

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Supremo Tribunal Federal
Registro nº 25/99, de 22/04/1999
DJU nº 72, de 16/04/1999, p.1

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Superior Tribunal de Justiça
Registro nº 37 – Portaria nº 1, de 26/10/1998
DJU de 05/11/1998, p.137 - Registro retificado
Portaria nº 9, de 14/06/1999 – DJ 22/06/1999

As Diretivas Antecipadas da Vontade – “Testamento Vital” e o “Mandato Duradouro”: a gestão da saúde humana

Maria Fernanda Dias Mergulhão*

Sumário

1. Diretivas antecipadas da vontade: generalidades. 2. Testamento Vital no ordenamento jurídico contemporâneo. 3. Mandato Duradouro nas questões relacionadas à saúde humana. 4. A Lacuna Normativa. Referências.

Resumo

As diretivas antecipadas da vontade e o mandato duradouro, como modalidades de atos jurídicos utilizados nas questões inerentes à gestão da saúde humana, devem ser examinados à luz dos princípios constitucionais em vigor. O testamento vital é examinado como espécie de diretivas antecipadas, apesar da antinomia de seus termos. O Código Civil privilegiou os direitos da personalidade com maior valoração da pessoa humana. Entretanto, a autonomia da vontade não deve ser concebida na sua forma absoluta em face dos vetores legais e constitucionais inerentes à vida e saúde humanas.

Abstract

Advance directives and lasting mandates, as types of legal acts used in issues inherent to the management of human health, must be examined in light of the constitutional principles in force. The living will is examined as a type of advance directive, despite the antinomy of its terms. The Civil Code privileged personality rights with greater appreciation of the human person. However, the autonomy of the will should not be conceived in its absolute form in relation to the legal and constitutional vectors inherent to human life and health.

Palavras-Chave: Diretivas Antecipadas. Mandato duradouro. Testamento Vital. Gestão da Saúde Humana. Princípios Constitucionais. Autonomia da Vontade.

* Pós-doutora e Mestre em Direito. Mestre em Sociologia Política. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Keywords: *Advance Directives. Lasting mandate. Living will. Human Health Management. Constitutional principles. Autonomy of will.*

1. Diretivas Antecipadas da Vontade: generalidades

As diretivas antecipadas da vontade ou “testamento vital” é instituto regulado pela Resolução nº 1995, de 09 de agosto de 2012¹ do Conselho Federal de Medicina, objetivando orientar e pautar as condutas dos médicos para à sua observância, não só nos aspectos material, quanto no formal, já que tem por centralidade o exame da vontade do paciente nas questões de saúde.

À toda prova, trata-se de regulação de âmbito administrativo, que vigora desde o ano de 2012, sem qualquer correspondência à normatividade civil. No entanto, apesar da ausência de previsão normativa, o ordenamento jurídico vigente não as proíbe, já que estariam inseridas no âmbito dos atos jurídicos inominados ou atípicos, em que preenchidos os requisitos de existência, validade e eficácia, todos os efeitos reputar-se-ão válidos.

Assim, a capacidade do agente e o objeto do negócio são requisitos essenciais e de extrema relevância, e quanto à forma, têm-se exigido que seja escrita, com registro, para efeito *erga omnes*. Frise-se: não há lei, ainda, disciplinando as diretivas antecipadas no Brasil, mormente sejam admitidas como instrumento capaz de identificar a vontade do declarante para cuidados inerente à sua saúde. Há consenso quanto à exigência dos mesmos requisitos para os atos jurídicos, motivo pelo qual menores e pessoas portadoras de deficiência, *per si*, não são considerados agentes capazes para celebrar diretivas antecipadas.

No que tange ao objeto das diretivas antecipadas, cabe assinalar que a doutrina tem apresentado diversas categorias como categorias autônomas, a exemplo das denominadas ordens de não reanimação, diretivas para saúde mental, diretivas para

¹ Resolução nº 1995/2012: “Considerando a necessidade, bem como a inexistência de regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica brasileira; Considerando a necessidade de disciplinar a conduta do médico em face das mesmas; Considerando a atual relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente, bem como sua interface com as diretivas antecipadas de vontade; Considerando que, na prática profissional, os médicos podem defrontar-se com esta situação de ordem ética ainda não prevista nos atuais dispositivos éticos nacionais; Considerando que os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal sem trazer benefícios, e que essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo; Considerando o decidido em reunião plenária de 9 de agosto de 2012, resolve: Art. 1º- Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade. Art. 2º- Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade. §1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico. §2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica. 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

demência, recusa terapêutica, plano de parto, além da nomeação de procurador para cuidados de saúde (“mandato duradouro”).

Apesar da multiplicidade de distintas manifestações de vontade no contexto da saúde humana, entende-se que referidas categorias não podem ser apontadas como espécies distintas das diretivas antecipadas porque não possuem pressupostos e objeto que as distingam juridicamente.

Assim, as diretivas antecipadas não se resumem às hipóteses elencadas, mas a todos os casos em que a saúde humana demandar o exercício da autonomia privada do paciente e são incontáveis as possibilidades em que, em tese, caberia a manifestação de vontade do titular do direito de personalidade, do titular do direito à vida.

2. Testamento Vital no ordenamento jurídico contemporâneo

O termo “testamento vital” é severamente criticado porque não se refere à disposição de bens, não está associado às hipóteses de deserdação ou indignação, muito menos às espécies e formas de instituir testamento. As diretivas antecipadas² tem por núcleo central o exercício do direito à manifestação de vontade quanto à administração da saúde humana, e será sempre passível de ser substituído quando a nova declaração do titular for colidente com a primeira. Trata-se de importante manifestação de vontade que deve ser reproduzida ou aposta no prontuário médico, e sempre que possível, por outros meios fidedignos a fim de não só confirmar o exercício de um direito legítimo, como também resguardar o profissional da saúde quanto à eventuais responsabilidades civil ou penal.

Dentro da proposta do presente estudo, indagar-se-ia: a autonomia privada do celebrante, nas diretivas antecipadas de vontade, é ilimitada? É facultado ao titular dispor do tratamento de sua saúde da melhor maneira que lhe aprouver? Em outras palavras: no ordenamento jurídico brasileiro vigente é admitida, pelo titular do direito de personalidade, a disposição irrestrita do conteúdo das diretivas antecipadas?

Ora, se a par da lacuna legislativa são admitidas as diretivas antecipadas e a nomeação de procurador para decisões inerentes à saúde de terceiro, desde que os elementos e pressupostos dos atos jurídicos sejam observados, como admitir a ampla disposição da autonomia privada se a lei e os bons costumes também são limitadores dos atos jurídicos?

Avançando um pouco mais nesse contexto: o que se dispuser nas diretivas antecipadas da vontade deve guardar coerência com o que estiver sendo admitido no

² “No Brasil é cada vez maior o número de diretivas antecipadas de vontade registradas em cartórios, conforme informação obtidas com tabeliães de São Paulo. Embora não nos tenha sido possível localizar um número oficial relativo a estes documentos, uma vez que são registrados genericamente como declarações, foi-nos dito que após a Resolução CFM nº 1805/2006 houve aumento na procura por esses instrumentos, sendo que os principais interessados seriam: pessoas que vivem só, pessoas que passaram por situações que envolviam decisões em fim de vida e pessoas que iniciaram o planejamento sucessório e optaram por também declarar esta vontade.” (PRATA, Henrique Moraes. *Cuidados paliativos e direitos do paciente terminal*. São Paulo: Ed. Manole. 2017. p. 184)

momento do seu cumprimento ou execução? Ou deve ser considerado o momento da celebração como as práticas e usos aceitáveis no tratamento da saúde humana?

Trata-se de importantes questionamentos que primam pela coerência do sistema jurídico, e seria desarrazoado criar uma espécie de ato jurídico- atípico e inominado- com regras distintas às aplicadas aos demais atos jurídicos. Não se discute que o maior benefício apresentado na disposição das diretivas antecipadas é a comprovação material do desejo do paciente em momento de plena realização de sua capacidade jurídica nas situações em que o agravamento da saúde comprometa as capacidades física e/ou motora e o impeça de emitir declaração válida. Constata-se, portanto, que o ato jurídico atípico se reveste de cláusula suspensiva.³

Cite-se que, segundo Dadalto,

Estudos recentes comprovam que os testamentos vitais não se aplicam apenas à situação de terminalidade, mas a todos os estágios clínicos que coloquem o paciente em situação de fim de vida. São estes: a doença terminal, o estado vegetativo persistente e doenças crônicas, especialmente a demência avançada. Reconhecer que nessas situações a autonomia do paciente deve ser preservada é condição *sine qua non* para garantir a autonomia privada do indivíduo, pois só assim será possível garantir que o indivíduo seja protagonista de suas relações.⁴

3. Mandato Duradouro nas questões relacionadas à saúde humana

Ultrapassadas essas considerações inerentes às diretivas antecipadas, importante mencionar que o mandato duradouro tem previsão genérica no capítulo X do Código Civil, no artigo 653, segundo o qual “opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.” Entretanto, na linha de Tepedino e Olivia⁵, em verdade, a procuração não é instrumento do mandato, mas é instrumento da representação, já que o contrato é o mandato, contrato típico em que a forma em que forma de atuação e os deveres a que se submete o representante são ali regulados. A procuração, outrossim, só estabelece as espécies de poderes transferidos pelo mandatário ao mandante, em seu favor.

³ O termo “condição” é definido pelo Código Civil, segundo o qual “considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto” (artigo 121) e, também, define “condição suspensiva”, segundo o qual “se alguém dispuser de uma coisa sob condição suspensiva, e, pendente esta, fizer quanto àquelas novas disposições, estas não terão valor, realizada a condição, se com ela forem incompatíveis (art. 127).

⁴ DADALTO, Luciana. Testamento Vital. São Paulo: Ed. Atlas. 2015. p. 25/26.

⁵ TEPEDINO, Gustavo e OLIVIA, Milena Donato. Teoria Geral do Direito Civil. Belo Horizonte: Ed. Fórum. 2019. p. 230.

Gize-se que, quanto ao mandato denominado “duradouro”, sem termo pré-definido, todos os requisitos de forma devem ser observados, cujo conteúdo se destinará a nomear mandatário para proferir decisões sobre o tratamento de saúde do mandante.

Da mesma forma que as diretivas antecipadas, aqui também se indaga: o conteúdo do mandato, cujos poderes foram transferidos pelo titular do direito de personalidade, é ilimitado? Quais seriam os limites e condicionantes ao exercício dos poderes transferidos pelo mandante? Esses questionamentos são imprescindíveis e devem ser compatíveis com tudo o que for aplicado às diretivas antecipadas porque ontologicamente referem-se à mesma categoria de direitos.

Salutar o registro da escritora Ana Michele sobre o testamento vital em livro de sensibilidade marcante sobre finitude humana, quando aduz que:

Sei que é difícil falar sobre isso, mas desejo que todos tenham coragem de enfrentar sua finitude com a mesma clareza das grandes mulheres cujas histórias compartilhei nesse livro. Elas desejavam, dignidade ao longo de todo o percurso da doença e mais ainda no seu momento de maior vulnerabilidade. Elas tiveram coragem. Partiram curadas das ilusões que nos prendem à matéria. Todo mundo vai morrer um dia, seja pelas complicações do envelhecimento, seja por uma doença, seja por um evento inesperado. Quando não há diálogo muitos morrem deixando pontas soltas e familiares sentindo-se culpados por não saberem o que seria importante nesse momento para o paciente. E isso só contribui para lutos complicados. ⁶

Nesse contexto, importante esforço histórico é apresentado por Ferreira segundo o qual:

O ano de 2012 também foi marcado por nova manifestação do Conselho Federal de Medicina sobre cuidados paliativos e diretivas antecipadas de vontade. A resolução 1995 reconhece e legitima a validade da antecipação da vontade e autoriza o médico a possibilidade de suspender procedimentos para prolongar a vida de pacientes com doenças graves e incuráveis ou em fase terminal. Também garante a possibilidade da oferta de cuidados paliativos respeitando a vontade do paciente ou seu representante legal. Essa regulamentação foi contestada pelo Ministério Público de Goiás em 2013. O argumento foi o da inconstitucionalidade dela uma vez que extrapolava os limites da Lei nº 3268 de 1957, que dispõe

⁶ SOARES, Ana Michelle. Vida Inteira. Rio de Janeiro: Ed. Sextante. 2021. p. 205

sobre as atribuições dos Conselhos de Medicina. O argumento do Ministério Público foi recusado tanto em decisão liminar como na definitiva publicada em 2 de abril de 2014. De acordo com o tribunal, o tratamento do assunto deve ser feito em lei, entretanto entendeu que o vazio jurídico dá margem ao Conselho Federal de Medicina de apresentar regulamento sobre o assunto, o que não impede em casos específicos que familiares ou o poder público busquem a tutela judicial a fim de afastar a eficácia das diretivas de antecipação da vontade firmadas pelo paciente. Outro julgamento, em sentido contrário, teve como intuito o reconhecimento das diretivas. No ano de 2013 a advogada Rosana Chiavassa impetrou uma ação junto à 2ª Vara Cível do Fórum João Mendes, em São Paulo, com vistas a garantir que ela não tenha que passar por tratamento desnecessário caso desenvolva, no futuro, doença irreversível que comprometa a capacidade física e a consciência. O pleito foi bem-sucedido.⁷

As diretivas antecipadas têm pouca adesão entre os brasileiros, ainda que considerados distintos aspectos regionais do país. A desigualdade social e educação da população podem ser apontados como causas que dificultam a compreensão e divulgação desse instrumento, além do tabu inerente à finitude humana. No pensamento de Allan⁸, o avanço biotecnológico contribuiu para o incremento das tentativas de se evitar a morte, consideradas fúteis ou obstinadas, dando azo ao surgimento das diretivas antecipadas, pela filosofia dos cuidados paliativos e mesmo da eutanásia, já que em muitos casos não se combate a morte, que é fato impossível, mas apenas se posterga o *timing* desse evento.

4. A Lacuna Normativa

As diretivas antecipadas se apresentam como importante ponto para estabelecer critérios de aferição da responsabilidade civil/penal do profissional de saúde, além de formalizar a vontade do titular do direito de personalidade, sem olvidar para seu conteúdo ser bem superior às hipóteses hoje consideradas comuns (parto, doenças mentais, exames invasivos).

No entanto, permanece o vácuo normativo quanto aos limites do direito à vida quando confrontado com a dignidade da pessoa humana e quando regulada, preventivamente, pelas diretivas antecipadas de vontade. Do contrário, como imputar ao profissional da saúde tipo penal doloso quanto ao tipo penal do constrangimento ilegal ou mesmo a figura culposa quanto à inobservância técnica de profissão relativamente à obediência, ou não, das diretivas antecipadas de vontade no bojo de um tratamento de saúde humana?

⁷ FERREIRA, Luciano Maia Alves. Eutanásia e Suicídio Assistido. Curitiba: Ed. Appris. 2018. p. 105-106.

⁸ KELLEHEAR, Allan. Uma História social do morrer. São Paulo: Ed. Unesp. 2013. p. 432.

Referências

DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. São Paulo: Ed. Atlas. 2015.

FERREIRA, Luciano Maia Alves. *Eutanásia e Suicídio Assistido*. Curitiba: Ed. Appris. 2018.

KELLEHEAR, Allan. *Uma História social do morrer*. São Paulo: Ed. Unesp. 2013.

SOARES, Ana Michelle. *Vida Inteira*. Rio de Janeiro: Ed. Sextante. 2021.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVIA, Milena Donato. *Teoria Geral do Direito Civil*. Belo Horizonte: Ed. Fórum. 2019.