

Por uma Regulamentação do “Living Will” no Ordenamento Jurídico Brasileiro

For a Regulation of the “Living Will” in the Brazilian Legal Order

Luís Pedro Ferreira Lima

Unime, Curso de Direito. BA, Brasil.
E-mail: pedroflima@hotmail.com

Resumo

O presente artigo científico tem por finalidade demonstrar a necessidade de regulamentação do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro como um meio para se alcançar, de um modo otimizado, a autonomia individual, ratificando, destarte, a personalidade jurídica como direito fundamental. Logo, é imprescindível que a pessoa tenha a possibilidade de realizar a sua personalidade em consonância com a sua própria concepção da dignidade humana. Assim, foi feita uma análise no direito comparado apontando os principais atributos para fomentar o desenvolvimento de uma legislação nacional a respeito desse tema, que inexistente no presente momento, de modo a corroborar que o Direito insta ser desempenhado em prol da pacificação social e realização da justiça.

Palavras-chave: Direito Civil. Direitos da Personalidade. Autonomia Privada. Advance Directives.

Abstract

This scientific article aims to demonstrate the need for living will regulation in the Brazilian legal system as a means to optimally achieve individual autonomy, thus ratifying legal personality as a fundamental right. Therefore, it is essential that the person have the possibility to carry out his or her personality in line with his or her own human dignity conception. Thus, an analysis was performed in comparative law pointing out the main attributes to foster the development of national legislation on this issue which is nonexistent at the moment, in order to corroborate that the law urges to be performed in favor of social pacification and the justice realization.

Keywords: Civil Law. Personality rights. Private Autonomy. Advance Directives.

1 Introdução

A controvérsia acerca dos direitos dos pacientes teve o seu marco histórico na década de 1970 (UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE, 2008), interstício em que houve os consideráveis avanços ocorridos na medicina, por meio do qual o portador de doença crônica incapacitante poderia ter o seu estado de terminalidade prolongado indefinidamente no tempo por meio artificiais.

Destarte, as Cortes de Justiça logo foram incumbidas a deliberarem no tocante ao *right to die*: a objurgação do paciente quanto aos métodos protelatórios de prolongamento artificial de uma vida vegetativa sob um prisma físico e emocional.

Nesse diapasão, destaca-se o *leading-case* de Karen Ann Quilan vs. St. Clare’s Hospital, quando a jovem americana, em 15 de abril de 1975, ingressou nas instalações do referido hospital em função de uma parada respiratória (KENNEDY, 1976). Tal colapso resultou na carência de oxigenação, por duas vezes consecutivas, por um período de aproximadamente quinze minutos, fulminando-lhe em um estado vegetativo persistente, sem qualquer perspectiva de recuperação, sendo submetida à respiração artificial mediante uma sonda alocada em sua traqueia.

Diante disso, seus pais adotivos pretenderam, em um primeiro momento, que o hospital desligasse voluntariamente os aparelhos que mantinham a sua filha viva, porquanto perderia o sentido – a vida – a partir do momento em que ela fosse sujeitada a um estado de limbo mecânico incessável.

Todavia, não lograram êxito.

Após, ingressaram perante o Poder Judiciário Norte-Americano, ocasião em que a Corte Superior de New Jersey determinou a desconexão dos aparelhos respiratórios que a mantinham viva, entendendo, aquele Tribunal, que a Constituição garante aos indivíduos o direito de autodeterminação no que tange aos próprios cuidados médicos.

De conseguinte, um conjunto de regras surgiu no direito norte-americano como corolário de uma série de decisões judiciais em prol da autonomia do paciente, destacando-se o *The Patient Self-Determination Act – PSDA*, de 1990, o qual inclui a possibilidade de escolha pelo paciente quanto aos tratamentos médicos possíveis, bem como, ao revés, a possibilidade de refutá-los.

Sem dúvida, o princípio da dignidade da natureza humana engendra o direito do ser humano à autonomia privada, de forma que o seu *animus* merece ser respeitado sobre o seu plano de vida e ação.

O que se pretende demonstrar, *in casu*, diz respeito à eficácia jurídica das diretivas antecipadas consistentes, especificamente, na *advanced health care directive*, formalizada por meio do *living will*, pressuposto de uma interpretação ética, operacional e social, o que só poderá ser alcançado em consonância com a principiologia da Constituição erigida à categoria de interesse que deve preponderar a dignidade da pessoa humana.

2 Desenvolvimento

2.1 A Personalidade Jurídica como Direito Fundamental

Com o decurso da Segunda Guerra Mundial, momento histórico marcado por imensuráveis atrocidades perpetradas contra os direitos humanos, mormente em razão de o nazismo ter deflagrado um incessante genocídio arrimado no antissemitismo, os direitos da personalidade adquiriram a sua nobilitada relevância. Isso porque havia a necessidade de ser estabelecida uma tutela protetiva aos direitos reconhecidos à individualidade da pessoa humana.

Logo, em 1948 foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, em prol dos direitos e liberdades dos homens.

Entrementes, não se olvida que, mesmo antes do marco *sus* descrito, registra-se a ocorrência de momentos históricos expressivos que sobejaram os referidos direitos, tais como a Declaração de Independência Norte-Americana de 1776, a Declaração dos Direitos do Homem na Revolução Francesa de 1789 (COELHO, 2010, p. 195-196), bem como o Pacto Internacional das Nações Unidas sobre a Proteção dos Direitos Cíveis de 1966 (BITTAR, 2008, p. 59).

No Brasil, com a instauração da novel ordem constitucional, os direitos da personalidade foram erigidos à categoria de direitos fundamentais, *ex vi* do Título II, Capítulo I, art. 5º, da Constituição Federal, de sorte que é facultado à pessoa atuar no plano jurídico e, por conseguinte, vindicar uma *pretensio* (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 144-145), a fim de resguardar a sua própria dignidade (GOMES, 2010, p. 153).

Trata-se, portanto, de normas constitucionais de eficácia plena e, por consequência, possuem aplicabilidade imediata, nos termos da dicção do preceito constitucional apostado no art. 5º, §1º.

Depreende-se, assim, que os direitos da personalidade decorrem da própria condição humana, constituindo um *minimum* necessário e imprescindível, de modo que a sua extirpação ensejaria na irrealizabilidade do seu próprio conteúdo, esvaindo seu valor concreto.

Com efeito, o vigente Código Civil houve por disciplinar os direitos da personalidade em seu Capítulo II, incumbindo aos arts. 11 a 21 a que se ofereça tratamento apropriado à matéria. Sucede que os mencionados direitos não devem ser examinados taxativamente pelo *Codex*, porquanto são

expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, cuja previsão está contida no art. 1º, III, da Constituição Federal (BITTAR, 2008, p. 6).

No que tange à cláusula geral, Miguel Reale pontificou que o Novo Código Civil veio à tona munido desta essência constitucional alavancado pelo princípio da operabilidade, no sentido de facilitar a aplicação do texto legal aos mais variados casos, principalmente pela técnica legislativa de utilização de conceitos jurídicos indeterminados (REALE, 2002, p. 111-123).

Tais cláusulas se viabilizam por meio de um juízo discricionário, porém dentro da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em conta a ponderação já referida: a proteção da pessoa humana (GASPAR, 2008).

Como o Direito tutela os direitos da personalidade, consonante visto alhures, forçoso que a ordem jurídica implemente medidas hábeis a perfectibilizar e, até mesmo, dotar de efetividade aquela proteção. Se assim não fosse, o Estado seria claudicante em exercer as suas finalidades tidas por imprescindíveis e o que, *a priori*, fosse uma norma constitucional de aplicabilidade imediata, careceria de medidas mandamentais capazes de efetivá-las, configurando-se, verdadeiramente, em uma norma de eficácia vazia ou então em uma mera norma constitucional de eficácia programática.

Contudo, a celeuma reside no momento em que as ações públicas integrativas constituam óbice a própria liberdade da pessoa, que, da mesma forma, é garantida constitucionalmente.

E essa limitação se reverbera quando a ordem jurídica restringe a plena autodeterminação do paciente quanto à escolha dos tratamentos médicos dispensados, em face da indisponibilidade dos direitos da personalidade, uma de suas características que lhe é ínsita..

Não se pode furtar que, do mesmo modo que há a restrição ao elemento volitivo privado, a Constituição Federal consagrara o direito à liberdade como o poder por meio do qual a pessoa norteia as suas finalidades primordiais de forma uníssona com a sua própria vontade (BITTAR, 2008, p. 106).

Logo, a possibilidade de a pessoa se autoconduzir, realizando a sua personalidade nos termos da sua própria consciência, constitui uma *conditio sine qua non* para a concepção da dignidade humana, desde que não sejam afetados direitos de terceiros (BORGES, 2005). Sem embargos, entretanto, que essa autonomia alcance até mesmo os momentos finais da vida da pessoa.

Nesse sentido:

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à segurança, dentre outros. Ocorre que tais direitos não são absolutos. E, principalmente, não são deveres. O artigo 5º não estabelece deveres de vida, liberdade e segurança (BORGES, 2005).

Desse modo, a pretensão do indivíduo concernente à *advanced health care directive*, que, a seu turno, consiste no preestabelecimento do tipo de tratamento que objetiva perceber em um eventual estado de terminalidade (DINIZ, 2010, p. 435-436), não poderá estar à míngua do Direito contemporâneo,

mormente se se considerar os notáveis avanços tecnológicos existentes na seara médica com a modernização de aparelhos idôneos a prolongar indefinidamente a vida de um enfermo incapaz de apresentar resposta a qualquer estímulo fisiológico.

Nesse aspecto, o *living will* apresenta patente relevância, justamente por constituir um instrumento formal pelo qual o declarante indica os tratamentos desejados e, por outro lado, os que refutará em caso de superveniência de moléstia terminal ou acometimento de estado vegetativo permanente.

Porém, a negativa de tutela pelo ordenamento jurídico brasileiro não poderá obstaculizar que a pessoa exerce a sua autodeterminação não apenas para aceitar ou rejeitar um tratamento médico, mas, outrossim, fazer com que as suas decisões sejam observadas em momento ulterior, em caso de eventual incapacidade. Por isso, seguir o *living will* implica no respeito a autodeterminação do indivíduo, a despeito de sua ulterior incapacidade (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2001, p. 101, 154, 164).

Nesse diapasão, ter uma diretriz antecipada pode evitar a necessidade de uma tutela imposta pelo representante legal (*durable power of attorney for health care*) ou até mesmo pelo Poder Judiciário, de modo que não haja a imiscuição, *ad eternum*, para o cuidado da saúde do paciente, *ad instar* dos arts. 1.701 e ss. do *Civil Code of Québec*.

Nos Estados Unidos, em 1990, foi editado o *The Patient Self-Determination Act – PSDA*, que diz respeito a um conjunto normativo que prima pela autonomia da vontade do paciente terminal, podendo haver a recusa de tratamento médico, desde que tenha manifestado a sua vontade, em momento anterior à incapacidade ocasionada pela enfermidade (UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE, 2008, p. 2-3).

O referido disposto legal condiciona que os hospitais em geral possuam estrutura suficiente para que o paciente seja informado acerca do estado real da sua enfermidade, indicando o seu respectivo grau de evolução e as possíveis consequências ensejadoras, possibilitando-lhe manifestar de modo consciente o tipo de tratamento a ser auferido. Buscase, com isso, que o enfermo possa exercer o seu direito de autodeterminação referente a sua saúde no momento da sua admissão nos estabelecimentos de saúde (ULRICH, 1998).

Imperioso que a vontade do paciente seja observada e cujo corolário implicará no tratamento médico a ser norteado estritamente nos termos em que aquele elemento volitivo foi exarado, de modo a obstar a atuação indevida do respectivo responsável legal ou curador para cuidado da sua saúde: *durable power of attorney for health care*.

Deveras, não se pretende que a pessoa seja transfigurada, contra o seu intento, em um homem *in machina*, ou, na célebre menção de Maria Júlia Kóvacs, submetida a uma imagem cruel do *Frankenstein do Século XX* (KOVÁCS, 2009), em razão das suas atividades vitais serem realizadas por máquinas.

Por isso, mostra-se necessário uma regulamentação do *living will* no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de estabelecer um marco regulatório, cujo mister será dotar

de eficácia *erga omnes* e vinculativa a vontade do paciente quanto aos meios e métodos de tratamento que será submetido, bem como permitir que a extração do seu ânimo ocorra em momento oportuno, ou seja, em ocasião em que as suas faculdades mentais não estejam acometidas por eventual disfunção que a moléstia possa ocasionar.

2.2 Tutela Jurídica do Instituto no Direito Brasileiro

No Brasil, inexistente um regramento específico a respeito das *advance directives*, muito menos no que concerne ao *living will*. Mesmo a sociedade tendo evoluído em outras searas científicas, malgrado o óbice perpetrado por algumas religiões e/ou ideologias, tais como as manipulações genéticas de um modo geral (v.g., pesquisas com células-tronco e organismos geneticamente modificados), há uma escassez significativa referente à autodeterminação pessoal, mormente quando se fala a respeito de um prévio ato dispositivo, de iniciativa do paciente, vocacionado a não postergar o seu estado vegetativo irreversível.

Muito embora inexista o amparo regulatório específico, é possível extrair esparsos preceitos normativos corroborando a sua razão de existir, a exemplo da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.805/2006, que rechaça a obstinação terapêutica (*medical futility*), ao permitir que o médico restrinja tratamentos que procrastinem a vida de paciente terminal e prolonguem o sofrimento.

Neste *iter*, o art. 41 do Código de Ética Médica assevera que:

nos casos de doença incurável e terminal deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Tal conduta enaltece o princípio do *primum non nocere*, acrescido do *in dubio pro libertatis*.

O ato médico deve estar fundamentado no princípio do consentimento livre e esclarecido do paciente. Nesse sentido, a Resolução CFM nº 1.931/2009, que aprovou o Código de Ética Médica, proíbe a intervenção médica sem o prévio esclarecimento do procedimento e consentimento do paciente ou de seu representante legal, salvo em caso de iminente perigo de vida. Outrossim, obtemperam os arts. 31 e 34, da mencionada Resolução, que o paciente tem o direito à livre escolha quanto à execução de práticas diagnósticas e terapêuticas, além de ser informado sobre o diagnóstico, prognóstico, riscos e objetivos do tratamento. Ademais, no mesmo sentido explicitam os arts. 24, 101 e 102.

Ocorre que, na maioria dos casos, os portadores dessas enfermidades com elevado grau de gravidade acabam por se tornar incapazes, em decorrência da própria moléstia, para exercer a plena disposição de atos inerentes ao mundo civil.

Nesse caso, os representantes legais (*surrogates*) adquirem extrema relevância, uma vez que assumirão o controle

das decisões condizentes com a saúde do paciente, que nem sempre se coaduna com a sua vontade.

Noutro giro, a doutrina do *commom law* reconhece a prerrogativa que compete aos indivíduos de exercer com autonomia o direito a sua própria saúde e até mesmo de recusar tratamento, com sustentáculo no consentimento informado e na dimensão constitucional daquele sistema.

Nesse aspecto, impende assestar que, em 2012, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.995, a dispor, por sua vez, sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, definindo-as como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados por aqueles, que digam respeito aos cuidados e tratamentos que querem ou não receber no momento de incapacidade superveniente, sobrelevando a autonomia da vontade.

Antes mesmo da indigitada Resolução, a V Jornada de Direito Civil, realizada em 2011, editou o enunciado nº 528, cuja dicção segue transcrita, *in verbis*:

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.

No entanto, o Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública em desfavor do Conselho Federal de Medicina, visando suspensão da aplicação da Resolução nº 1.995/2012, porquanto, aduz o *Parquet*, a mesma incidiu em inconstitucionalidade, pois instituiu as diretivas antecipadas de vontade, a serem externadas pelos próprios pacientes e que deverão prevalecer sobre quaisquer pareceres não médicos e desejos dos familiares. Obtemperou, ademais, que o citado ato normativo regulamentou tema que possui repercussões familiares, sociais e nos direitos da personalidade.

Em primeiro grau, a ação foi julgada improcedente, sendo que o órgão ministerial interpôs recurso de Apelação, pendente, todavia, de julgamento perante o Tribunal Regional Federal da Primeira Região (processo nº: 1039-86.2013.4.01.3500).

3 Conclusão

O direito à liberdade constitui postulado fundamental que consagra a prerrogativa de autodeterminação do ser humano que, por sua vez, implica peremptoriamente em poder o indivíduo atuar em prol da sua realização pessoal, conforme a sua própria consciência, desde que não sejam afetados direitos alheios.

Essa concepção foi amplamente espargida com a promulgação, em 05 de outubro de 1988, da Lei Maior, fundada numa concepção plural (ecclética) que contemplou, de forma democrática, portanto, uma variedade de ideologias contrapostas.

Tanto é assim que, em decorrência da realidade exposta alhures, deve-se conferir ao indivíduo a possibilidade de exercer de forma ativa seu direito inerente a sua própria

personalidade com a finalidade precípua de realização da dignidade, consubstanciada na autonomia privada.

Nos países oriundos do sistema *commom law*, a tendência dominante da doutrina legal e bioética é compreender os direitos dos indivíduos incapazes, decorrentes de enfermidade incapacitante, como uma extensão dos direitos originários à ocasião em que predispuham de plena capacidade para a prática dos atos civis. Logo, há a garantia da prerrogativa da autodeterminação, consectário das liberdades públicas.

Assim sendo, não se pode repelir um ato de vontade perpetrado em plena capacidade, nem tampouco exprobar a sua validade, sob pena de fazer cair por terra os postulados civis norteadores da plena disposição.

Imprescindível que se reconheçam as *advance directives* como atos oriundos da autodeterminação, não apenas como uma mera evidência do que, tardiamente, seja conveniente para o paciente.

É de se notar, ainda, que o testamento vital tem a sua justa existência pela exposição de situação fática consonante com os institutos jurídicos civis na sociedade contemporânea, com nascedouro jurídico, por meio da aplicação de dispositivo legal e ulterior estabelecimento de um problema com vertentes, que iniciam com a busca do justo-jurídico. A demonstração de que apenas a pessoa poderá determinar o alcance e o conteúdo da sua própria dignidade, desde que não ultraje direitos alheios, não se olvidando de que o princípio da autonomia, inerente à Bioética, pugna pelo respeito e liberdade individual do paciente.

O Direito não poderá obstar atos dispositivos pessoais, consectário da própria autonomia que a pessoa dispõe na tutela jurídica, tendo em vista a alteridade coexistente na sociedade hodierna, em que há divergentes posicionamentos acerca de religião, de moral, de aspectos social e cultural, refletindo-se na própria vida, sob pena de o Estado, em via transversa, imputar autoritariamente tais referidos valores ao indivíduo.

Referências

- BEAUCHAMP, T.L.; CHILDRESS, J.F. *Principles of biomedical ethics*. Nova York: Oxford University Press, 2001.
- BITTAR, C.A. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- BORGES, R.C.B. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BORGES, R.C.B. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro*. *Migalhas*, 2005. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI11097,71043>>. Acesso em: 6 out. 2019.
- DINIZ, D. Bioética e gênero. *Revista Bioética*, v.16, n.2, 2009.
- DINIZ, M.H. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- KENNEDY, I. Mc C. The Karen Quinlan case: problems and proposals. *J. Med. Ethics*, p.2-7, 1976.
- KOVÁCS, M.J. Autonomia e o direito de morrer com dignidade. *Rev. Bioética*, v. 6, n. 1, 2009.

REALE, M.. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ULRICH, L.P. *The requirements of the patient self-determination*, 1998. Disponível em <<http://academic.udayton.edu/lawrenceulrich/315psdame.htm>>. Acesso em: 8 out. 2019.

UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE. *Patient Self-Determination Act: Providers Offer Information on Advance Directives but Effectiveness Uncertain*, Washington, D.C., 2008. Disponível em <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GAOREPORTS-HEHS-95-135/pdf/GAOREPORTS-HEHS-95-135.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2019.