

Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade

Luciana DADALTO*

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar os aspectos registrais das Diretivas Antecipadas de Vontade. Para tanto, faz uma análise das espécies de DAV e de como os países que já legislaram sobre o tema trabalham o registro destes documentos. Deste modo, torna-se possível pontuar as questões que precisam ser pensadas e discutidas a fim de uniformizar a forma de registro das DAV no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Diretivas antecipadas; Requisitos; Registro.

ABSTRACT: This paper analyzes the aspects of Advance Directives registries. Therefore, an analysis of the species of DAV and how the countries that have legislated about the subject recording these documents. Thus, it becomes possible to punctuate the questions that need to be considered and discussed in order to standardize the registration form of the DAV in Brazil.

KEYWORDS: Advanced Directive; Requirements; Register.

1. Conceitos introdutórios

As Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) são produto do direito estadunidense. Surgiram no final da década de sessenta e foram positivadas pela lei federal denominada *Patient Self Determination Act* de 1991. Esta lei instituiu, na segunda seção, as diretivas antecipadas como gênero de documentos de manifestação de vontade para tratamento médicos, do qual são espécie o *living will* e o *durable power of attorney for health care*.¹

Deste modo, sempre que se fala em DAV deve-se, na verdade, entender que se refere à

* Mestre em Direito Privado pela PUC-Minas. Doutora em Ciências da Saúde pela faculdade de Medicina da UFMG. Advogada coordenadora do Departamento de Direito Médico, Odontológico e Hospitalar da Ivan Mercêdo Moreira Sociedade de Advogados. Administradora do site www.testamentovital.com.br

¹ Por esta razão, não se pode concordar com o posicionamento Renata Lima Rodrigues que afirma que "diretivas antecipadas não são um gênero, mas a natureza mesma de todos os negócios jurídicos unilaterais que, independente de sua forma ou de suas formalidades, tenham como finalidade os cuidados futuros com a saúde em caso de incapacidade - leia-se, falta de discernimento -, e que sejam hábeis a garantir e valorizar as escolhas autônomas de todo indivíduo em relação ao trato de seu corpo, saúde e vida digna" RODRIGUES, Renata de Lima. *Diretivas antecipadas: planejamento preventivo para decisões futuras sobre o exercício do direito ao próprio corpo, à saúde e à vida digna*. In: DADALTO, Luciana; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Dos Hospitais aos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 457. As DAV são gênero dos quais são espécie o testamento vital e o mandato duradouro não porque a literatura quer, mas porque a lei que as instituiu pela primeira vez no mundo – Patient Self Determination Act of 1990 – assim o fez.

junção, em um mesmo documento, do testamento vital e do mandato duradouro.

O testamento vital é "um documento no qual uma pessoa capaz possa indicar seu desejo de que se deixe de lhe aplicar um tratamento em caso de enfermidade terminal"², enquadrando-se no modelo denominado por Beuchamp e Childress³ de pura autonomia, vez que há expressa manifestação de vontade do paciente, feita enquanto capaz.

Objetiva garantir ao paciente que seus desejos serão atendidos em situações de fim de vida, além de proporcionar ao médico um respaldo legal para a tomada de decisões em situações conflitivas⁴. É um documento sem qualquer cunho patrimonial.

Sánchez⁵ aponta para três aspectos fundamentais quanto ao conteúdo deste documento: os aspectos relativos ao tratamento médico, como a SET, a manifestação antecipada se deseja ou não ser informado sobre diagnósticos fatais, a não utilização de máquinas e previsões relativas a intervenções médicas que não deseja receber, entre outras; a nomeação de um procurador, que constitui na verdade a inclusão do mandato duradouro no testamento vital; e a manifestação sobre eventual doação de órgãos.⁶

Quanto aos efeitos, produz efeitos *erga omnes*, vinculando médicos, parentes do paciente, e eventual procurador de saúde vinculado às suas disposições.

Contudo, o testamento vital não é ilimitado, pois não é possível conter disposições contrárias ao ordenamento jurídico vigente, por exemplo, disposições sobre eutanásia, bem como não pode conter disposições que sejam contraindicadas à patologia do paciente ou tratamento que já estejam superados pela Medicina. Ademais, é limitado pelo direito do médico à objeção de consciência, previsto no Código de Ética Médica.⁷

² DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 35.

³ BEUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002, p. 199.

⁴ SÁNCHEZ, Cristina López. *Testamento vital y voluntad del paciente*: conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Madrid: Dykinson, 2003, p. 46.

⁵ SÁNCHEZ, Cristina López. *Testamento vital y voluntad del paciente*: conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Madrid: Dykinson, 2003, p. 48.

⁶ A doação de órgãos no Brasil já está regulada pela Lei nº 9.434/97, alterada pela Lei n. 10.211/01, que dispõe acerca da necessidade de autorização do cônjuge ou de parente maior de idade, obedecida a linha sucessória para que a doação efetivamente ocorra. Ou seja, segundo esta lei, a vontade dos parentes se sobrepõe à vontade do paciente, indo, portanto, de encontro ao fundamento das DAV, o respeito à vontade do paciente. Portanto, a disposição sobre doação de órgãos em uma DAV brasileira geraria um choque de institutos e mais, esta disposição desnaturaria as DAV, vez que são por essência, negócio jurídico, com efeito *inter vivos*, cujo principal objeto é garantir a autonomia do sujeito quanto aos tratamentos a que este será submetido em caso de terminalidade da vida.

⁷ VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que

Já o mandato duradouro constitui o documento pelo qual o paciente nomeia um ou mais procuradores que deverão ser consultados pelos médicos, em caso de incapacidade deste – permanente ou temporária, quando estes tiverem que tomar alguma decisão sobre tratamento ou não tratamento.

O procurador de saúde decidirá tendo como base a vontade do paciente, enquadrando-se no modelo denominado por Beuchamp e Childress de modelo de julgamento substituto, aquele que "requer que o procurador tente reproduzir a decisão da pessoa".⁸

2. O registro das DAV em países que já legislaram sobre o tema

Em países com tradição jurídica semelhante ao Brasil, como a Espanha, a DAV pode ser pública ou privada. A primeira modalidade admite duas formas de registro: a) em um cartório, por meio de escritura pública, sem a presença de testemunhas; b) diante de um funcionário à serviço da Administração, designado pelo Conselho de Saúde. Na segunda, o documento deve ser assinado por três testemunhas, capazes, sendo que destas, duas não podem ter relação de parentesco e nem vínculo jurídico preestabelecido com o outorgante. Ressalte-se que a justificativa para a segunda possibilidade é “evitar ter que recorrer a terceiros, como testemunhas ou notários, para um ato que se situa na esfera de autonomia pessoal e da intimidade das pessoas”.⁹

A lei espanhola sobre DAV criou um Registro Nacional de Instruções Prévias subordinado ao Ministério da *Sanidad y Consumo*, que foi regulamentado pelo decreto 124/2007. Segundo este Decreto, o acesso ao Registro Nacional de Instruções Prévias é restrito às pessoas que fizeram as instruções prévias, aos representantes legais dessas pessoas ou a quem o outorgante tenha designado neste documento, aos responsáveis dos registros autônomos e às pessoas designadas pela autoridade sanitária da

contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução 1931/2009*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.pdf>, acesso em 07 jan. 2013.

⁸ BEUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002, p. 199.

⁹ La posibilidad de hacerlo ante el funcionario del registro o ante personal de la administración, sometidos por otra parte a la salvaguarda de la confidencialidad de los datos, aseguraría tal como dice la legislación andaluza, evitar el tener que recurrir a terceros, como son los testigos o fedatarios públicos para un acto que se sitúa en la esfera de autonomía personal y la intimidad de las personas. SÁNCHEZ, Cristina López. *Testamento vital y voluntad del paciente*: conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Madrid: Dykinson, 2003, p. 37.

comunidade autônoma correspondente ou pelo *Ministerio de Sanidad y Consumo*.

A fim de proteger os direitos dos cidadãos que residem em comunidades autônomas que não possuem legislação específica sobre as DAV, este decreto estabelece que as pessoas que vivam em comunidades que não tenham regulamentado as instruções prévias podem redigir tal documento e, neste caso, devem se apresentar perante a autoridade da comunidade autônoma em que vivem, cabendo a esta autoridade a remessa do documento ao registro nacional, onde será feita uma inscrição provisória e a notificação dessa inscrição à Comunidade Autônoma correspondente.

Portugal aprovou em junho de 2012 a lei 25/2012, que regulamenta as DAV no país. Por esta lei, as DAV devem ser registradas perante o notário, sem necessidade de testemunhas, mas faculta ao outorgante informar a identificação do médico que o ajudou na elaboração do documento, desde que com concordância do profissional.

A lei portuguesa estabelece a criação do Registro Nacional de Testamento Vital e aborda um ponto bastante polêmico: estabelece um prazo de eficácia do documento, de cinco anos, que, após decorrido, deve ser renovado pelo outorgante.

3. Aspectos registrais das Diretivas Antecipadas de Vontade no Brasil

Muito se discute acerca da validade das DAV no Brasil, tendo em vista a inexistência de norma jurídica específica, contudo, uma interpretação integrativa das normas constitucionais e infraconstitucionais concede aparato para a defesa deste documento no ordenamento jurídico brasileiro.

Os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III) e da Autonomia (princípio implícito no art. 5º), bem como a proibição de tratamento desumano (art. 5º, III) alicerçam as DAV. Isto porque, as DAV são uma forma de expressão de autonomia do indivíduo¹⁰, além de serem instrumento garantidor da dignidade.

Inclusive, já houve manifestação judicial neste sentido, no julgamento liminar da Ação Civil Pública n. 0001039-86.2013.4.01.3500 proposta pelo Ministério Público Federal

¹⁰ Sobre este assunto ver: PENALVA, Luciana Dadalto; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Terminalidade e Autonomia: uma abordagem do Testamento Vital no Direito brasileiro. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva. *Vida, Morte e Dignidade Humana*. São Paulo: GZ Editora, 2010, p. 57-82.

de Goiás contra a resolução CFM 1995/2012: "Igualmente, em exame inicial, entendo que a Resolução é constitucional e se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que assegura ao paciente em estado terminal o recebimento de cuidados paliativos, sem o submeter, contra sua vontade, a tratamentos que prolonguem o seu sofrimento e não mais tragam qualquer benefício".¹¹

No Estado de São Paulo há a Lei n. 10.241/99, popularmente conhecida como "Lei Mário Covas", por ter sido promulgada pelo então governador Mário Covas, que dispõe sobre os direitos dos usuários de serviços e das ações de saúde. O inciso XXIII do artigo 2º desta lei assegura aos usuários do serviço de saúde do Estado de São Paulo o direito a recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida, direito este também assegurado pelas Leis n. 16.279, do Estado de Minas Gerais¹², e n. 14.254 do Estado do Paraná.¹³

Estas normas somam-se ao Código de Ética Médica e à Resolução CFM 1995/2012, permitindo a defesa da validade das DAV no atual ordenamento jurídico brasileiro e é com base nesse conjunto normativo que as DAV tem sido realizadas e, por vezes, registradas nos cartórios de notas de diferentes serventias no Brasil.

Defendemos a imprescindibilidade da lavratura das DAV por escritura pública, perante um notário, a fim de garantir a segurança jurídica, tendo em vista que inexistente legislação específica no país sobre o tema.

A criação de um registro nacional de DAV nos moldes do registro espanhol e do português também é importante a fim de possibilitar uma maior efetividade no cumprimento da vontade do paciente, de modo a não correr risco de que declaração se torne inócua. Assim, existindo tais disposições formais, o cartório deverá encaminhar a declaração prévia de vontade para o fim da vida ao Registro Nacional, em um prazo exíguo, a fim de garantir a efetividade desta. Neste caso, as DAV para o fim da vida só poderão ser feitas de forma pública.

¹¹ BRASIL. Justiça Federal do Estado de Goiás. *Decisão Liminar em Ação civil pública n. 000103986.2013.4.01.3500*. Disponível em:

<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=c15a36d043d11f05e27321dd3fbf227d&trf1_captcha=gjqt&enviar=Pesquisar&secao=GO&proc=10398620134013500>. Acesso em: 17 mar. 2013.

¹² "Art. 2º - São direitos do usuário dos serviços de saúde no Estado: [...] XX - recusar tratamento doloroso ou extraordinário."

¹³ "Art. 2º São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado do Paraná:[...] XXIX – recusar tratamento doloroso ou extraordinário para tentar prolongar a vida;[...]"

Esse procedimento poderá seguir as recomendações do Registro Central de Testamentos, do Colégio Notarial do Brasil, seção de São Paulo, dispostas no provimento CG 06/94, que objetiva implantar um registro único de testamentos em São Paulo. Modelo que tem-se estendido para outros estados do Brasil, como Minas Gerais, no qual o registro único ainda está em fase de implantação.

Sabe-se que uma legislação específica é imprescindível para a efetivação e disseminação do instituto no Brasil, a fim de regulamentar os critérios de capacidade e/ou discernimento do outorgante, o conteúdo das DAV juridicamente válidas no Direito brasileiro, a existência (ou não) de prazo de eficácia, quem pode ser nomeado procurador para cuidados de saúde, bem como os aspectos formais de registro.

Entretanto, até que isso ocorra, é preciso uniformizar o registro desses documentos nos cartórios de notas de todo o território brasileiro. Isto porque o desconhecimento do tema tem provocado aberrações no registro das DAV, que possivelmente acarretarão a nulidade posterior do documento.

Os pontos que precisam ser esclarecidos e uniformizados são:

a) DAV e Testamento Vital não são sinônimos e, portanto, não podem ser tratados como um único instituto.

b) O Testamento Vital é, erroneamente, associado à figura do testamento, já positivada no Direito brasileiro. O termo “testamento vital” é uma tradução literal de *living will*, denominação primeva deste instituto, que surgiu no EUA em 1967. A literalidade da tradução está presente também em outros idiomas: *testamento biológico* (italiano), *testament de vie* (francês), *instrucciones previas* (espanhol) etc. Ocorre que o termo *will* possui mais três traduções: pode ser o substantivo sustento, o adjetivo vivo ou o verbo vivendo, ou seja, pode-se questionar se a tradução mais adequada seria “desejos de vida” ou ainda “disposição de vontade de vida”, expressão que também designa testamento – vez que este nada mais é do que uma disposição de vontade. Posto isso, torna-se questionável se, originalmente, este instituto foi realmente equiparado a um testamento ou se tal confusão foi provocada por um erro de tradução para outro idioma, que foi perpetuado.

Essa tradução errônea tem sido amplamente utilizada e, atualmente, a efetividade em

lutar contra isso parece pequena frente à necessidade de implementar o instituto. Contudo, esse erro tem refletido na prática, pois muitos cartórios de notas, em todo o Brasil, tem exigido os mesmos requisitos formais do testamento público, previstos no artigo 1.864 do Código Civil. Ora, o testamento vital – e as DAV – não são instituto do direito sucessório e sim um negócio jurídico unilateral, que produz efeitos *inter vivos* e deve ser equiparado, no que tange aos requisitos, às declarações de vontade. Frise-se, contudo, que devem ser lavrados por meio de escritura pública e, portanto, nos cartórios de notas.

c) O Mandato Duradouro precisa ser melhor estudado e aplicado de forma correta. É importante a conscientização da importância deste instituto e a necessidade de separá-lo do testamento vital, uma vez que enquanto o testamento vital produz efeitos apenas quando o outorgante estiver em situação de incapacidade permanente, o mandato duradouro pode ser utilizado nas situações de incapacidade permanente e temporária.

Deste modo, o ideal é que o indivíduo tenha uma DAV (na qual disporá sua vontade sobre aceitação e/ou recusa de cuidados extraordinários, bem como nomeará uma pessoa – com quem pode ou não ter vínculo de parentesco) e também tenha um mandato duradouro (que surtirá efeitos nas situações de incapacidade temporária).

d) As DAV não podem conter disposições de caráter patrimonial, pois são documentos de manifestação de vontade para recusa e aceitação de cuidados de saúde, contendo, ainda a nomeação de um terceiro para decidir em nome do outorgante quando este estiver incapaz de manifestar de forma autônoma, sua vontade.

e) As DAV não podem ser incluídas em escrituras públicas de testamento público, constituição de união estável ou qualquer outro documento, pois referem-se a relações jurídicas *sui generis*, que envolvem questões éticas da relação médico-paciente. Ademais, possuem requisitos e especificidades próprias, que não podem ser confundidas com a de outros institutos.

f) As DAV, no Brasil, não podem ter disposições sobre doação de órgãos, uma vez que a lei 9.434/97, alterada pela lei 10.211/01, estabelece que a vontade dos familiares do falecido prevalece sobre a vontade deste, manifestada em vida e, portanto, é contrária às DAV, nas quais a vontade manifestada pelo outorgante prevalece sobre a vontade dos familiares e dos profissionais de saúde. O artigo 4º da lei 9434 fala da necessidade

de autorização de familiares.

g) A exigência de testemunhas para o registro das DAV é arbitrária, uma vez que inexistente lei regulamentando as solenidades deste documento no Brasil; contudo, é imprescindível que o mandatário assine as DAV, aceitando o encargo para o qual está sendo nomeado.

h) Os outorgantes que já foram diagnosticados com uma doença incurável e terminal devem comprovar seu discernimento por meio de um laudo médico, uma vez que estudos médicos questionam os efeitos que um diagnóstico de fim de vida geram no discernimento do indivíduo.

i) É importante orientar o outorgante a procurar um médico a fim de obter informações técnicas sobre os cuidados aos quais deseja manifestar aceitação ou recusa.

j) Caso o outorgante esteja orientado pelo médico e este concorde, é possível anotar o nome e o CRM do médico, a fim de que este seja procurado caso haja dúvidas das informações prestadas pelo paciente.

A presença de um advogado é recomendável, especialmente enquanto a lacuna legislativa existir, para instruir o outorgante na elaboração do documento, de modo que este não disponha sobre assuntos que são ilícitos no direito brasileiro, por exemplo, sobre a prática de eutanásia.

4. Considerações finais

As DAV representam uma importante conquista dos direitos individuais e visam a proteção do direito personalíssimo – e constitucional – a uma vida digna.

São realidade normativa em várias ordens jurídicas e, à despeito da inexistência de norma específica no Brasil, são válidas, pois se alicerçam em princípios constitucionais e é esta validade, já aceita de forma ampla no direito brasileiro, que tem possibilitado aos indivíduos registrá-las nos cartórios de notas.

Contudo, é preciso entender que se está trabalhando um novo instituto no direito brasileiro e, portanto, não é possível utilizar requisitos de outros institutos para

legitimar as DAV. A verdade é que é preciso criar um padrão de registro para as DAV, alicerçados nas especificidades destas e, para tanto, é imprescindível que o tema seja estudado e entendido em profundidade.

Em suma, as DAV devem ser registradas no Brasil para garantir segurança jurídica ao outorgante; contudo, este registro deve ser feito de forma criteriosa, embasado nos estudos sobre o tema, sob pena de registrar-se documentos frágeis e passíveis de anulação do Poder Judiciário.