ampliação e exercício deste direito à morte digna que nos propusemos a estudar.

* Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Amazonas.

Palavras-chave: Morte digna. Dignidade da pessoa humana. Diretiva antecipada de vontade. Testamento vital. Ortotanásia. Eutanásia.

1 Introdução

*No dia seguinte ninguém morreu*¹

Em sua obra *As Intermittências da Morte*, José Saramago (2005) desenvolve uma narrativa em que a morte, por razões que se descortinarão durante a trama, entra em “greve” em um país ficcional no início de um ano novo, fazendo com que as pessoas deixem de morrer. A greve da morte, em princípio, traz júbilo à população daquele país, já que a imortalidade sempre fora um anseio do homem. Num segundo momento, percebe-se que, sem a morte, a vida em sociedade entra em colapso: a religião perde o sentido, posto inexistir a “vida eterna” sem que haja a morte; as seguradoras, funerárias e fabricantes de caixões beiram a falência por falta de clientes; os asilos e hospitais ficam abarrotados de gente que não morre e tampouco volta a viver bem; entre tantas outras complicações.

O objetivo deste trabalho acadêmico é abordar o direito à morte e as suas condições de efetivação no seio da sociedade; para realizá-lo, contudo, é imperioso que se teçam alguns comentários sobre a natureza da morte e do processo de morrer e nesse sentido é que é cabe fazer a digressão com o romance de José Saramago.

Saramago nos mostra que a morte, apesar de ser vista

¹SARAMAGO, José. *As intermitências da morte*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

como “impiedosa, malvada, inimiga do gênero humano”, é um acontecimento indissociável da existência do homem – não há vida sem que, ao fim, haja a morte. Outro aspecto que nos é interessante em *As Intermitências da Morte* é que, quando a morte para de operar seu ofício, inúmeras pessoas ficam em estado de “morte suspensa”, quando não se pode mais viver, em decorrência da condição física em que se encontram; e muito menos se pode morrer, em função da imortalidade imperante naquele país. Esta situação se configura bastante semelhante à situação de doentes terminais que são impedidos de ter sua vida abreviada em função do ordenamento jurídico: a eles, igualmente por causa de sua condição física, não se pode mais viver com qualidade; e tampouco podem morrer, mas, dessa vez, em razão das proibições legais.

O homem abomina a morte em quaisquer de suas formas, mas o faz principalmente quando a morte vem em hora e de maneira inconvenientes. O morrer torna-se natural e esperado quando chega na *hora certa* e de maneira *digna*. E qual será a hora certa de morrer? Aí é que se encontra a pedra-de-toque da dignidade como autonomia da vontade humana: quem decide a hora certa de morrer dignamente é o próprio indivíduo, ainda que com base em critérios objetivos.

A inviolabilidade do direito à vida, como veremos adiante, faz parte de um posicionamento doutrinário que, conquanto seja majoritário, está em franco conflito com a vanguarda que sustenta a dignidade ao morrer *versus* a vida precária que se pode vir a levar caso a morte com intervenção humana seja completamente vedada.

A discussão no Brasil acerca dos diferentes graus de efetivação – sobretudo legislativa – do direito de morrer dignamente ainda caminha a passos muito lentos, mormente quando se compara a situação brasileira à europeia, naturalmente, pelo contexto legislativo e o momento político de cada região. Isso se dá em decorrência de fatores sociais e demográficos que estão sendo mitigados pelo desenvolvimento econômico do país, mas que ainda se mantém fortes o suficientes para nos dar a ilusão de que este debate não é necessário. Todavia, num país em que o direito à morte digna já é admitido por respeitados doutrinadores e até pela jurisprudência, mesmo que suscite debates acalorados, é essencial que se proceda à fase subsequente óbvia: a operacionalização deste direito, conferindo segurança jurídica a partir de institutos que permitam ao médico e ao paciente proceder à morte digna sem maiores preocupações.

2 O caso da indisponibilidade do direito à vida e o nascimento do direito à morte (digna)

Não há, nesse sentido, um direito à vida, mas um direito à vida digna, o que há de abranger também o encerramento da vida quando tal resultado for mais consentâneo com a dignidade humana do paciente.²

O direito à morte não é antagônico ao direito à vida, ao revés do que possa parecer em um primeiro momento. Muito pelo contrário, o direito à morte digna configura-se mais como um complemento do direito à vida, sob diversos aspectos. Não há falar, por exemplo, em “vida digna”, sem que haja uma “morte

² SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011.

digna”, posto que a morte é tão somente a derradeira fase da vida e, logicamente, parte integrante desta. A propósito, quando se diz “direito à morte”, não se deve ter o vocábulo “morte” apenas em mera acepção de “não vida”, mas como processo pelo qual passou, passa e passará todo ser vivente e que deve, sobretudo quanto ao homem, ocorrer em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A vida é una, do início ao fim: se ela merece atenção do legislador quanto aos problemas do nascituro e da concepção, em seu princípio, merece igual atenção quanto aos problemas do morrer com dignidade, em seu desfecho.

Todavia, para chegarmos à afirmação exposta no parágrafo supra, é necessário caminharmos por um raciocínio de desconstrução do direito à vida em suas variadas dimensões e características: enquanto direito fundamental e da personalidade; e enquanto possuidor de inviolabilidade e (in)disponibilidade, para então anunciarmos com maior clareza em qual contexto do direito à vida é que se situa o direito à morte digna ou à dignidade no fim da vida. Cabe aqui a ressalva de que toda a reflexão acerca do encaixe do direito à morte digna no conceito de uma vida digna por inteiro só é possível com a idealização da autonomia da dignidade humana.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) consagra um rol de direitos fundamentais em seu artigo 5º. Quanto ao direito à vida, entre outros direitos, determina que será garantida sua *inviolabilidade*. Note-se que não se fala em *indisponibilidade* na CF/88, mas de *inviolabilidade*. Nos termos da Magna Carta, portanto, a vida humana não pode sofrer *violações* e a violação é precisamente

designada por um atentado à vida do indivíduo em decorrência de uma razão alheia à sua vontade, nomeadamente a vontade de viver. Por outro lado, não se menciona a *indisponibilidade da vida* na Lei Maior e esta trata de um conceito distinto do conceito de inviolabilidade, já que a inviolabilidade, como já fora dito, simboliza atentado à vida alheio à vontade do indivíduo, e a disponibilidade pressupõe uma utilização da vida de acordo com a autonomia da vontade individual.

A concepção da *indisponibilidade* do direito à vida, dado o fato de ser também um direito personalíssimo, aparece com muito mais frequência na doutrina. Mas sob que critérios? A indisponibilidade do direito à vida esteve por muito tempo tão arraigada no rol de características dos direitos da personalidade que se tornou quase um dogma.

Este posicionamento, contudo, vem entrando em conflito com a realidade de pessoas que, em sã consciência e acometidas por terríveis males, desejam abrir mão de sua vida ou, então, entregar-se à doença. Portanto, se o operador do Direito encontra-se em uma situação na qual o direito à vida deixa de ser vantagem e passa a ser sofrimento, o que deve fazer? Aos olhos da doutrina tradicional, manter a vida terminal em prosseguimento doloroso é a única solução para o desfecho da vida, para a qual “A vida, mesmo terminal e infeliz, continua a ser um bem a defender: preferível à morte.”³

No Brasil, o debate acerca da indisponibilidade do direito à vida é exemplarmente trazido à baila em “O Estado Atual do Biodireito”, de Maria Helena Diniz, obra à qual remetemos o

³ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Tratado de Direito Civil Português, Vol. I, Tomo III. – 2ª Ed. – Coimbra: Almedina, 2004.

leitor que queira se aprofundar neste tema e em outros análogos. Ao tratar do direito à morte, o livro faz referência a uma frase atribuída a Sócrates: “o que vale não é viver, mas viver bem”. Esta noção de “viver” ilustra com clareza as tendências doutrinárias do século XXI neste campo, em que as vozes que sustentam a disponibilidade relativa do direito à vida em respeito à autonomia e à dignidade humanas vêm ganhando força. Partiremos, portanto e com base no exposto acima, da ideia de que, conquanto a vida humana seja inviolável, ela não é indisponível: cabe ao indivíduo o último julgamento acerca do fim de sua existência, quando se fizer necessário e o Estado deve assegurar meios de efetivação da autonomia pessoal neste sentido.

3 Conceitos básicos para um entendimento superficial do direito à morte digna

Se você não tem liberdade e autodeterminação, você não tem nada, isso é sobre o que este país foi construído. E essa é a derradeira autodeterminação, quando você determina como e quando você vai morrer se estiver sofrendo.⁴

Há a necessidade de fazer distinção entre duas ideias que se tem de dignidade da pessoa humana, sendo uma delas como *heteronomia*, traduzindo uma visão da dignidade ligada a valores compartilhados pela comunidade, antes que as escolhas

⁴ Tradução livre. Citação original: “If you don’t have liberty and self-determination, you’ve got nothing, this is what this country is built on. And this is the ultimate self-determination, when you determine how and when you’re going to die when you’re suffering”. Disponível em: <http://www.brainyquote.com/quotes/quotes/j/jackkevor415375.html>. Acesso em 12.03.2013.

individuais⁵ e a de dignidade como *autonomia*, que traz a dignidade como fundamento e justificação dos direitos fundamentais e direitos humanos, tendo como elementos, entre outros, a capacidade de autodeterminação e a inerência da dignidade ao próprio ser humano⁶.

A ideia de dignidade como heteronomia peca pela insegurança jurídica e conceitual, porquanto é calcada em termos como “bons costumes”, “bem comum” etc., levando-nos à falsa ideia de que o contexto social no qual se insere um indivíduo pode definir, em última análise, o conteúdo de dignidade de determinada situação ou opção. Nesse sentido, toda a discussão acerca de um “momento ideal” para a morte estaria em cheque, já que o juízo acerca deste “momento ideal” só seria possível dentro de determinados parâmetros sociais do que se entende por digno ou indigno. Ou seja, não competiria ao indivíduo julgar digno ou não determinado fim para sua vida, mas à sociedade.

Por outro lado, a ideia de dignidade como autonomia se atrela de modo mais íntimo à própria noção de dignidade da pessoa humana nos termos de Immanuel Kant, de que o homem deve ser um fim em si mesmo⁷ e não meio para realização de qualquer coisa. Aqui é que figura, de modo fundamental, a noção

⁵ BARROSO, Luis Roberto e MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia no final da vida. Artigo científico, 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>. Acesso em 11.03.2013.

⁶ MARTEL, Letícia de Campos Velho. Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões de consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Tese de Doutorado, UERJ, 2010. Disponível em: http://works.bepress.com/leticia_martel/5/. Acesso em 11.03.2013.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. – 3ª Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

de autodeterminação, de maneira que o indivíduo deve poder optar, em situações específicas, de que forma cessará seu viver.

Esta noção de dignidade como autonomia afasta de maneira salutar o paternalismo médico, que já não cabe nos dias de hoje, em que o fisiologista define as diretrizes médicas a serem tomadas e o paciente as aceita tal como destinatário de ordens; no contexto atual, em que o médico e o paciente devem tomar a decisão em conjunto, ou em que pelo menos o paciente deve se submeter a um tratamento exclusivamente dentro de seu consentimento informado, é fundamental que se tenha em mente a ideia de dignidade como exercício de autodeterminação para a finalidade da existência humana.

É preciso também fazer a ressalva de que o homem é um “fim em si mesmo” com o escopo de se evitar que as pessoas se transformem em instrumentos afetivos de suas famílias ou entes queridos, em oposição clara ao ideal de dignidade. É o que ocorre quando, no caso de um paciente terminal, rechaça-se a ideia de que ele possa vir a morrer e se utiliza de meios desproporcionais para prolongar a vida; trata-se de quase “escravidão afetiva”, em que não é permitido ao indivíduo morrer porque sua presença, ainda que em momentos derradeiros, é demandada em vida.

3.1 Breve conceituação

Antes de entrar no mérito de como é possível efetivar juridicamente o direito à morte, é necessário compreender, ainda que superficialmente, as diversas maneiras de morrer com dignidade e outros conceitos que tangenciam este tema. Vale

frisar que a análise aqui feita não é e nem pretende ser exaustiva ou taxativa, mas apenas de conceitos básicos; e que remetemos o leitor ao texto, já citado, de Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel, “A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida”, para um estudo mais profundo e completo, com análise mais apropriada destes institutos que serão mencionados.

As “maneiras” de morrer com dignidade seguem, em nosso sentir, um grau crescente de disponibilidade do direito à vida: em um primeiro momento há as maneiras mais aceitas, em que a intervenção na morte é menor; posteriormente e num *crescendo*, vêm as outras formas de dar fim dignamente à vida, que são formas usualmente mais polêmicas e que, por vezes, envolvem menor manifestação do paciente e maior atuação dos médicos ou familiares. Nosso estudo acompanhará esta ordem, da mais “sutil” à mais “drástica”.

A ortotanásia sem dúvida é a mais branda e mais aceita das possibilidades de morte digna, inclusive não encontrando resistência da Igreja Católica, um dos grandes parâmetros para aferição de aceitação social; nem da doutrina, nem da jurisprudência. Consiste a ortotanásia em deixar a morte acontecer “no tempo certo, de acordo com as leis da natureza, sem o emprego de meios extraordinários ou desproporcionais de prolongamento da vida. Elementos essenciais associados à ortotanásia são a limitação consentida de tratamento e os cuidados paliativos.”⁸ Maria Helena Diniz aponta para a ortotanásia como sinônimo da eutanásia passiva e diz ser ela o “ato de suspender

⁸ Ob. cit., p. 8.

medicamentos ou medidas que aliviem a dor, ou de deixar de usar meios artificiais para prolongar a vida de um paciente em coma irreversível”⁹. No entanto, com a devida vênia, este não é o melhor entendimento, porque a noção de sofrimento e indignidade não se coaduna com o conceito de ortotanásia. É justamente por isso que Letícia de Campos Velho Martel e Luís Roberto Barroso salientam que os cuidados paliativos são elementos essenciais associados à ortotanásia, de modo que, se um paciente decide optar por deixar uma doença seguir seu curso normal e desaguar em sua morte, o médico tem o dever de, com os cuidados paliativos, fazer com que este derradeiro momento do paciente em vida não seja marcado pelo sofrimento.

É necessário fazer aqui uma breve digressão quanto ao caso da ortotanásia no ordenamento jurídico brasileiro. Em 2006, o Conselho Federal de Medicina (CFM), editou a Resolução nº. 1.805/06, que permitia e regulamentava o exercício da ortotanásia, incentivando os médicos a respeitarem a autonomia informada de seus pacientes. A Resolução foi alvo da Ação Civil Pública nº. 2007.34.00.014809-3, do Ministério Público Federal (MPF), que a acusava de ser contrária aos valores sociais e ao ordenamento jurídico posto, além de ter usurpado a competência do Poder Legislativo, regulando matéria tipificada como crime. Contudo, em uma brilhante peça de alegações finais, o próprio MPF, nesta oportunidade representado por outra Procuradora da República, a Dra. Luciana Loureiro de Oliveira, entendeu que não havia obstáculo jurídico algum à Resolução nº. 1.805/06. A sentença, que foi de improcedência do pedido de nulidade

⁹ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. – 2ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

da Resolução, revogou uma liminar que desde 2007 mantinha suspensa a sua eficácia.

Ainda, há que se mencionar o novo Código de Ética Médica de 2010, que, no inciso XXI, diz que “o médico aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos”, em uma louvável releitura dos princípios médicos à luz da dignidade humana. Portanto, mesmo que a ortotanásia não seja regulamentada por nosso inerte Poder Legislativo, onde tramita desde 2000 o Projeto de Lei 6.715/09, que descriminaliza a ortotanásia, tivemos um CFM diligente que supriu esta lacuna: a ortotanásia é permitida no Direito brasileiro.

O *suicídio assistido*, diferentemente da ortotanásia, é bem menos aceito ao redor do mundo e já passa a ser propriamente disposição ativa da vida. Trata-se de auxílio ao suicídio de pacientes que, em estado de vida excessivamente deteriorada, desejam findar sua própria existência. No Brasil, o suicídio assistido é punível pelo Código Penal, art. 122, “induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio”. Nos Estados Unidos, a regulação sobre o suicídio assistido é de competência de cada estado da federação, sendo legalizado em Oregon (*Oregon’s Death With Dignity Act*), Washington (*Washington Death With Dignity Act*) e, recentemente, em Vermont (*Patient Choice and Control at End of Life Act*).¹⁰

A *eutanasia*, segundo Martel e Barroso, “consiste no comportamento ativo e intencional de abreviação da vida de um doente terminal, adotado pelo profissional de saúde, com finalidade benevolente”. Esta definição, embora de extrema

¹⁰ Sobre o tema, ver “*You don’t know Jack*”, filme sobre a vida de Jack Kevorkian, médico americano que aprofundou a discussão sobre o suicídio nos Estados Unidos, “suicidando” inúmeros pacientes – com Al Pacino.

exatidão, pode provocar a interpretação equivocada do que é, nos dias de hoje, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, a prática da eutanásia. É o que ocorre, por exemplo, no magistério de Maria Helena Diniz¹¹, em que, sobre a eutanásia, elenca situações históricas que mais se aproximam, na verdade, de eugenia, que é um conjunto de ações destinadas a melhorar geneticamente o gênero humano. As políticas públicas de eugenia foram intensamente utilizadas no nazismo, em que o regime determinava o extermínio em massa de inválidos, doentes e outras pessoas que, para o partido, fossem consideradas prejudiciais à qualidade da “raça ariana”. Tal situação em nada difere de grande parte das situações descritas acima, em que um determinado povo eliminava infantes defeituosos e velhos inúteis, a fim de reduzir custos e melhorar a produtividade do povo. Esta não é a realidade da eutanásia.

A realidade da eutanásia, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, como deve ser entendida hoje em dia, é a de um procedimento heterônomo de abreviação da vida de um doente terminal, mas que pode tranquilamente ser legitimado pelo próprio paciente, na diretiva antecipada de vontade, que veremos em breve, ou por seus familiares e amigos mais próximos, que saibam os desejos mais profundos daquele que irá bater às portas do céu, na feliz expressão de Robert Allen Zimmerman, mais conhecido como Bob Dylan.

Diferente deste conceito, mas igualmente importante, é o conceito da distanásia. Também conhecida como obstinação terapêutica, a distanásia é a prática de empregar meios

¹¹ Ob. cit., p. 10.

desproporcionais para a manutenção dolorosa e desarrazoada da vida. Em situações concretas, significa, por exemplo, utilizar-se de meios artificiais para prolongar a vida por alguns meses ou dias, sem que disto resulte qualquer possibilidade de qualidade de vida; em nosso entendimento, a distanásia atenta, ainda que levemente, contra a dignidade humana, ao fazer o indivíduo sobreviver sem expectativa de, eventualmente, viver. Assim como os franceses, os italianos foram especialmente sagazes ao cunhar o termo *accanimento terapeutico* para designar a distanásia, em uma referência à obstinação “canina” que tinham certos familiares e médicos em fazer o paciente sobreviver, levando-o, às vezes, a considerável sofrimento.

O entendimento do Conselho Federal de Medicina não é diverso e o Código de Ética Médica de 2010 considera a distanásia um comportamento antiético, no inciso XXII de seu preâmbulo, que observa que “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”.

4 Diretiva antecipada de vontade e testamento vital: os primeiros passos em direção à segurança jurídica e efetivação do direito à morte digna.

4.1 Breves noções conceituais e terminológicas

A diretiva antecipada de vontade (DAV) e o testamento vital são os instrumentos existentes hoje, em vários países, quando

se trata de *viabilizar* o direito à morte digna. O ordenamento jurídico pode até, como é o caso do Brasil, *não vedar* a ortotanásia explicitamente, inclusive regulando-a através do CFM. Até aí, portanto, a ausência de instrumentos jurídicos legislativos de viabilização do direito à morte digna não gera intransponíveis tormentas. Todavia, a ortotanásia não é o único *grau* de realização da morte digna e o avanço no tema impõe uma regulação mais detida, através destes instrumentos mencionados.

Podemos afirmar, com certa segurança e até como já afirmamos anteriormente, que a ortotanásia não é a mais rejeitada ou polêmica forma de preencher o direito à morte digna. Entretanto, a sua não regulamentação no ordenamento jurídico pátrio já traz bastantes problemas: para médicos, que sabem que estão albergados pelo Código de Ética Médica, mas que podem sofrer sanções da mesma maneira; e para os pacientes, que, mesmo dispostos a abrir mão da própria vida, se veem submetidos a determinadas situações em razão do medo que os médicos têm de serem criminalmente imputados.

O caso de escola é o das Testemunhas de Jeová: pessoas que, em razão de sua religião, não se permitem realizar transfusões de sangue, mesmo que disso dependam suas vidas. E o que acontece quando adentra em um plantão uma vítima de acidente automobilístico, por exemplo, que necessita de uma transfusão imediatamente, mas se nega a recebê-la em função de sua crença? A doutrina aponta diversas possibilidades. Em teoria, nosso posicionamento vai no sentido do magistério do Professor Anderson Schreiber, para quem “o texto constitucional eximiu-se de estabelecer qualquer hierarquia entre a vida e os

outros direitos individuais”¹². Logo, se a vida está em conflito com a liberdade religiosa, devem-se sopesar ambos os princípios constitucionais com base no princípio da dignidade da pessoa humana – que, aí sim, é soberano a todos os outros princípios na CF/88, por ser fundamento da República. No caso das Testemunhas de Jeová, muitos dos que receberam transfusões de sangue forçadas cometeram ou tentaram cometer suicídio em momento posterior; de acordo com a dignidade humana, portanto, não é menos gravoso atender aos anseios do paciente e deixá-lo morrer naturalmente, apenas aliviando sua dor?

Por outro lado, os médicos não se sentem confortáveis com esta solução. Para a seara médica, ainda há uma tradição muito forte de paternalismo, na qual o médico diz o que deve acontecer com o paciente, com ou sem o seu consentimento; não obstante isso, há também o risco de ações judiciais por omissão de socorro, evidentemente temidas.

Observe-se, enfim, que a regulamentação legal do direito à morte digna – ainda no primeiro patamar, da ortotanásia – faz-se extremamente necessária. Em primeiro lugar, necessária ao respeito da autonomia do paciente; em segundo lugar, necessária ao ofício seguro da medicina, para que os médicos possam exercê-la sem medo de cometer crimes, ainda que imbuídos do respeito à dignidade e à autonomia; por último, a regulamentação legal é necessária para trazer segurança jurídica ao nosso sistema.

O que se viu, até então, é como a *ausência* de regulamentação pode causar transtornos em um país que se encontra no primeiro nível das garantias de direito à morte

¹² Ob. cit., p. 4.

digna, sem ainda sequer debater o suicídio assistido e a eutanásia ativa. Imaginem, pois, como seria a situação de um ordenamento jurídico que permitisse a eutanásia e o suicídio assistido, mas que não os regulamentasse rigidamente: clareiras macabras seriam abertas na floresta do Direito, e teríamos ainda mais insegurança jurídica com a utilização de institutos ainda mais perigosos.

É imprescindível, portanto, que haja um sério trabalho de *viabilização* do direito à morte digna. E como é possível fazê-lo? Por meio das já mencionadas diretivas antecipadas de vontade e do testamento vital, noções afins e cuja diferença é tão sutil que, muitas vezes, são tomados como sinônimos.

A *diretiva antecipada de vontade*, em nosso entender, é a mera emissão da vontade de um paciente acerca do tratamento que quer receber no futuro. Ou seja, é o simples dizer ao seu médico: “se porventura eu perder minha consciência, desejo que desliguem os aparelhos que me mantêm vivo”, por exemplo. Outra espécie de diretiva antecipada de vontade poderia ser, *v.g.*, a gravação de um vídeo em que o paciente explica a que tipos de tratamento quer se submeter ou não. A imaginação é que rege as formas de emitir antecipadamente a vontade acerca do próprio futuro.

No entanto, a simples diretiva antecipada de vontade (*rectius*, e manifestação da vontade acerca da morte digna) não possui determinados requisitos para se fazer valer perante o Direito com a efetividade jurídica que seria oportuna para este caso. Quantos médicos respeitariam ou lembrariam o pedido “absurdo” de um paciente para desligar os aparelhos? Ou quantos pacientes gravariam suas diretivas antecipadas de vontade em

vídeos? E quantos médicos levariam a sério estes supostos vídeos? Em suma, a *diretiva antecipada de vontade* é o conteúdo da manifestação de um indivíduo; trata-se de declaração material (registrada ou não, mas emitida) em que ele aponta quais diretrizes a serem seguidas quando não mais puder se manifestar (quando em coma, *n.g.*), por isso “antecipada”.

O ordenamento jurídico precisa de algo dotado de um pouco mais de formalidade e, conseqüentemente, de eficácia reconhecida, que possa obrigar familiares e médicos a respeitar a livre e informada vontade de um paciente em seus momentos derradeiros.

O instituto jurídico que preenche estes requisitos é o *testamento vital*, tradução literal do termo *living will*, empregado nos Estados Unidos; ou *testamento biológico*, expressão sinônima também utilizada pela doutrina. Para Anderson Schreiber, o testamento vital é “o instrumento por meio do qual a pessoa manifesta, antecipadamente, sua recusa a certos tratamentos médicos, com o propósito de escapar ao drama terminal vivido por pacientes incapazes de exprimir sua vontade”¹³. De fato, a noção retro exposta é a do testamento vital; no entanto, além de servir para manifestar a recusa a certos tratamentos, o testamento vital também pode servir para manifestar a vontade de submeter-se à eutanásia, por exemplo, a depender do que permite ou não o ordenamento jurídico. Portanto, o *testamento vital* é a forma, com eficácia jurídica, que a diretiva antecipada de vontade toma para que valha e obrigue terceiros.

É necessário falar também da “procuração de cuidados

¹³ Idem.

de saúde”, instituto jurídico que vem sendo cada vez mais adotado junto ao testamento vital. Como já foi dito, a diretiva antecipada de vontade é o conteúdo e o testamento vital é a forma. Deste modo, o instrumento de testamento vital também pode conter uma procuração de cuidados de saúde, que é quando o paciente outorga a uma ou mais pessoas poderes para dizer ao médico qual era a vontade do indivíduo, se porventura ele não mais puder se exprimir.

Como será visto, há requisitos para se utilizar da procuração de cuidados de saúde e para ser procurador de cuidados de saúde e há também limites aos poderes do procurador ou dos procuradores. Como funcionaria o sistema? A discussão é acirrada nos debates que precedem os textos legislativos. Na conferência realizada em 12 de abril de 2012, na cidade do Porto, em Portugal, chamada “O Direito entre a Vida e a Morte: a margem do legislador”, o Professor Doutor RUI NUNES, então Presidente da Associação Portuguesa de Bioética (APB), afirmou que havia muitas dúvidas sobre qual sistema de procuração de cuidados de saúde adotar: se seria mais viável, por exemplo, permitir que o paciente instituisse uma “comissão” deliberativa de sua vontade, com 3 (três) ou mais pessoas de sua confiança, para que se diluísse o encargo; ou se seria melhor que o paciente pudesse indicar apenas uma pessoa. Como se verá na análise da legislação estrangeira, a lei das diretivas antecipadas de Portugal seguiu uma tendência de outros países e adotou, em nosso sentir, a melhor opção.

De qualquer sorte, o testamento vital ou biológico e, sobretudo, a procuração de cuidados de saúde, ainda não

possuem respaldo legislativo no Brasil, mas já são instrumentos consolidados nos Estados Unidos, Bélgica, Espanha, Portugal e outros países. Utilizaremos o Direito Comparado a fim de entender os elementos de que é construído o instituto do testamento vital, não sem antes abordar a perspectiva do Conselho da Justiça Federal (CJF) sobre o tema.

4.2 Enunciado N°. 528 do Conselho da Justiça Federal: Uma interpretação inteligente a favor do testamento vital

Conforme pontuado, não há, no Brasil, produção legislativa destinada a regulamentar os institutos jurídicos esposados acima. Todavia, é merecedor de nota o fato de que o testamento vital foi objeto de deliberação da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, evento jurídico de grande repercussão, no qual acadêmicos e profissionais debatem sobre a interpretação do Código Civil de 2002 (CC/02) e propõem enunciados justificados sobre a exegese de cada artigo.

No Enunciado n°. 528 da V Jornada, sugere-se o seguinte:

Arts. 1.729, parágrafo único, e 1.857. É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado “testamento vital”, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade.

A interpretação é ousada. Veja-se: o art. 1.857 do CC/02 define que o testamento é o instrumento através do

qual uma pessoa capaz pode dispor de seus bens para depois de sua morte. Ou seja, o instituto não guarda muita semelhança com o testamento vital, razão pela qual o enunciado parece pecar em tecnicidade, já que extrair o “testamento vital” do dispositivo relativo ao testamento comum, trazido pelo Código, é resultado de grandioso esforço hermenêutico.

Todavia, o aparente erro técnico guarda, na realidade, interpretação de valiosa sensibilidade dos participantes da V Jornada, dado que notaram a ausência de disposição do CC/02 acerca do testamento vital e perceberam que aquele momento era adequado a enunciar que a realização de testamento vital não encontra óbice no regramento civil.

De fato, a confecção de um testamento vital não encontra qualquer obstáculo no Direito brasileiro, razão pela defendemos que o particular possa, mesmo hoje, redigir diretiva antecipada de vontade, em forma de testamento vital, e demandar que sejam as suas vontades respeitadas em momento oportuno; bem como pode – dado que não há vedação – constituir procurador para cuidados de saúde, designando uma pessoa apta a tomar decisões relativas ao estado de saúde do paciente, caso esteja ele impossibilitado.

O que se pretende dizer, quando sustentamos que há necessidade de uma efetivação do direito à morte digna, é que o Estado deve promover a regulamentação desse direito, de modo que, por lei, estejam médicos e familiares obrigados a cumprir a determinação da vontade de um paciente que eventualmente tenha perdido a sua capacidade de expressão.

Infelizmente, mesmo sendo recorrentemente

utilizados no cotidiano forense, os Enunciados do CJF não são interpretações vinculantes, mas meras proposições doutrinárias feitas com o fito de orientar acadêmicos e profissionais na aplicação do Código Civil. Desta forma, não obstante a interpretação elogiosa constante no Enunciado nº. 528 do V Jornada, a matéria continua sem qualquer abordagem legislativa, carecendo de segurança jurídica e efetividade.

4.3 O caso belga e a “loi relative à l’euthanasie”

A regulamentação do direito à dignidade no fim da vida, na Bélgica, se deu em 2002, por meio da *Lei relativa à eutanásia, de 28 de maio de 2002*¹⁴. Esta lei não trata especificamente das diretivas antecipadas de vontade, mas, a partir da regulamentação da eutanásia, dá-nos um amplo entendimento de como é possível efetivar este direito com segurança jurídica e respeito à dignidade, até porque, em seu Capítulo II, dedica-se exclusivamente a estabelecer parâmetros formais para um pedido de eutanásia válido, e, em seu Capítulo III, fala exatamente da *déclaration anticipée*, ou seja, da diretiva antecipada de vontade.

O primeiro aspecto relevante desta Lei a que nos referimos é o seu Capítulo I, que determina o âmbito de sua aplicação e a definição de eutanásia: “Para a aplicação da presente lei, há de se entender por eutanásia o ato praticado por um terceiro, que intencionalmente dá fim à vida de uma pessoa, a pedido desta pessoa.”¹⁵. Logo, é possível perceber o

¹⁴ Tradução livre. Locução original: *Loi relative à l’euthanasie, de 28 MAI 2002*

¹⁵ Tradução livre. Locução original: “*Pour l’application de la présente loi, il y a d’entendre par euthanasie l’acte, pratiqué par un tiers, qui met intentionnellement fin à la vie d’une personne à la demande de celle-ci.*”.

que já fora dito anteriormente, de que a eutanásia não pode ser confundida com o genocídio ou com a eugenia, porque depende principalmente da manifestação da vontade do paciente, em respeito à sua autonomia enquanto canal da dignidade humana.

Em seu Capítulo II, intitulado “das condições e do procedimento”, a lei belga define requisitos objetivos para que a eutanásia seja levada a cabo. Os primeiros requisitos/condições para o procedimento da eutanásia dizem respeito ao paciente e à manifestação de sua vontade, além de sua condição física:

- i. Capacidade plena: o paciente deve ser maior ou menor emancipado, dotado de capacidade de fato e consciência ao momento de seu pedido pela eutanásia;
- ii. Pedido: o pedido pelo ato de eutanásia deve ser *voluntário, refletido e repetido*, e não pode resultar de qualquer pressão exterior;
- iii. Condição médica: o paciente deve estar em um estado de profundo sofrimento físico ou psíquico constante e insuportável, que não possa ser apaziguado e que resulte de doença grave e incurável;

No artigo seguinte, a lei continua a enumerar condições, mas, desta vez, relativas ao trabalho exercido pelo médico que aplicará a eutanásia:

- i. Dever de informação: o médico deve informar ao paciente o seu estado de saúde e sua esperança de vida, conversar com o paciente sobre sua demanda por eutanásia e lhe dar possibilidades alternativas de tratamentos terapêuticos e medidas paliativas; o médico

deve chegar, *com o paciente*, à conclusão de que a eutanásia é uma solução razoável para o seu sofrimento e que seu pedido é de livre e espontânea vontade;

ii. Certeza das condições: o médico deve assegurar-se de que o sofrimento físico ou psíquico é persistente e da vontade reiterada do paciente;

iii. Opiniões alternativas: o médico deverá consultar outros médicos quanto ao caráter grave e incurável da doença. Os médicos consultados deverão conhecer o histórico médico do paciente, examiná-lo, assegurar o caráter constante e insuportável do sofrimento físico ou psíquico e, ao fim, redigir um relatório sobre suas constatações. Também deverão ser independentes, tanto quanto ao paciente, como quanto ao primeiro médico responsável.

iv. Prazo de arrependimento: deverá transcorrer ao menos um mês da demanda escrita do paciente até a realização da eutanásia;

Por fim, no que tange ao Capítulo II, a lei relaciona requisitos formais para a concretização final da demanda por eutanásia: o pedido (de eutanásia) do paciente deverá ser escrito. O documento será redigido, datado e assinado pelo próprio paciente. Se o paciente não estiver em condições de fazê-lo, o pedido será escrito por uma pessoa maior e da escolha do paciente, que não possa ter qualquer interesse material no falecimento do paciente. A pessoa mencionada dirá que o paciente não estava em condições físicas de formular sua demanda (por eutanásia), e indicará os motivos na declaração. Neste caso, a declaração

será escrita na presença do médico, cujo nome constará no documento;

Em seu Capítulo III, enfim, sobre a “declaração antecipada”, a lei belga reproduz a maioria dos dispositivos citados acima, como requisitos/condições da própria declaração, mas adiciona outros. Vale ressaltar que, embora as condições acima relatadas digam respeito, *na lei belga*, às condições do procedimento de eutanásia, muitas delas são condições *sine qua non* da própria diretiva antecipada de vontade. De qualquer sorte, passemos aos requisitos enumerados pela lei, no que tange à declaração antecipada:

- i. Procurador de cuidados de saúde: a declaração pode designar um ou mais pessoas de confiança, maiores, classificadas por ordem de preferência, que colocarão o médico responsável à par da vontade do paciente. Cada pessoa de confiança substitui a pessoa precedente na declaração em caso de recusa, impedimento, incapacidade ou morte. O médico responsável pelo paciente, o(s) médico(s) consultado(s) e os membros da equipe médica não podem ser designados como pessoas de confiança;
- ii. Formalização: a declaração pode ser feita a qualquer momento. Ela deve ser feita por escrito, na presença de duas testemunhas maiores, das quais nenhuma pode possuir interesse material na morte do declarante, datada e assinada pelo declarante, pelas testemunhas e, se houver, pelas pessoas de confiança;
- iii. Representação: se a pessoa que fará a declaração estiver fisicamente e permanentemente impossibilitada

de redigir e assinar, a declaração pode ser feita por uma pessoa maior e de sua escolha, que não pode ter qualquer interesse material no falecimento do declarante, e em presença de duas testemunhas, maiores, que também não podem ter qualquer interesse material no falecimento do declarante. A declaração deverá especificar que o declarante não se encontra em condições de redigi-la e por quais motivos, e deverá ser assinada e datada por quem a escreveu, pelas testemunhas e, havendo, pelas pessoas de confiança. Um atestado médico certificando a impossibilidade física permanente deverá ser anexado à declaração;

Vê-se, portanto, não só uma liberação da eutanásia, mas uma regulamentação, efetivação, concretização do direito à morte, através do instrumento do testamento vital, que, em que pese seja, neste caso, destinado aos casos de eutanásia, é perfeitamente compatível com outras situações de manifestação da vontade no fim da vida.

4.4 O caso português e a Lei nº 25, de 16 de julho de 2012

O rosto altamente tecnocientífico da medicina dos nossos dias, se é certo que suscita esperanças impensáveis, gera, em contrapartida, o medo. O medo é, também, liberdade em impasse.¹⁶

O caso português é interessante porque é extremamente parecido com o caso brasileiro. Primeiramente, o ordenamento jurídico de Portugal não permite a eutanásia nem o suicídio assistido, e também considera a distanásia como conduta

¹⁶ Projecto de Lei nº. 62/VII/1ª, Preâmbulo. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=36447>. Acesso em 12.03.2013.

eticamente reprovável – tudo isto consta no Código Deontológico da Ordem dos Médicos de Portugal (CDOMP). Além do mais, a legislação portuguesa permite somente a *recusa a tratamento médico*, em que se encaixa o conceito de ortotanásia.

Todavia, embora a situação relativa às garantias do direito à morte digna fosse análoga à situação brasileira, Portugal deu um passo à frente ao promulgar a Lei n.º. 25/2012¹⁷, que regulamentou o sistema das diretivas antecipadas de vontade. Antes de analisar a Lei em si, é importante fazer referência ao Projecto de Lei n.º. 62/VII/1ª, que deu origem à lei e que possui um Preâmbulo altamente elucidativo. O legislador português assevera, em considerações preambulares, que “é essencial assegurar que a legislação que venha a ser aprovada salvguarde a liberdade efectiva da pessoa, protegendo-a de pressões directas ou indirectas”, e que “a presente iniciativa contribui para o reforço da tutela do direito à autodeterminação do cidadão no âmbito dos cuidados de saúde, no respeito pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, assegurando ainda a efectividade do direito ao livre desenvolvimento da personalidade”.

A Lei n.º. 25/2012 inicia, em seu artigo 1º, definindo o objeto de apreciação pela norma: “A presente lei estabelece o regime das diretivas antecipadas de vontade (DAV) em matéria de cuidados de saúde, designadamente sob a forma de testamento vital (TV), regula a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV)”. A propósito, registre-se que a lei em si é bastante didática, de modo a trazer consigo as próprias definições e conteúdo dos

¹⁷ Disponível em: <http://www.portaldasaude.pt/NR/rdonlyres/0B43C2DF-C929-4914-A79A-E52C48D87AC5/0/TestamentoVital.pdf>. (Acesso em 11.03.2013).

documentos, não reproduzidos aqui por economia de palavras. E prossegue, em seus mais relevantes aspectos:

- i. Formalização: as diretivas antecipadas de vontade são formalizadas através de documento escrito, assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do RENTAV ou notário, e nela deve constar a identificação completa do paciente, o lugar, data e hora de sua assinatura, as situações clínicas em que as DAV produzirão efeitos, as instruções do paciente/declarante e as averbações ao registro, ou seja, renovações, alterações ou revogação, caso existam. Caso seja acordado assim, médico e paciente podem firmar a declaração em conjunto;
- ii. Capacidade plena;
- iii. Limites: as DAV que forem contrárias à lei, à ordem pública ou às boas práticas, ou que cujo cumprimento possa provocar morte não natural e evitável, ou em que o outorgante não tenha expressado sua vontade de maneira clara e inequívoca, serão inexistentes (terminologia empregada pela lei em comento);
- iv. Eficácia: a diretiva antecipada de vontade é eficaz a partir do momento em que estiver registrada no RENTEV ou for entregue à equipe médica responsável pelo paciente;
- v. Prazo: a DAV possui um prazo decadencial de 5 (cinco) anos, dentro dos quais o paciente pode renová-la ou modificá-la sucessivamente, importando sempre em uma nova contagem do prazo;

Como se pode perceber, a lei portuguesa prevê prazos decadenciais para a validade da DAV. Por fim, e com uma regulamentação cautelosa, a Lei nº. 25/2012 estabelece as condições para designação de um procurador para cuidados de saúde:

- i. Do procurador: os requisitos para nomeação do procurador são os mesmos que para emissão de diretiva antecipada de vontade. Não podem ser procuradores os funcionários do RENTEV e os proprietários e gestores que administram ou prestam cuidados de saúde, exceto se mantiveram vínculo familiar com o paciente. Aqui, também, pode o paciente nomear mais de um procurador em ordem de preferência;
- ii. Da procuração: a procuração é instrumento pelo qual se atribui a uma pessoa, de forma gratuita e voluntária, poderes representativos em matéria de cuidados de saúde, para o caso em que o paciente não possa mais expressar sua vontade pessoal e autônoma;
- iii. Efeitos da representação: as decisões tomadas pelos procuradores, dentro dos limites de seus poderes e da lei, devem ser respeitadas. No caso de conflito entre o procurador e o testamento vital, deverá prevalecer o testamento vital;

Por fim, a lei portuguesa define o âmbito de atuação do Registo Nacional de Testamento Vital (RENTÉV) e suas condições de consulta, criação, nomeação de cargos etc.

É importante notar o que já fora dito anteriormente, de

que a situação portuguesa quanto à garantia do direito à morte é análoga à situação brasileira: ambos ordenamentos jurídicos proíbem eutanásia e suicídio assistido, e limitam-se a permitir a recusa de tratamento e a ortotanásia. No entanto, é necessário que se tenha, no Brasil, a sensibilidade que houve em Portugal, no sentido de legislar sobre as diretivas antecipadas de vontade, nomeadamente em sua forma de testamento vital, de modo a conferir proteção à autonomia da vontade e à dignidade da pessoa humana.

De sensibilidade ímpar foi também a inclusão, na lei portuguesa, da *cláusula de não discriminação*, que impõe que ninguém possa ser discriminado no acesso a cuidados de saúde ou na subscrição de um contrato de seguro, em virtude de ter ou não outorgado um documento de DAV. O instituto é interessantíssimo, pois antevê uma consequência social da regulação do direito à morte digna e lhe impõe logo vedação. À guisa de exemplo, poderia uma seguradora cobrar apólice mais cara de um segurado que tenha feito DAV, dado supor ser a sua morte mais provável que a dos demais segurados; esta situação é abarcada e devidamente vedada pela legislação em análise.

Outrossim, se a diretiva antecipada de vontade *não servir* para determinar a eutanásia ou o suicídio assistido, para que serve? Ora, evidentemente que sua utilização se dá para garantir o cumprimento de um pedido de ortotanásia, ou de submissão (ou não) a tratamentos experimentais, participação em programas de pesquisa etc.

5 Delineando padrões mínimos para a segurança jurídica das diretivas antecipadas de vontade

5.1 Definição

A doutrina estrangeira e pátria e a legislação estrangeira já contribuíram imensamente para a conceituação e delimitação técnica dos termos “diretiva antecipada de vontade”, “testamento vital” e “procuração de cuidados de saúde”, de modo que é muito fácil trabalhar com o tema, posto ter terminologia consolidada.

Não obstante, é cabível o apoio em leis de outros países para que possamos delimitar, funcionalmente, a noção conceptual de cada instituto. Para tanto, utilizaremos as definições da Lei n.º. 25/2012, da Assembleia da República de Portugal, do Projecto de Lei n.º. 62/VII/1^a, da bancada de congressistas do Partido Socialista e que originou a lei retro mencionada; e a *Loi relative à l'euthanasie*, de 28 MAI 2002, da Bélgica, para afirmar que:

Diretiva antecipada de vontade é a emissão da vontade livre, informada, consciente, reiterada e refletida de um paciente, acerca de seu futuro médico e os procedimentos a que desejará ou não se submeter no futuro, no caso de, por qualquer motivo, se encontrar incapaz de se expressar pessoal e autonomamente; é a declaração feita aos médicos, familiares ou amigos, registrada ou não, em instrumento ou arquivo de papel, imagem, áudio etc.

Enquanto a diretiva antecipada de vontade é o *conteúdo*, a *matéria*, o *Testamento Vital* é um instrumento jurídico formal de ato pessoal, unilateral, livremente revogável e modificável, reduzido a escrito, através do qual uma pessoa manifesta antecipadamente sua vontade livre, informada, consciente, reiterada e refletida

no que concerne aos cuidados de saúde que desejará ou não receber no futuro, no caso de, por qualquer motivo, se encontrar incapaz de se expressar pessoal e autonomamente, por meio de cláusulas e institutos jurídicos previstos; é documento que se opõe a terceiros; é forma e formalização da diretiva antecipada de vontade.

Procuração de cuidados de saúde é um instrumento jurídico formal de ato pessoal, unilateral, livremente revogável e modificável, reduzido a escrito, através do qual uma pessoa atribui a uma ou mais pessoas próximas, em ordem de preferência, poderes representativos em matéria de cuidados de saúde, a serem exercidos quando, por qualquer motivo, o representado/paciente se encontre incapaz de se expressar pessoal e autonomamente.

5.2 Requisitos subjetivos

Para que um sujeito possa emitir a diretiva antecipada de vontade, ele deve atender a requisitos mínimos, sem os quais não se pode considerar como válida a declaração. São estes os que, em nosso sentir, seriam aplicáveis à realidade brasileira, tendo a legislação alienígena por base:

Capacidade plena. O indivíduo deve ser *maior de idade* ou *menor emancipado*, ou cumprir outros requisitos que preenchem a capacidade plena, nos termos do Código Civil brasileiro de 2002.

Manifestação da vontade. Esta é a *ratio essendi* da diretiva antecipada de vontade. A manifestação da vontade do paciente deve ser (i) *livre*, de modo que ele não pode ser obrigado, coagido ou induzido a fazer uma declaração de DAV; (ii) *informada*,

porque o paciente/declarante deve possuir todas as informações disponíveis acerca de sua moléstia (se a possuir); (iii) *consciente*, como vedação da emissão de diretivas antecipadas de vontade por pessoas que estejam em franca letargia, a fim de não comprometer a autenticidade de suas declarações; (iv) *reiterada*, para que se evite a decadência do direito de fazer a manifestação da vontade vincular terceiros, e também para confirmação da real vontade ao longo dos anos; e (v) *refletida*, o que significa que não só o paciente deve estar *informado* sobre todas as condições relativas à sua condição, mas deve também, antes de tomar uma decisão definitiva, refletir detidamente sobre o tema e sopesar todas as consequências, positivas e negativas, da decisão que pretende tomar.

5.3 Requisitos formais

A diretiva antecipada de vontade deve, em princípio, ser realizada como testamento vital, e, para ter validade, além de preenchidos os seus requisitos subjetivos, deve ter uma formalização. A sua forma, contudo, não pode ser totalmente livre, ainda que isso facilite a realização da manifestação da vontade na perspectiva do paciente, sob pena de o testamento vital poder ser facilmente fraudado, ou, por outro lado, não ter credibilidade diante de médicos e familiares; a forma também não pode ser excessivamente rigorosa, como é, por exemplo, a formalidade para abertura de uma empresa, correndo-se o risco de o paciente falecer antes mesmo de o testamento vital passar a ter validade. É preciso, portanto, encontrar um meio termo. Com

base no que foi estudado no Direito comparado, propomos os seguintes requisitos formais para validade do testamento vital:

Forma escrita, com atos datados e assinados. O testamento vital deve ser, obviamente, escrito. Sua redação (ou preenchimento de dados, no caso de modelos prontos) deve ser feita de próprio punho pelo paciente, que deve assinar e datar todas as suas declarações e também todos os atos constitutivos de direitos/poderes no instrumento. Por exemplo, se, em seu testamento vital, um paciente manifesta a vontade de não ser ressuscitado em caso de parada cardíaca, deve ele assinar e datar tal manifestação; da mesma forma e se, no mesmo instrumento de testamento vital, o paciente designar um procurador de cuidados de saúde, deve também assinar e datar a procuração. Trata-se de requisito ululante, mas que mesmo assim deve ficar aqui consignado.

Forma escrita, com situações e instruções de uso e averbações. Ainda na forma escrita, o testamento vital deve trazer em detalhes as situações em que ele deverá ser invocado (*v.g.*, quando o paciente não mais puder falar ou se mover, ou quando o paciente entrar em coma), as instruções que devem ser seguidas na ocorrência desta situação (por exemplo, não ressuscitar o paciente em caso de parada cardíaca, desligar as máquinas de suporte artificial das funções vitais etc.), e, sobretudo, as *averbações* que forem feitas no instrumento. As averbações devem ser todos os incidentes que ocorrerem a partir da manifestação da vontade do paciente desde a constituição do testamento vital: a reiteração da manifestação da vontade, a alteração em parte ou no todo e, evidentemente, a revogação.

Nos casos de impossibilidade da manifestação da vontade pelo

próprio sujeito, deve se proceder como prescreve a lei belga, que, a nosso ver, encontrou a solução ideal para o problema: se o paciente não tiver condições físicas de redigir a própria DAV, esta deve ser redigida e assinada por pessoa da escolha do paciente, maior de idade, que não tenha qualquer interesse material na morte do declarante, e na presença de duas testemunhas também maiores de idade, e que também não tenham nenhum interesse material na morte do declarante. Na diretiva antecipada de vontade, nomeadamente na forma de testamento vital, deverá constar o fato de que a declaração não está sendo assinada pelo paciente, mas por terceiro, e indicar os motivos pelos quais isto veio a ocorrer, com um atestado médico em anexo.

Registro, validade e eficácia. O registro do testamento vital não pode ser um óbice à obtenção do direito, de maneira que o paciente, já debilitado, tenha de empreender esforços ou investimentos para registrar em cartório a manifestação de sua vontade. A nosso ver, o testamento vital passa a existir a partir do momento da assinatura do paciente. Não obstante, ele deve ser depositado ou protocolado no estabelecimento hospitalar que alberga o paciente, para que oficialmente vincule os atos médicos dali em diante praticados. O mesmo procedimento vale para as averbações (reiteração, alteração e revogação).

Prazo decadencial. O testamento vital deve ter um prazo, para as situações em que haja se passado muito tempo e a manifestação da vontade no documento não seja correspondente à real manifestação do paciente no momento em que se utilizará o testamento vital. A solução encontrada por Portugal foi o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, que, caso expirado, torna inválida a

declaração. Nesse caso, a Lei n.º. 25/2012 prevê que cada averbação no testamento vital importará nova contagem do prazo, e que o paciente sempre será avisado (pelo órgão competente para tanto em Portugal), com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias, quando o prazo de validade de sua declaração estiver próximo de se extinguir. Tal solução nos parece satisfatória, excetuando-se a disposição acerca do “aviso prévio” para a caducidade do documento.

Órgão competente. É inegável que o tema em tela é delicado, motivo pelo qual é extremamente conveniente que haja entidade reguladora específica, como há em Portugal e na Bélgica, para o fim de manter um banco de dados com os registros dos testamentos vitais e o controle do cumprimento da legislação, bem como do respeito ao limite das diretivas antecipadas de vontade. Também, em havendo órgão competente para os assuntos relativos ao direito à morte digna, seria necessário estudar qual seria a melhor sistemática para integrar o trinômio paciente-hospital-órgão competente, no que tange às fiscalizações e também aos registros dos atos de diretiva antecipada de vontade.

Limite das diretivas antecipadas de vontade. O conteúdo do testamento vital dependerá do estágio de garantia do direito à morte digna em cada país. À guisa de exemplo, se um determinado país permitir a eutanásia, como a Bélgica, o limite da DAV será o pedido de eutanásia; se, por outro lado, como Brasil e Portugal, o país apenas permitir a ortotanásia, este será o limite. Suponhamos, ainda, que um país permite a ortotanásia, mas veda a participação de pacientes em tratamentos experimentais de eficiência não comprovada. Neste caso, o limite do testamento

vital será o da ortotanásia e o da vedação à participação em tratamentos experimentais e por aí vai. De todo modo, o limite da diretiva antecipada de vontade será sempre a legislação do ordenamento jurídico em vigor. Pontue-se que a legislação portuguesa se utiliza, ainda, de algumas cláusulas abertas, estabelecendo a proibição de diretivas antecipadas de vontade que sejam contrárias “à ordem pública” e às “boas práticas”. A noção de “boas práticas” é análoga à dos “bons costumes”, não havendo a necessidade de inclusão do termo, demasiadamente flexível, bastando a proibição da contrariedade à ordem pública para que o julgador, porventura, decida o caso concreto à luz da dignidade humana.

Revogação. As diretivas antecipadas de vontade que cumprirem todos os requisitos subjetivos e formais vinculam a todos, *menos ao próprio paciente*. Injusto seria se, decidindo lançar-se aos braços da morte e, em momento derradeiro, arrependendo-se, o sujeito não pudesse desistir de sua decisão, sendo condenado a uma morte impiedosa, totalmente contrária à dignidade humana. Portanto, o testamento vital é amplamente revogável e modificável, a qualquer momento.

5.4 Procuração de cuidados de saúde

Como já foi dito anteriormente, há certa incerteza quanto ao melhor método a se aplicar no caso das procurações para cuidados de saúde. Há os que sustentam que o melhor seria que os procuradores de cuidados de saúde fossem um grupo colegiado, composto de 3 (três) a 5 (cinco) pessoas designadas

pelo paciente e que escolhessem por votação o fim que fosse condizente com a vontade do paciente.

No entanto, percebemos que as votações colegiadas, embora sejam assaz frutíferas nos Tribunais, em matéria de Direito, não devem prosperar com tanto sucesso nas decisões afetivas. Imagine-se uma comissão de procuradores de saúde composta pela mãe, a namorada e o melhor amigo do paciente inconsciente, cuja vida já foi ceifada e cujos batimentos cardíacos só dependem do *switch* de um aparelho. O desgaste emocional destas pessoas e a probabilidade de a votação ser desastrosa são grandes demais para que o legislador confira a este módulo o condão de vingar no âmbito das diretivas antecipadas de vontade.

Por esta razão é que optamos por sugerir que o procurador de cuidados de saúde seja só um. Os requisitos formais são os mesmos do testamento vital de declaração de vontade propriamente dita, enquanto que os requisitos subjetivos, embora sejam basicamente os mesmos, possuem algumas adições:

Proibição do médico ou da equipe médica. A *Loi relative à l'euthanasie* determina que o médico responsável pelo tratamento e os componentes da equipe médica não podem ser designados como procuradores de cuidados de saúde. A proibição se dá por dois motivos: o primeiro deles é porque o encargo de procurador de cuidados de saúde pressupõe uma intimidade tão grande com o paciente que o procurador saberia dizer exatamente qual seria sua vontade, e o médico teria iniciado o relacionamento com o paciente (que é, diga-se de passagem, um relacionamento médico-paciente e não de amigos) apenas desde o início da moléstia; o segundo motivo é o de que o médico, no mais das vezes, possui

já uma visão marcada pelo seu ofício, tendendo a sentimentalizar menos e optar pela solução da morte digna, que nem sempre representa a vontade do paciente.

Proibição das pessoas que tenham interesses materiais na morte do paciente. Esta proibição também foi trazida pela legislação belga, que, aparentemente, preocupou-se em proteger a esfera patrimonial do paciente de eventuais aproveitadores. No entanto, por mais louvável que seja, a proibição é de difícil aplicação, porque normalmente os procuradores de cuidados de saúde seriam pais e filhos, irmãos e cônjuges, justamente as pessoas que estariam na linha sucessória do paciente e que teriam, em última análise, algum interesse em seu falecimento. A interpretação literal desse dispositivo levaria à impossibilidade de todas as pessoas na linha sucessória do paciente figurarem como procuradores de cuidados de saúde. Logo, deve-se entender o dispositivo em tela numa exegese restritiva, buscando apenas os sujeitos que, mesmo não estando na linha sucessória, teriam algum interesse material na morte do paciente, sempre à luz do caso concreto.

6 Conclusão

A vida de um indivíduo é a sua história, e como toda história, a vida tem início, meio e fim. Não é compreensível que o ordenamento jurídico só dê proteção para o início e o desenvolver da vida, deixando desamparada a sua fase final: a morte digna deve ser assegurada.

O Estado tutela, por exemplo, os direitos do nascituro, não só os prometendo formalmente, por meio do art. 2º do Código Civil de 2002, como também pelas políticas públicas de saneamento básico e saúde nos hospitais e maternidades. É o *início* da vida, um direito garantido e efetivado.

Da mesma forma, o Estado protege o direito à educação, não só textualmente, através do art. 205 da Constituição Federal, mas, sobretudo, através de programas de bolsas em universidades particulares e políticas de discriminação positiva, como as cotas sociais. É a fase de desenvolvimento da vida, não só sendo garantida, mas também sendo (ou tentando ser) diuturnamente efetivada, conquanto seja, neste particular, uma norma programática.

E o fim da vida? Aparentemente, quanto mais se aproxima o homem do término de sua existência, mais o Estado se ausenta: quase todos nascem; muitos estudam, porque as escolas públicas, embora deficientes, funcionam; poucos vão para a universidade; na vida adulta, o Sistema Único de Saúde – SUS – não ampara quem dele necessita para viver; e na velhice, temos a insuficiência e o iminente colapso da Previdência Social. A morte, portanto, resta abandonada dos cuidados do Estado.

É necessário assegurar que o indivíduo, no Brasil, possa caminhar em direção à sua morte com a certeza de que terá a opção de *não sofrer*. Isto não se faz necessariamente com a legalização da eutanásia ou do suicídio assistido, que são técnicas mais drásticas e menos pleiteadas; mas se faz com a legalização de um direito *já existente*, que é o direito à ortotanásia, por exemplo, e sua subsequente *efetivação*, com os devidos institutos capazes de

trazer segurança jurídica à morte e ao ofício de médicos e outros profissionais da saúde.

Em última análise, trata-se de assegurar o direito à autonomia pessoal, o direito à realização das faculdades humanas que preenchem a dignidade da pessoa humana, e, principalmente, o dever do Estado de garantir estes direitos e princípios com uma atuação legiferante mais ativa, utilizando-se dos instrumentos que foram esposados no decorrer deste trabalho.

No Brasil, a abordagem do tema fica a cargo de uma infinidade de artigos acadêmicos, um Enunciado do CJF e cerca de duas Resoluções do CFM. Ou seja: não há institutos consolidados que permitam ao particular exercer sua autonomia e dizer quando é a hora menos gravosa para despedir-se da vida.

Consigne-se, aqui: não se está defendendo (e nem deixando de defender) a legalização da eutanásia, nem do suicídio assistido, dado que esta é uma discussão que merece diferente abordagem. Sustenta-se, sim, a efetivação do direito à morte digna (ilustrada, no Brasil, pela ortotanásia) por meio da implementação de recursos legais, tais como o testamento vital, para assegurar que o fim da vida humana progrida conforme a dignidade de cada um.

Abstract: This article has the objective of exposing, in a few lines, the death with dignity right issue, from a contemporary perspective, exploring basic definitions and intending to delimitate the lack of effectiveness problem of this right, mainly because of the absence of legal instruments, as the living will and the durable power of attorney for health care. Still, this article proposes legislative changes, from a minimum standard, to help amplify and better materialize the death with dignity right.

Keywords: Death with dignity. Human dignity. Advanced directives. Living will. Passive euthanasia. Active euthanasia.

Referências

BARROSO, Luis Roberto e MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia no final da vida**. Artigo científico, 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>. Acesso em 11.03.2013.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. – 2ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões de consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. Tese de Doutorado, UERJ, 2010. Disponível em: http://works.bepress.com/leticia_martel/5/. Acesso em 11.03.2013.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil Português**, Vol. I, Tomo III. – 2ª Ed. – Coimbra: Almedina, 2004.

SARAMAGO, José. **As intermitências da morte**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. – 3ª Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.