



O TESTAMENTO VITAL COMO EXPRESSÃO DA AUTONOMIA INDIVIDUAL¹

THE LIVING WILL AS AN EXPRESSION OF INDIVIDUAL AUTONOMY

Laura Miraut Martín

Professora Titular de Filosofia do Direito na Universidade de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “La Decisión Judicial. Especial consideración del fenómeno migratorio” (LDJC; GIR 261) e do Grupo de Inovação Educativa “Juristas ante el Reto de la Convergencia Europea” (GIE-25). E-mail: laura.miraut@ulpgc.es

Resumo

O testamento vital representa uma expressão da autonomia atual do sujeito que se pretende que seja efetiva num momento futuro. Pressupõe uma certa ideia da disponibilidade da vida e da saúde pessoal. Como tal, exige a mais estrita consideração dos requisitos de capacidade que denotam a competência do sujeito. É um instrumento indicativo da vontade do paciente de natureza não determinante, que deve ser combinada com outras indicações, com o entendimento de que a vontade presente do sujeito, mesmo que seja uma vontade tácita, deve prevalecer sobre a vontade expressa no passado. A nomeação de representantes no documento pode ser útil na medida em que ajuda a delimitar o significado preciso da vontade individual, dada a impossibilidade de prever antecipadamente todas as nuances do caso. Propomos que o controlo da legalidade do conteúdo do documento seja efetuado a posteriori, no momento da sua execução, e não no momento da sua assinatura.

Palavras-chave: Autonomia. Competência individual. Direitos. Disponibilidade da vida. Personalidade.

Abstract

The living will represent an expression of the subject's current autonomy which is intended to be effective at a future point in time. It presupposes a certain idea of the availability of life and personal health. As such, it calls for the strictest consideration of the capacity requirements that denote the subject's competence. It is an indicative instrument of the patient's will of a non-determining nature, which should be combined with other indications, it being

¹ Artigo traduzido ao português por Rubén Miranda Gonçalves, Pós-doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha) e Professor de Filosofia do Direito na Universidade de Las Palmas de Gran Canaria (Espanha).

understood that the present will of the subject, even if it is a tacit will, should prevail over the will expressed in the past. The appointment of representatives in the document can be useful insofar as it helps to delimit the precise meaning of the individual will give the impossibility of foreseeing in advance all the nuances of the case. We propose that the control of the legality of the content of the document be carried out a posteriori, at the time of its execution, and not at the time of its signature.

Keywords: Autonomy. Availability of life. Individual competence. Rights. Personality.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A impossibilidade de controlar pessoalmente o curso da fase final da vida de cada indivíduo deu origem à preocupação de assegurar que os tratamentos médicos e os cuidados de saúde que podem ser aplicados respondam o mais próximo possível à vontade do sujeito envolvido. O testamento vital é assim apresentado como uma expressão concreta da vontade destinada a ser efetiva em um momento futuro. Sua consideração exige uma disquisição precisa sobre a disponibilidade da vida e da saúde individual, uma vez que estes são normalmente os bens que estão em jogo no momento de sua aplicação.

A possibilidade de que o conteúdo expresso no documento possa ser contraditório à regulação jurídica exigirá uma decisão sobre se é apropriado estabelecer um controle de legalidade no momento de sua assinatura, o que poderia determinar a nulidade do documento, ou se esse controle de legalidade deve ser adiado para o momento de sua implementação. O problema surge da hipotética contradição entre a vontade expressa no documento e as indicações da vontade do sujeito que podem ser reveladas por sua atividade diária, a expressão de suas emoções etc., um problema ainda mais grave em vista da distância no tempo entre o momento da assinatura do documento e o momento de sua implementação.

2. O SENTIDO DO TESTAMENTO VITAL

Na figura do testamento vital, questões relacionadas com o princípio da autonomia individual e a proteção da saúde estão entrelaçadas, bastiões que hoje merecem uma inquestionável valorização social e jurídica. Isto explica sua crescente popularidade e a crescente aceitação que está recebendo em diferentes sistemas legais. Mas também explica a cautela que ela desperta em certos setores sociais, especialmente entre os profissionais de saúde, em vista dos possíveis efeitos anti-

saúde de sua execução. Sua condição de máxima expressão da autonomia do indivíduo (BERROCAL LANZAROT – ABELLÁN SALORT, 2009) não pode prevalecer entre aqueles que consideram que a autonomia não pode cobrir situações de disponibilidade da própria vida, pois parece claro que sua justificação "pressupõe a disponibilidade da vida, pelo menos em determinadas circunstâncias, por parte da pessoa que a subscreve" (ARA PINILLA, 2013).

O problema da disponibilidade da vida é, portanto, uma questão prévia a ser considerada, que, no entanto, nem sempre é levada em consideração entre os estudiosos do testamento vital, especialmente porque na maioria dos casos se baseia na ideia de sua execução em situações de sofrimento e desespero vital em que o horizonte da morte é geralmente apresentado como inescapável ou iminente se não forem criados mecanismos que visem prolongar artificialmente a existência física do indivíduo².

Diante da perda irremediável de vidas, um certo grau de autonomia individual é tolerado a fim de tornar a perda de vidas, na medida do possível, menos angustiante e dolorosa. Mas esta iminência da morte não é necessariamente o contexto para a aplicação do testamento vital, que se preocupa estritamente com o cuidado e tratamento da saúde do indivíduo em geral, além da natureza irreversível ou iminente de sua deterioração biológica. O documento surge para torná-lo válido em situações em que o indivíduo não é capaz de expressar por si mesmo sua vontade sobre o tratamento de sua saúde, mas esta perda de capacidade nem sempre é gerada em um quadro de morte iminente, nem mesmo em uma situação que poderia ser descrita como uma grave desordem física.

É muito comum, que as duas circunstâncias ocorram juntas, especialmente no caso de pessoas idosas ou pacientes com doenças que tenham efeitos nocivos tanto na esfera física quanto na mental. Mas também é possível que o documento de instruções prévias se destine a ser utilizado, ao contrário dos protocolos estabelecidos para o cuidado da saúde, em uma estrutura de prolongamento previsível da vida do paciente em condições medicamente aceitáveis³. O problema exige neste sentido uma

² A ligação da origem do testamento vital na proposta do advogado Luis Kutner em 1969 ou na aprovação da Lei de Morte Natural em 1975 no Estado da Califórnia com situações de doença terminal contribuiu indubitavelmente para isso.

³ É uma circunstância que certamente não é contemplada pela maioria dos sistemas jurídicos que consideram o testamento vital como um documento que estabelece um regime excepcional à regra geral de preservação da saúde e da vida das pessoas.

análise precisa, sempre no contexto da ideia da disponibilidade da vida por parte do assinante do documento.

A primeira questão que apresenta o testamento vital é a de sua própria denominação. Foi dito, por exemplo, que estamos lidando com uma figura que não é um testamento nem faz sentido aplicar o termo vital a ele. Não seria um testamento porque pressupõe uma disposição de seus efeitos por um momento após a morte, não pelo momento necessariamente anterior que representa o tratamento da saúde da pessoa afetada ou sua eventual retirada. E o qualificador vital também não seria aplicável porque não é estritamente um documento sobre a vida, mas sobre questões relacionadas à saúde em situações de incapacidade do sujeito para expressar sua vontade a esse respeito (BERROCAL LANZAROT - ABELLÁN SALORT, 2009). Neste sentido, são propostos nomes alternativos de instruções prévias, ou vontades antecipadas, que encontraram uma ampla aceitação regulatória. Este é o caso das Instruções Prévias no artigo 11 da Lei 41/2002 de 14 de novembro de 2002 que regulamenta a autonomia do paciente e os direitos e obrigações em matéria de informação e documentação clínica. Também não faltam aqueles que diferenciam os casos de inconsciência temporária ou irreversível, nos quais o indivíduo necessita pelo menos de alimentação e hidratação assistida, reservando para o primeiro a denominação de instruções prévias, e propondo o uso da terminologia do testamento vital para os segundos (GARCÍA MOSQUERA - RODRÍGUEZ VAZQUEZ, 2011).

As dúvidas levantadas pela denominação do testamento vital nestes casos nos parecem injustificadas pela expressividade evidente do mesmo. É verdade que o testamento vital gera seus efeitos durante a vida do paciente, mas é num momento de sua vida em que ele já perdeu sua capacidade de expressar sua vontade, ou seja, num momento em que o potencial do indivíduo para expressar o que o próprio documento expressaria já morreu. E o qualificador vital viria a qualificar precisamente que não nos encontramos diante de uma vontade no sentido técnico legal da expressão, mas antes de uma declaração pela qual o indivíduo dispõe da forma como deve operar com respeito ao bem precioso que sua saúde representa, uma vez eliminada sua capacidade de expressar sua vontade a este respeito, sua existência física, no entanto, persiste.

Seria assim uma questão de revitalizar a ideia de autonomia como governo da própria vida mesmo após a morte, da própria capacidade de expressão, da própria

vontade sobre o assunto. Neste sentido, o termo testamento vital é certamente apropriado. Além disso, os nomes alternativos de instruções prévias ou vontades antecipadas são pouco precisos, pois não se referem à esfera precisa na qual essas instruções ou vontades⁴ devem governar, circunstância que não ocorre no caso do testamento vital, por si só expressiva tanto da natureza quanto do escopo de referência do documento.

3. A DISPONIBILIDADE DA VIDA COMO PRESUPOSTO

A vida é comumente entendida como um valor relevante. Mas também a liberdade é um valor relevante. O problema surge quando o valor que representa a liberdade é usado para destruir o valor da vida. E é um problema crucial porque uma vez destruída, não há possibilidade de regenerar a vida destruída. Neste sentido, a disponibilidade da vida desempenha o papel de uma cláusula de irreversibilidade no exercício da autonomia individual que supõe sua eliminação (MIRAUT MARTÍN, 2014). A questão é, portanto, colocada em termos de uma colisão entre dois valores incompatíveis. A solução envolve antes de tudo considerar que tipo de valor a vida representa em termos concretos.

Ronald Dworkin identificou três sentidos diferentes nos quais um objeto pode ser considerado valioso. Ele pode representar um valor para uma determinada pessoa ou para uma comunidade de pessoas que pretendem aplicá-lo. Também pode representar um valor instrumental, como um meio ideal e, em alguns casos, indispensável para a realização de um determinado objetivo. E pode finalmente representar um valor objetivo no sentido de valor em si mesmo além da relevância que outros membros do grupo social podem atribuir a ele como tal. Às vezes o mesmo objeto pode representar um valor em mais de um dos sentidos referidos (DWORKIN, 1994). Mas em qualquer caso, é sempre conveniente ter em mente os três significados para poder suscitar em seus justos termos qualquer conflito axiológico.

Se projetarmos esta distinção de Dworkin na análise do valor da vida, veremos que isto pode ser entendido como uma entidade valiosa, em princípio, nos três sentidos indicados. Por um lado, parece claro que os indivíduos atribuem um valor subjetivo à

⁴ Este é um problema que obviamente não surge quando a denominação está localizada em uma disposição normativa porque, nesse caso, é a própria disposição normativa que se refere ao escopo de referência da expressão. O problema é quando se trata de transferir uma denominação que faz todo o sentido na linguagem normativa para uma linguagem doutrinária ou teórica na qual seu campo de aplicação não é definido com precisão de antemão.

sua vida a ponto de considerá-la como um direito fundamental, expressão das exigências inerentes à sua dignidade pessoal. Por outro lado, a vida também pode ser entendida como um valor instrumental, um meio para atingir outros objetivos. A identificação feita pelo Tribunal Constitucional espanhol ao entender a vida como um pressuposto da possibilidade de existência da propriedade dos bens do sujeito⁵ é expressiva deste segundo significado. Há também aqueles que reconhecem a vida como algo intrinsecamente valioso, algo cujo valor é projetado por si mesmo independentemente do valor que possa representar para cada sujeito em particular ou de sua condição como um instrumento valioso para a consecução de um fim específico.

Este último significado da palavra valor costuma depender de uma determinada condição, como, por exemplo, profissões religiosas de fé ou o reconhecimento da função social da vida, mas se manifesta, até certo ponto, intuitivamente nas consciências individuais. Além disso, este mesmo valor intrínseco geralmente se manifesta em um acordo geral sobre o assunto, mas os dois níveis devem, em princípio, ser mantidos separados: acordo sobre o reconhecimento do que a vida representa como um valor supostamente objetivo é uma coisa, e a sensação de que a vida de cada indivíduo representa algo valioso para ele mesmo é outra bem diferente.

Estes três significados do valor que a vida pode representar não são de forma alguma exclusivos. Pelo contrário, é muito comum que aqueles que assumem o valor subjetivo da vida, defendendo-o como um direito fundamental de cada indivíduo, coincidam em atribuir-lhe um valor intrínseco, muitas vezes de caráter intuitivo e até certo ponto indefinido, e apreciem seu valor instrumental, como um meio indispensável, um pressuposto lógico, para a titularidade de outros direitos individuais, pois sem a vida não há possibilidade de titularidade de direitos. Não há nada que se oponha a esta abordagem.

O problema surge quando se tenta transferir de um plano para outro o valor que a vida representa, argumentando que sua condição de pressuposto lógico dos direitos eleva a vida à condição de direito fundamental. E o fato é que quando o consideramos como um pressuposto lógico estamos deixando a concepção da vida como uma entidade subjetivamente valiosa, como um direito fundamental, em suma, de nos colocarmos no plano da vida como uma entidade valiosa do ponto de vista

⁵ STC 53/1985, 11 de abril de 1985, sobre o recurso de inconstitucionalidade do projeto de Lei Orgânica introduzindo um artigo 417 bis no Código Penal (descriminalização parcial do aborto).

instrumental. São planos diferentes que não devem ser confundidos, como também é o plano de valor intrínseco. Neste sentido, Alfonso Ruíz Miguel está certo quando aponta que "o fato de que algo é uma suposição ontológica ou factual de algo mais não o torna necessariamente mais valioso que essa outra coisa" (RUÍZ MIGUEL, 2010). Em um sentido parcialmente coincidente, Ricardo Chueca Rodríguez, aponta que "de acordo com um clichê e uma argumentação falsa como generalização, a vida é um pressuposto para a lei". Daí se deduz que o direito à vida é, de alguma forma, o primeiro dos direitos. No entanto, esta afirmação é falsa mesmo em nível ético se levarmos em conta aquelas crenças que consideram um valor superior dar a vida por elas" (CHUECA RODRÍGUEZ, 2009).

O direito à vida não perde seu status de direito subjetivo, pois a vida representa um valor instrumental de enorme importância. O direito subjetivo à vida pode ser oposto ao valor instrumental ou ao valor intrínseco da vida, mas o que não faz sentido é desnaturalizar sua função como direito subjetivo porque a vida tem outras dimensões igualmente valiosas. Gonzalo Arruego Rodríguez denunciou este deslizamento conceitual injustificado. Assim, depois de qualificar como "problemática" a concepção do significado da natureza objetiva dos direitos fundamentais, ele assinala que "de acordo com seu aspecto objetivo, sua natureza se transforma e de serem direitos principalmente subjetivos, eles são convertidos em instituições, bens ou valores aos quais é atribuído um determinado conteúdo e a cujo cumprimento o aspecto subjetivo e a ação dos poderes públicos estão subordinados" (ARRUEGO RODRÍGUEZ, 2008). É, porém, uma transformação ilegítima: "os direitos fundamentais são sobretudo direitos subjetivos sem que esta natureza seja manchada pelo fato de reconhecer que constituem um compromisso de valor e um compromisso especial do constitucionalismo democrático [...] não muda sua natureza, que permanece essencialmente inalterada e sobre a qual se projeta sua dimensão objetiva, que busca apenas garantir sua validade efetiva dentro da comunidade como o que realmente são, direitos subjetivos" (ARRUEGO RODRÍGUEZ, 2008).

O importante é ter em mente que este reconhecimento do direito à vida abre de par em par a porta para a disponibilidade da vida por parte de seu titular. E o fato é que não importa quanta carga objetiva seja atribuída ao direito subjetivo, isto sempre supõe a possibilidade de impor um certo comportamento a outros, e não a si mesmo. O oposto significaria considerar o mesmo indivíduo como sujeito ativo e passivo do direito

em questão. Argumentar a favor da indisponibilidade da própria vida implica, inevitavelmente, deixar o caminho dos direitos subjetivos.

Isto não levaria necessariamente à opção pela disponibilidade da vida, pois também é possível que o direito subjetivo à vida seja oposto às outras dimensões da vida. E que o resultado da ponderação leve a sacrificar o valor subjetivo da vida. Mas neste ponto não parece que o valor instrumental represente a melhor opção para justificar a indisponibilidade justamente por sua condição de instrumento destinado a sustentar a possibilidade lógica da existência do direito subjetivo à vida, juntamente com a dos outros direitos subjetivos do indivíduo, que é precisamente o que lhe permite impor aos outros uma atitude pelo menos passiva diante de sua decisão de prescindir dele.

O caso do valor objetivo da vida é diferente. Aqui, em princípio, uma certa limitação do direito subjetivo poderia ser justificada, o que certamente poderia derivar na interdição da disponibilidade. Mas isso exigiria uma prova prévia da consistência desse valor. Um candidato a tais efeitos probatórios seria o registro hipotético de um reconhecimento generalizado desse valor por todos, pois pareceria exagerado pensar em uma coincidência absoluta no reconhecimento de algo se, no momento da verdade, algo, que neste caso é o valor objetivo, não existe. Este é um argumento que deve ser descartado. Primeiro porque não existe esse reconhecimento absoluto; pelo contrário, há muitos que não reconhecem nenhum valor na vida. E aqueles que o reconhecem, que certamente são a maioria, o identificam com a dimensão subjetiva, ou seja, geralmente o percebem como um direito subjetivo à vida. Ou seja, eles o reconhecem precisamente nos termos que, se não houvesse outro valor que o enfrentasse, legitimaria a disponibilidade da vida.

Outro candidato seria a consideração do valor social da vida. Mas isto exigiria uma supervalorização do aspecto social da existência humana, o que ainda não foi demonstrado em uma sociedade que tende cada vez mais a enfatizar a dimensão individual da pessoa como um ser valioso em si mesmo. Nem poderia ser admitido o argumento religioso que priva diretamente o indivíduo de qualquer direito ao entender que a vida nos é dada por Deus que, como tal, é o Criador que detém o domínio sobre a vida de cada ser. Este domínio é logicamente incompatível com o reconhecimento da propriedade alternativa daquele que sustenta o suporte básico da vida.

A impossibilidade de justificar razoavelmente o valor intrínseco da vida nos

permitirá presumir a plena validade do direito subjetivo à vida. É a única das opções interpretativas em relação ao valor da vida que aceita diretamente sua disponibilidade. Entretanto, esta é uma consideração que só pode ser ativada com a máxima cautela. Embora não haja uma demonstração definitiva deste valor intrínseco, as muitas opiniões pessoais que o sustentam representam indicações relevantes a serem levadas em conta. Indicações que não permitem, entretanto, deslegitimar até agora o amplo reconhecimento do valor da vida como um direito. Com todas as consequências inerentes a esse mesmo reconhecimento como um direito subjetivo.

Não haveria objeção, portanto, em princípio, à identificação do testamento vital como um documento que permite o exercício da liberdade individual também como liberdade de dispor de sua própria vida.

4. OS SUJEITOS DO TESTAMENTO VITAL

A caracterização do testamento vital como um documento que expressa a vontade autônoma da pessoa que a assina requer antes de tudo verificar que a vontade expressa pelo signatário é realmente livre, que o sujeito não foi condicionado por pressões externas intransponíveis e que ele tem maturidade suficiente para conhecer e compreender o alcance e as consequências do que está expresso no documento. Este é um problema crucial que deve ser tratado com o máximo cuidado. A importância dos bens em jogo exige salvaguardas extremas neste ponto.

Uma análise rigorosa da questão exigiria levar em consideração em cada caso a situação particular de cada indivíduo no momento da assinatura. O que é certo é que estamos todos, em maior ou menor grau, condicionados em nossas opiniões e decisões, mesmo em assuntos que, em princípio, parecem dizer respeito exclusivamente a nossos próprios interesses. As posições contra dar validade à vontade dos vivos são geralmente baseadas nesta ideia. Por um lado, a importância do valor que para cada indivíduo representa sua vida e a preservação de sua própria saúde torna inimaginável para eles que alguém queira, se não pressionado por outros ou por uma circunstância que lança dúvidas sobre sua real capacidade, dispensar o julgamento que representa a autoridade do médico ao decidir como seus problemas de saúde devem ser tratados. E por outro lado, teríamos que descartar como impossível aquela suposição que representa as situações que dizem exclusivamente respeito aos interesses da pessoa que subscreve o documento, pois todos nós

vivemos em um ambiente que dá um alcance social às nossas decisões, havendo sempre sujeitos interessados em que sejam de um ou outro signo ou se lhes é dado ou não um efeito executivo.

O julgamento sobre a condicionalidade da vontade expressa no documento é obviamente uma questão em aberto, assim como o julgamento sobre a condicionalidade de qualquer outra expressão da vontade individual. Mas isto não pode resultar em uma total desativação da força del testamento vital como expressão da autonomia individual. Mesmo que seja uma autonomia condicionada, pode ser preferível dar-lhe eficácia do que deixar nas mãos de um sujeito alheio, mesmo que seja um sujeito com competência profissional na área da saúde, as decisões a serem tomadas com respeito a nossos interesses mais imediatos.

Nem a preservação da vida e da saúde a qualquer custo pode ser considerada um valor que cada indivíduo deve considerar primordial, preferencialmente a qualquer outro, em todas as circunstâncias possíveis, porque as experiências vividas e as previsões do futuro poderiam explicar perfeitamente uma decisão que colocaria o que cada indivíduo considera qualidade de vida antes da mera preservação do substrato físico da vida. O problema é, então, determinar qual é o nível de condicionalidade da vontade que justifica privar a vontade expressa no testamento vital de seus efeitos. Logicamente, o suposto do testamento vital subscrito sob coação física ou ameaça é descartado. A hipotética prova de sua existência provocaria simplesmente a nulidade do documento em questão.

O problema está assim circunscrito ao caso da condicionalidade psicológica. E neste ponto os casos são enormemente complexos porque a condicionalidade da vontade não depende apenas da pretensão que outros possam ter a este respeito, mas sobretudo da força psicológica do sujeito que expressa sua vontade, de sua maturidade para construir uma decisão firme avaliando suas vantagens e desvantagens sem ser sobrecarregado pelas opiniões dos outros. Esta firmeza de vontade certamente não é idêntica em todos os indivíduos. Portanto, é necessária uma certa objetividade, que dependerá, em última instância, da idade e da capacidade legal do sujeito.

A exigência do requisito da idade é relevante porque nos primeiros anos de nossa vida estamos todos inevitavelmente condicionados pelo ambiente familiar que nos cerca. A possível adesão dos pais a certas crenças religiosas ou ideológicas

corre o risco de influenciar em grande medida as opiniões e decisões de seus filhos. E isto é verdade mesmo nos casos em que não há tal vontade por parte dos pais para influenciar. Isto explica por que nos primeiros anos de vida, e mesmo depois, existe uma espécie de sucessão nos credos ideológicos e religiosos da família, mesmo quando estes podem ter um valor relativo à preservação da saúde e são em grande parte rejeitados na comunidade social. A exigência de ter idade legal para poder assinar um testamento vital é explicada porque é a mesma idade que a sociedade considerou como expressão do fato de que o sujeito tem maturidade suficiente para agir por conta própria sem comprometer seus próprios interesses ou os de outras pessoas. O próprio valor objetivo que a saúde representa nos obriga a ser muito restritivos a este respeito.

A possibilidade de antecipar a idade para a assinatura válida de um documento de instruções prévias para menores suficientemente maduros é uma questão que tem dado origem a um amplo debate doutrinário. As opiniões a favor disto são geralmente apresentadas como sendo a favor ou respeitando a autonomia do menor, argumentando que o tratamento nestes casos não deve ser diferente daquele dado ao menor na regulamentação do consentimento livre e esclarecido, pois o hipotético direito de afirmar o testamento vital "o anverso do direito do menor de consentir com o tratamento vital" (BERROCAL LANZAROT - ABELLÁN SALORT, 2009). Duas considerações devem ser feitas a este respeito. Por um lado, não devemos necessariamente aceitar como indiscutível a regulamentação estabelecida por um determinado sistema jurídico. O que é relevante nas decisões sobre saúde é o consentimento autônomo do sujeito, que obviamente não será possível sem a devida informação, mas esta autonomia não é garantida simplesmente dando uma voz ao menor, mas assegurando que esta voz seja efetivamente sua própria e que não seja mediada por outros, fundamentalmente que não seja mediada pelo grupo familiar. Entretanto, quando o que é proposto é um tratamento que, mesmo com seus possíveis riscos, é indicado pelo serviço médico, sua aceitação pode ser presumida até certo ponto como um exercício específico de autonomia, sem que isso prejudique a validade do princípio geral de proteção da saúde do indivíduo, mesmo contra sua vontade, até atingir a idade que o próprio sistema jurídico considera indicativa de sua maturidade, reconhecendo os efeitos de suas decisões para si e para o resto da sociedade. Justifica-se neste sentido - esta é a segunda consideração - que o sistema

jurídico exija uma exigência maior quando a vontade expressa nas instruções prévias representa um exercício concreto de disposição sobre a própria vida (PARRA LUCÁN, 2003).

A tradução da disponibilidade da vida como exercício concreto do direito à vida deve trazer como consequência necessária a mais estrita consideração dos requisitos de capacidade que demonstram a competência do sujeito. Parece-nos injustificada a atitude daqueles que fingem defender a autonomia do indivíduo avançando a idade para governar a si mesmo em assuntos relativos à sua saúde e depois quebrar a validade do princípio de autonomia se a preservação da vida estiver em jogo. A disponibilidade total da própria vida nas condições exigidas pela vontade de viver deve ser reconhecida para aqueles que têm uma competência indubitável para governar a si mesmos. E em casos de dúvida, o princípio da preservação da vida deve ser aplicado sem concessões. Neste ponto, a minoria de idade representa um claro caso de dúvida, e qualquer tipo de presunção está, portanto, deslocada, assim como nos casos de incapacidade legal. Neste sentido, a exigência do artigo 11 da Lei 41/2002, de 14 de novembro de 2002, que regulamenta a autonomia do paciente e os direitos e obrigações de informação e documentação clínica, de que o documento seja assinado por uma pessoa de idade legal, livre e capaz, nos parece inteiramente razoável.

Um caso diferente é o da incapacitação do sujeito em um momento posterior à assinatura do documento. Neste tipo de caso, não é a natureza livre e autônoma da assinatura do documento que está em questão, mas sim a sobrevivência dessa vontade para além do momento da assinatura. Em condições normais, a natureza revogável do documento assinado nos permite presumir que, enquanto não houver uma revogação efetiva, a vontade do sujeito permanece em vigor. Mas quando o indivíduo incorre em uma situação de incapacidade subsequente, deve ser entendido que a possibilidade de expressar a mudança de vontade através da revogação desaparece. A inexistência de revogação não será expressiva de nada neste sentido. Evidentemente, também não seria a revogação porque não teria a presunção de racionalidade que é reconhecida ao sujeito capaz. Mas isto não significa que o testamento vital concedido no momento da plena capacidade deva ser entendida como estando em vigor, pois uma vez perdida a capacidade, qualquer decisão relativa à própria saúde do indivíduo que possa ser adotada pelo indivíduo deve ser entendida

como não tendo nenhum efeito legal. A perda de capacidade arrastaria como critério geral a não aplicação do documento do testamento vital assinado antes dele. Dizemos como critério geral porque é necessário se qualificar a este respeito.

A assunção sem mais delongas da perda de capacidade como causa de sua inaplicabilidade acabaria privando ao próprio testamento vital de sentido, pois representa um documento concebido para cumprir a vontade do assinante uma vez que ele tenha chegado a uma situação em que ele não pode expressar pessoalmente sua vontade. E deve ser entendido que esta perda da possibilidade de expressar pessoalmente a própria vontade é geralmente expressiva da ausência de capacidade do indivíduo. O problema é então como tornar a garantia necessária da presença da vontade expressa no momento compatível com a plena eficácia do significado do testamento vital. Uma solução possível seria restringir a aplicabilidade do testamento vital aos casos em que a incapacidade superveniente é uma consequência direta da situação de doença prevista no testamento vital ou do que poderia ser considerado a deterioração natural da saúde. Parece-nos, entretanto, uma solução insatisfatória devido à dificuldade de discernimento em que casos se pode entender que a incapacidade do sujeito é previsível para o sujeito devido à sua natureza natural ou porque é causada por uma situação patológica específica. Acreditamos que também aqui é conveniente recorrer a uma regra objetivável.

Em nossa opinião, o critério que nos permitiria inferir que a vontade do assinante do testamento vital permanece em vigor é a exigência de ratificá-la de tempos em tempos. Quando uma pessoa ratifica a vontade expressa na ocasião no testamento vital, não pode haver dúvidas sobre a continuidade de sua vontade em relação ao cuidado e tratamento de sua saúde a ser aplicado a ela. Esta exigência de ratificação poderia certamente ser considerada exagerada por aqueles que são muito claros sobre o assunto. Mas é o preço a pagar para garantir a correspondência entre a vontade do sujeito e o tratamento aplicado a ele. Parece-nos que devemos ser muito cuidadosos a este respeito, entre outras coisas porque não se pode descartar que aqueles que hoje têm uma ideia muito clara sobre como querem que seus cuidados de saúde procedam quando não conseguem expressar pessoalmente sua vontade possam mudar de ideia no momento crucial. A pessoa que assinou o documento de instruções prévias pode não ser a mesma no momento de sua aplicação, pois seu próprio substrato corporal pode abrigar uma personalidade

diferente, com valores diferentes e uma interpretação diferente da realidade. A vida é uma continuidade sometida a uma miríade de experiências que fazem mudanças substanciais nas formas de pensar e de lidar com situações difíceis imprevisíveis. O processo de amadurecimento dos indivíduos muitas vezes representa uma transição de uma situação inicial específica para outras que moldam uma situação que é, em certa medida, diferente. É verdade que às vezes essas mudanças se traduzem em diferenças de nuances que não afetam a essência da personalidade do sujeito. Mas também não devemos excluir a suposição oposta.

Além disso, acreditamos que quando a vontade expressa pelo indivíduo até o último momento contrasta com as atitudes daqueles que perderam sua capacidade como consequência direta de sua doença ou da deterioração natural que acompanha a idade, a vontade expressa no testamento vital deve ser posta de lado. A este respeito, pouco importa se é um testamento ratificado periodicamente por sucessivas assinaturas de vontades antecipadas, se o testamento expresso no documento é o mais coerente possível com a forma de proceder do indivíduo em sua jornada de vida, ou se a última ratificação de seu testamento ocorreu na plena consciência de que ele estava prestes a perder sua capacidade. O serviço médico deve respeitar a vontade do indivíduo. O testamento vital é um documento indicativo disso. Mas não é o único. Se não houver outras indicações contrastantes, a vontade expressa no testamento vital deve ser respeitada. Entretanto, a legitimidade da objeção de consciência do médico de proceder com uma intervenção em benefício da saúde contrária às disposições do documento de instruções prévias nos casos em que o paciente está inconsciente foi por vezes aduzida (SÁNCHEZ-CARO - ABELLÁN, 2006)⁶.

Mas a presença destes sinais, por exemplo, na alegria de viver, na expressão de planos para o futuro etc., deve levar a uma resposta diferente. E em caso de dúvida, optar pela melhor solução para a proteção da saúde. Neste sentido, a vontade autônoma do sujeito consciente que realiza uma avaliação racional de sua situação deve ser tão respeitável quanto a da pessoa que não tem essa capacidade de racionalização em absoluto. Porque a vontade e a vida desses diferentes indivíduos aninhados no mesmo substrato corporal não devem ser discriminadas em seu valor.

⁶ Esta é uma opinião discutível em nossa opinião porque a perda de consciência do paciente não só não é uma indicação da vontade de viver, mas elimina até mesmo qualquer possibilidade da presença de tais indicações. Seria uma questão diferente se esses sinais tivessem se manifestado, mesmo de maneira leve e imprecisa, em um momento anterior à situação de inconsciência.

É comum nos regulamentos sobre instruções prévias prever a nomeação de um representante. É o caso do sistema jurídico espanhol, que prevê no artigo 11.1 da Lei 41/2002 que "o concedente do documento também pode nomear um representante para atuar, se necessário, como seu interlocutor junto à equipe médica ou à equipe de saúde para garantir o cumprimento das instruções prévias". Este é um instrumento que ajuda a avaliar melhor os desejos do paciente. Um instrumento que, entretanto, não pode simplesmente substituir a vontade expressa no documento em questão. Andrés Domínguez Luelmo tem razão quando aponta sobre este ponto que a figura do representante "não pode simplesmente expressar uma vontade não expressa no documento pelo paciente, mas simplesmente esclarecer que dependerá das diferentes circunstâncias em que o paciente pode se encontrar quando não pode expressá-la pessoalmente; em outras palavras, deve sempre haver instruções prévias que, se necessário, podem ser adaptadas a essas circunstâncias pelo representante dentro das margens estabelecidas pelo próprio paciente; o que não é possível é nomear um representante para decidir no lugar do paciente" (DOMÍNGUEZ LUELMO, 2007).

De fato, é aconselhável ter cuidado contra a solução fácil de se esconder atrás da opinião do representante, a fim de evitar a investigação concreta da vontade do sujeito. Não faltam os que argumentam contra, assumindo a consideração da representação como "poder de substituição" estabelecido para o caso que é impossível realizar a vontade do concedente (GONZÁLEZ MORÁN, 2008). Acreditamos que esta é uma falsa suposição, pois sempre será possível rastreá-la analisando as indicações existentes a este respeito. A opinião do representante será uma indicação relevante, mas não a única. Neste sentido, em nossa opinião, é inapropriado qualificar a representação como um poder de substituição.

Nem é razoável, entretanto, esconder-se atrás da letra da lei para evitar levar em consideração a figura do representante. Sua opinião não é de forma alguma um elemento insignificante que pode contribuir para obter uma ideia mais precisa do que o paciente desejou expressar no documento diretivo antecipado. É claro que levá-lo em consideração torna o processo de determinação dos desejos do paciente ainda mais complexo. Uma das maiores objeções à aplicação do testamento vital é que, por sua própria natureza, ele se destina a serviços médicos, ou seja, a um corpo de profissionais que não são nada especializados na interpretação de textos jurídicos,

nem mesmo familiarizados com ela (ARA PINILLA, 2013). Se agora acrescentarmos como instrumento de interpretação um elemento cuja proximidade com o concedente admite diferentes níveis, sendo assim obrigado a pronunciar-se sobre a vontade do paciente em uma situação configurada em um contexto que em princípio lhe é estranho, como o contexto da saúde, é compreensível que tenha sido dito que "as normas que regem este assunto, longe de aliviar a responsabilidade ética do médico, aumentam-na" (DOMÍNGUEZ LUELMO, 2007). Sobre este ponto, Luís González Morán tem razão quando assinala que a configuração do representante no caso de instruções prévias acrescenta à dificuldade inerente de representação a "dificuldade complementar gerada pelo assunto específico da ação", no sentido de que "geralmente, a representação voluntária é dada para a gestão dos negócios, assuntos, mas aqui a representação concedida é sobre a saúde e a vida do principal" (GONZÁLEZ MORÁN, 2008).

A consideração do representante como um instrumento de ajuda para a interpretação da vontade do paciente representa em última análise um instrumento introduzido pelo concedente do documento que não pode, no entanto, ser avaliado com os critérios comuns à interpretação autorizada em lei. No caso da interpretação autorizada, é sempre possível para o órgão que emitiu a disposição, deslegitimar a interpretação dada pelo órgão autorizado, fazendo assim com que a interpretação autêntica prevaleça sobre a interpretação autorizada.

Pelo contrário, no caso de um testamento vital, não há espaço para qualquer tipo de interpretação autêntica porque o concedente do documento não está mais em condições de se pronunciar sobre ele. Esta é uma razão importante para deixar a interpretação do representante na posição relativa que lhe corresponde, sem lhe atribuir em nenhum caso um caráter determinante, como mais um instrumento para a dedução da vontade do paciente. Um instrumento que adquirirá tanto mais valor quanto mais informado e menos mediatizado for ao servir como interlocutor do serviço médico (DOMÍNGUEZ LUELMO, 2007).

Evidentemente, o conhecimento da vontade do paciente seria um pouco mais garantido se o representante tivesse participado junto com o concedente no processo de deliberação que precede o depósito do documento de instruções prévias (GONZÁLEZ MORÁN, 2008). Não estaríamos então diante de uma interpretação autêntica do documento, ainda seria uma interpretação autorizada porque o único

autor do texto ainda é o concedente, mas o representante estaria em melhor posição para decifrar o significado real do que é expresso nele.

Na medida em que constitui mais um elemento, entre outros, para a interpretação da vontade do cedente, entendemos que a situação de incapacidade superveniente na qual o agente pode incorrer não implica em si mesma a revogação da nomeação do agente (DOMÍNGUEZ LUELMO, 2007), a menos que o cedente do documento tivesse previsto algo mais a este respeito. Por outro lado, Luís González Morán parece inverter o argumento, sugerindo a perda do status de representante no caso de o concedente não ter expressado a manutenção da representação: "Se no documento diretivo antecipado,[...], não tivesse sido previsto e estabelecido que tal representação seria mantida, mesmo no caso de uma hipotética incapacidade, mesmo que o guardião nomeado fosse diferente do representante, esta representação subsistiria, pois é uma atribuição específica" (GONZÁLEZ MORÁN, 2008).

Esta última pode, de fato, continuar a fornecer informações úteis a este respeito, mesmo quando se trata de informações que, precisamente porque vêm de alguém que perdeu sua capacidade, devem ser levadas em consideração com a máxima cautela. E mesmo quando isso implica em uma complexidade adicional ao trabalho interpretativo do testamento vital. A complexidade da análise dos dados não pode justificar sua não-consideração. Ele deve se aplicar à possível nomeação de vários representantes que podem expressar opiniões diferentes sobre o assunto. Quanto mais pessoas contribuem para esclarecer a vontade do cedente no caso em questão, mais aumenta o senso de garantia que deve rodear a intervenção da figura do representante. Embora possa ser considerado desaconselhável do ponto de vista prático (DOMÍNGUEZ LUELMO, 2007), a visão do cedente neste sentido é uma demonstração evidente de sua racionalidade. E mais um motivo, portanto, para ser respeitoso com os desenhos de sua vontade.

Em qualquer caso, vale a pena observar que a necessidade de realizar a vontade do paciente expressa no testamento vital é, em princípio, compatível com a abertura de uma certa margem de objeção de consciência que poderia ser levantada pelos médicos que teriam que realizar o conteúdo do documento. No final das contas, o que importa é que a vontade expressa nele seja realmente realizada, independentemente de quem esteja encarregado de realizar a tarefa. Portanto, é

razoável encontrar maneiras de os profissionais de saúde se desligarem de um processo que pode forçá-los a se separar do que muitos consideram ser o princípio não-derrogável de sua profissão e vocação. Forçar os profissionais de saúde a limitar seu esforço terapêutico também é uma grande frustração de sua personalidade. E em situações críticas pode gerar uma frustração insuportável. A possibilidade de levantar objeção de consciência à execução de um programa que alguns poderiam considerar incompatível com seus princípios também é um sinal de respeito à autonomia neste caso de profissionais de saúde. Os sistemas jurídicos que a contemplam merecem uma avaliação favorável neste sentido. Mas o valor indiscutível que a autonomia individual do profissional de saúde representa, como evidenciado pela possibilidade de levantar objeção de consciência a este respeito, não pode resultar no não cumprimento do mandato que o testamento vital representa para o serviço de saúde. O serviço de saúde deve ser estruturado de modo a garantir a execução da vontade do paciente expressa no testamento vital, afetando o menos possível os princípios éticos dos profissionais envolvidos. Afinal, é responsabilidade do serviço de saúde em geral e não de cada um dos profissionais que o compõem para garantir a eficácia do testamento vital em um universo que é inequivocamente plural do ponto de vista moral.

5. O CONTEÚDO DO DOCUMENTO

Em princípio, o testamento vital admite conteúdos de natureza diferente porque pode aceitar as declarações do concedente a respeito dos cuidados ou tratamento de sua saúde caso ele não seja mais capaz de expressar pessoalmente sua vontade, bem como o destino a ser dado ao seu corpo ou seus órgãos uma vez consumada a morte. A grande diferença entre os dois conteúdos é que o primeiro é chamado a agir durante a vida do concedente, enquanto o segundo o faz quando o suporte vital já desapareceu. Vamos concentrar nossa análise no primeiro caso, que é o que coloca o dilema crucial da escolha entre a preservação da vida que o serviço de saúde poderia tentar e a liberdade do paciente de dispor livremente dela. Não é que o caso das vontades antecipadas relativas ao uso do corpo ou órgãos após a morte do concedente seja desprovido de implicações éticas, mas estas serão evidentemente menos do que as colocadas pelo dilema entre vida e liberdade. Ou pelo menos eles não serão criados com o mesmo drama para o serviço de saúde que entende a manutenção da saúde do

paciente como uma competência inerente à sua função.

É muito comum nos sistemas jurídicos o aviso de que instruções contrárias ao sistema jurídico, à *lex artis* ou aquelas que não correspondem à suposição factual prevista pelo concedente no momento de sua manifestação não serão aplicáveis⁷. A relevância da menção destes casos é óbvia, pois eles estão abrindo o caminho para uma exceção ao princípio geral de autonomia individual representada pelo testamento vital. Em qualquer caso, são casos de natureza diferente. Vamos agora proceder à análise de sua possível justificativa separadamente.

A previsão da inaplicabilidade de instruções prévias contrárias ao sistema jurídico provavelmente tem seu significado na ideia de não minar a autoridade da lei em vigor com a expressão continuada de vontades contrárias a ela que se pretendem afirmar contra a decisão legislativa. Alguns têm alegadas razões de segurança jurídica para justificar esta cláusula proibitiva. É o caso de Ana María Marcos del Cano, que, diante da hipótese de aceitação de disposições contrárias ao sistema jurídico no caso de este último poder admiti-las no futuro, sustenta que: "Teríamos que procurar o mecanismo apropriado para que ele pudesse ser estendido de acordo com possíveis modificações legais posteriores, mas nenhuma cláusula contrária à lei em vigor poderia ser incluída".

Com este raciocínio, poderíamos permitir qualquer suposição em nome do que pode ser a lei no futuro e isso violaria um princípio básico no funcionamento da lei, a segurança jurídica" (MARCOS DEL CANO, 2013). Não vemos, entretanto, como a segurança jurídica pode, em princípio, ser seriamente afetada quando o que rege a decisão do serviço médico não será a cláusula contrária ao sistema jurídico, mas inequivocamente a lei em vigor. De fato, foi dito, com razão, em nossa opinião, que ao estabelecer a não aplicação de instruções prévias contrárias ao sistema jurídico, como por exemplo previsto no Artigo 11. 3 da Lei 41/2002, o legislador não está de fato impossibilitando qualquer tipo de ação do concedente e nem mesmo negando ao documento a própria condição de um documento expressando a vontade do concedente; a única coisa que ele faz é tornar tais cláusulas inaplicáveis (DOMÍNGUEZ LUELMO, 2007) que, além disso, entendemos que seria perfeitamente aplicável uma vez que a modificação do sistema legal que legaliza a ação reivindicada pelo concedente no documento tenha ocorrido.

⁷ Este é, sem ir mais longe, a regulação estabelecida no artigo 11.3 da Lei 41/2002.

Rev. direitos fundam. democ., v. 27, n. 2, p. 158-186, mai./ago. 2022.

<https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v27i22441>

A prevenção de Ana María Marcos poderia, entretanto, fazer sentido do ponto de vista do trabalho do médico, que fica assim liberado da tarefa de verificar a legalidade das diferentes cláusulas contidas no documento. Esta é uma consideração importante, especialmente porque o médico não tem necessariamente que ter conhecimentos técnicos que vão além das especificidades de seu conhecimento profissional, e é um desperdício de energia para ele ser obrigado a desempenhar esta função fora de sua profissão, com o risco, além disso, de que ele possa cometer erros óbvios devido a seu próprio status profissional. Seria conveniente, neste sentido, que o trabalho de controle de legalidade já seja realizado pelo médico. E a melhor maneira de fazer isso é evitar a incorporação de cláusulas contrárias ao sistema legal no documento de instruções prévias desde o início. O médico, obviamente, agiria com maior segurança neste caso.

Mas não se deve esquecer que esta exigência de evitar qualquer cláusula contrária à lei quando o documento é assinado tem um custo em termos do princípio de autonomia, pois não só o paciente é obrigado a se limitar desde o início na expressão do que constitui seus desejos, mas se torna absolutamente impossível que um desejo que possa estar absolutamente de acordo com a lei no momento crucial seja realizado pelo serviço médico. Isto é pela simples razão de que tal vontade não é expressa em nenhum lugar. Concordamos neste ponto com Ignacio Ara Pinilla quando ele assinala que: "É verdade, que a circunstância de que o desempenho da conduta exigida seria às custas de sua futura conformidade com o sistema estabelecido ilude a possibilidade do controle de legalidade que poderia ser realizado preliminarmente pelos funcionários encarregados de viabilizar o documento em questão. Mas esta objeção (que, além disso, seria inútil em sistemas onde a presença de testemunhas é suficiente para a validação do testamento vital) seria facilmente resolvida pela promoção de um controle a posteriori. O pessoal de saúde não teria então razão para argumentar qualquer suposta violação de sua segurança, eles teriam todas as informações que lhes permitiriam saber o que esperar. A segurança jurídica do signatário do documento poderia ser entendida como limitada, pois a formulação de sua vontade não garantiria, pela própria submissão à condição, que ela seria realizada no momento. Mas este é um custo que sem dúvida ele estaria disposto a pagar" (ARA PINILLA, 2013). Além disso, também é possível que a decisão sobre a conformidade ou não conformidade com a lei da cláusula contida no documento seja duvidosa, não sendo esperado neste

ponto que o órgão responsável por realizar o controle da legalidade a priori promova uma interpretação que não pretenda fazer prevalecer o valor da vida (ARA PINILLA, 2013).

A proibição de incorporar cláusulas contrárias à lei terá, portanto, um duplo efeito negativo sobre a autonomia do paciente. Por um lado, ao impedir que no momento da execução do testamento vital, aspectos da vontade do concedente que não contradizem a lei atual possam ser levados em consideração pela razão absurda de ter contradito no passado um regulamento que já foi revogado. Por outro lado, ela promoveria uma interpretação restritiva da lei existente em termos de liberdade. E não oferece nenhuma vantagem em termos de segurança para o médico.

A alternativa de controle a posteriori da legalidade, ou seja, não no momento da assinatura do documento, mas no momento de sua execução, é certamente preferível. É verdade que introduz mais um passo em momentos cruciais do tratamento médico, gerando um certo desconforto para o pessoal de saúde que pode ver como este mesmo tratamento pode ser interrompido enquanto espera por uma resposta precisa às questões de legalidade. Mas o custo desta interrupção é compensado pelo que se ganha em respeito à autonomia do paciente. Além disso, quando a interrupção poderia resultar em danos irreparáveis à saúde do paciente, sempre seria possível desenvolver uma ação médica que limitasse o respeito à autonomia do paciente aos aspectos não controversos, ou seja, aos aspectos que estão claramente de acordo com o sistema legal. Isto certamente significaria limitar o escopo da autonomia do paciente. Mas é ainda mais restritivo quando não está claro quais diretrizes específicas representam os desejos do paciente no caso em questão.

Além disso, esta proibição nem sempre seria muito operativa em sistemas que não condicionam a operacionalidade das vontades antecipadas à sua prévia inclusão em um Registro criado para este fim ou à sua concessão perante um tabelião. Caso contrário, seria impossível realizar este controle prévio da legalidade. Evidentemente, esta exigência formal nestes casos resultaria em uma certa atitude passiva dos indivíduos com relação às possibilidades oferecidas pelo testamento vital. Em suma, em um desenvolvimento menor do princípio da autonomia individual.

A ineficácia das vontades antecipadas contrárias à *lex artis* apresenta algumas dificuldades. O conceito de *lex artis* é inevitavelmente indeterminado em sua projeção sobre os casos específicos que podem ser tratados pelo médico. Sua consideração em

termos de boa prática profissional ou boa prática clínica não resolve muito porque o problema está em sua aplicação às circunstâncias específicas do caso, não em sua definição formal. Em qualquer caso, o conceito de *lex artis* contém dois aspectos diferentes, um de natureza estritamente técnica e o outro de natureza moral. O primeiro não apresenta nenhuma dificuldade. É uma questão de disponibilizar à saúde do paciente todos os esforços e procedimentos que são indicados para sua melhoria. A segunda coloca maiores dificuldades, embora pareça haver um certo acordo no sentido de entender como boa prática médica o evitar o encarceramento terapêutico, as exigências inerentes ao consentimento informado etc. O problema é determinar quando é possível falar de vontades antecipadas contrárias à *lex artis*. Parece claro que a menção da *lex artis* pressupõe algo mais do que simplesmente respeitar o sistema legal, pois caso contrário as disposições contendo a *lex artis* e o sistema legal como critérios para verificar a aplicabilidade das instruções do concedente seriam redundantes. Mas a solução também não pode ser deixada ao entendimento do médico sobre o que o *lex artis* exige que ele faça no caso. Isso significaria tornar inoperante a vontade expressa no testamento vital porque, de qualquer forma, quer houvesse ou não instruções prévias, o médico agiria de acordo com as exigências impostas por sua boa prática profissional.

Nestas circunstâncias, deve ser entendido que a menção de vontades antecipadas contrárias à *lex artis* refere-se inevitavelmente à existência de uma certa modificação dos conhecimentos médicos aplicáveis à doença que não poderia ter sido conhecida pelo concedente no momento da assinatura do testamento vivo. Estaríamos diante de uma "lacuna entre a vontade expressa no documento e as possibilidades que a medicina pode oferecer" (MARCOS DEL CANO, 2013). Assim, o médico se depara com uma expressão de vontade formulada por uma pessoa que é um tanto incompetente para o caso, pois quando o fez não pôde saber da existência de tratamentos que se mostraram plenamente eficazes no tratamento de sua saúde, ou, sem mais delongas, alegou que lhe fosse aplicado um tratamento que, no momento da formulação das vontades antecipadas, não se sabia ter as contraindicações médicas que mais tarde foram demonstradas. Em tais casos, é legítimo que o médico faça uma interpretação contextual da vontade expressa no documento, reformulando-a nos termos em que se supõe que o teria feito se tivesse tido acesso ao conhecimento dos avanços técnicos existentes no momento de sua execução. Isto exige da parte do

médico o esforço louvável de levar em consideração o estado atual da ciência para sua melhor aplicação ao tratamento da saúde do paciente e o estado da ciência no momento da assinatura do documento, a fim de compreender o contexto de conhecimento que levou à formulação das cláusulas contidas no documento.

A exigência de correspondência com o caso previsto pelo concedente no momento de expressar suas vontades antecipadas também apresenta problemas de interpretação, pois é impossível prever antecipadamente a peculiaridade de todas as situações clínicas que possam surgir, especialmente num contexto de permanente evolução do conhecimento médico e biológico. O desejo de circunscrever a aplicação de vontades antecipadas aos termos precisos em que são formuladas pelo concedente levou a uma tendência geral de "evitar analogia contra vita" (BERROCAL LANZAROT - ABELLÁN SALORT, 2009). É razoável que, em caso de dúvida, o valor representado pela vida ou a preservação da saúde seja privilegiado. Mas isto não deve nos levar a negar a execução da vontade formulada no documento quando as regras de lógica e a contextualização necessária de cada situação nos permitem deduzir que o caso a ser tratado é coberto pela menção genérica contida no testamento vital ou tem uma semelhança fundamental com ele porque os elementos que determinam sua diferenciação são acessórios e irrelevantes.

6. AS LIMITAÇÕES DO TESTAMENTO VITAL

Como vimos, a vida exige uma aplicação muito prudente devido à dificuldade de transferir e tornar efetivo no momento crucial um testamento formulado em um momento anterior, com uma distância temporal que às vezes pode ser considerável. Sua incorporação como elemento relevante no tratamento da saúde dos indivíduos é parte da transformação que os princípios éticos que a regulam têm sofrido, desde o inquestionável reinado do princípio da beneficência, que deixou ao médico a determinação da melhor forma de proceder, até a introdução do princípio da autonomia, que é evidente no consentimento informado. Neste sentido, Antonia Nieto Alonso assinala que "supondo que o consentimento informado e o documento de instruções prévias são duas figuras bem diferentes, não é menos verdade que são regidas pelos mesmos princípios, especialmente o do respeito à autonomia do paciente" (NIETO ALONSO, 2008). Na realidade, ela viria a constituir uma espécie de "continuação do consentimento livre e esclarecido para aqueles casos em que o

paciente não tem capacidade" (MARCOS DEL CANO, 2013). Neste sentido, mereceria uma avaliação positiva da consideração geral do princípio de autonomia como expressão fundamental do respeito à dignidade do ser humano e elemento central da regulamentação jurídica nos sistemas democráticos.

Assumindo o valor fundamental da autonomia individual e a intenção de torná-la efetiva com o testamento vital, é necessário analisar, no entanto, se ela pode cumprir efetivamente a função que deve cumprir. E, a este respeito, surgem algumas dúvidas. O primeiro e mais elementar é que estamos diante do paradoxo de uma "manifestação de autonomia do paciente" que supõe um "exercício antecipado" do mesmo (PEMÁN GAVÍN, 2005). É realmente difícil conciliar as ideias da manifestação atual e do exercício antecipado porque o sujeito evolui e pode ter certos valores e uma forma de conceber sua existência e sua vida em geral em um momento ou outro. Não há dúvida de que a assinatura de um testamento vital é uma expressão, um exercício eficaz, da autonomia da pessoa que a assina, mas é mais discutível se ela pode ser considerada um exercício antecipado. Será um exercício atual de autonomia que comprometerá o futuro. O fato de que este compromisso com o futuro visa evitar interferências externas em assuntos que dizem respeito diretamente ao assunto, ligados a um bem tão precioso como a vida e a proteção da saúde, levou a este tipo de formulações que destacam o aspecto libertário do respeito à dignidade pessoal de tais documentos. Mas a distância temporal entre a assinatura do documento e sua execução fará com que seja necessário ser muito escrupuloso na hora de colocá-lo em prática, evitando que, a coberto da autonomia individual, possam ser realizadas ações que não tenham uma base firme na vontade do paciente, uma vontade que, neste tipo de caso, deve necessariamente ser presumida.

Também é difícil saber se o documento apresentado para implementação realmente reflete os últimos desejos da pessoa em questão. Para começar, nem sempre é possível ter certeza de que não se trata de um documento que tenha sido modificado ou revogado posteriormente, pelo menos em sistemas legais que não possuem um sistema de registro obrigatório de diretrizes antecipadas. Sobre este ponto, Isaac Ravetllat Ballesté assinala que "a possibilidade de conceder este documento na presença de testemunhas nos impede de saber o número exato daqueles feitos atualmente e pode ser um obstáculo para que os desejos do paciente sejam atendidos no momento relevante" (RAVETLLAT BALLESTÉ, 2009). Em

resumo, existe o risco de parar esta expressão da autonomia da vontade em um momento que foi ultrapassado e contrariado pela experiência da pessoa em questão. É um risco improvável porque a relevância das questões que são elucidadas com o testamento vital nos faz pensar que o concedente terá tomado cuidado para garantir a possibilidade de sua mudança de vontade. Mas a improbabilidade não a torna menos séria.

Também foi apontado o efeito social perverso que este instrumento pode ter ao negligenciar a atenção à vontade do paciente nos casos em que este último não tenha assinado qualquer tipo de adiantamento. Ignacio Ara Pinilla aponta neste sentido: "A concessão de um testamento vital é uma opção individual". Denota uma vontade manifesta de autodeterminação. Mas não representa nenhuma imposição. Ninguém é obrigado a fazê-lo. O fato de um setor da população decidir utilizar tal instrumento e outro setor, provavelmente muito mais numeroso, abster-se de fazê-lo poderia dar origem à crença de que estes últimos não têm um interesse particular na realização das implicações inerentes à sua autonomia em assuntos relacionados ao seu cuidado com a saúde. A inexistência do testamento vital ofereceria assim ao médico o álibi perfeito para evitar o compromisso que representa a consideração integral do valor da vida como uma encruzilhada de interesses críticos que estrutura uma personalidade singular que não deve ver sua autenticidade minada nos últimos momentos de sua existência" (ARA PINILLA, 2013).

Parece lógico pensar que a não assinatura de um documento de vontades antecipadas não demonstra de forma alguma qualquer renúncia por parte do indivíduo ao respeito que os outros devem a sua dignidade. Mas também não se pode evitar que os médicos, obrigados como estão a executar o documento de vontades antecipadas quando este cumpre os requisitos legais, mesmo contra o que os membros da profissão possam considerar a melhor forma de proceder com o cuidado da saúde, possam vir a assumir isto como uma renúncia implícita do sujeito que lhes permite derramar todo o seu conhecimento técnico sobre o paciente, desconsiderando em grande parte quaisquer outras indicações relativas à sua personalidade e à forma como ele desejaria ser tratado em sua doença.

Evidentemente, quanto mais generalizada for a assinatura deste tipo de documento, maior o risco de desrespeito à dignidade e à suposta vontade daqueles que não o concederam, pois mais forte a ideia de que aqueles que realmente têm

interesse em afirmar sua vontade, mesmo contra critérios médicos, quando não estão mais em condições de expressá-la pessoalmente, farão uso do instrumento de implementação autônoma por excelência que o testamento vital representa. Esta mesma profusão de seu uso, caso ocorresse, viria a demonstrar a suposta naturalidade de seu uso, ignorando o fato de que muitas pessoas não querem sequer considerar o momento de sua incapacidade ou a proximidade de sua morte, ou são indecisas e avessas a enfrentar diretamente os problemas cruciais de sua existência. É por isso que é, em certa medida, saudável não generalizar seu uso. A dicotomia entre a valorização positiva atribuída a ela em geral pela opinião pública e o "escasso sucesso" demonstrado pelo uso reduzido da mesma (MARCOS DEL CANO, 2013) é indicativa da apreciação que os indivíduos geralmente têm por sua autonomia, sem que isso implique que eles estejam necessariamente dispostos a pôr em marcha todos os mecanismos à sua disposição para reiterar à sociedade seu dever de agir de acordo com ela em qualquer circunstância.

A subscrição do documento poderia demonstrar a existência de uma personalidade forte que não se intimida a enfrentar os problemas, por mais difíceis que sejam, e que está disposta a lutar pela liberdade de decisão em assuntos relacionados à sua saúde. Mas isso não significa que aqueles que não têm essa personalidade forte ou que enfrentam a vida de forma mais relaxada tenham menos direito ao respeito por sua identidade. A autonomia de uns é tão importante quanto a de outros. Neste sentido, seria conveniente que a valorização positiva que o testamento vital merece como expressão da autonomia individual fosse acompanhada de uma consciência dos riscos de exclusão que a profusão de seu uso poderia gerar em relação àqueles que optam por não assinar este tipo de documento. E que a ideia de que seu compromisso com a autonomia do paciente é com todos os pacientes, tenham ou não assinado o documento, também deve ser disseminada entre o setor médico e de saúde em geral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O testamento vital é um documento que expressa uma vontade atual do sujeito destinada a se tornar efetiva no futuro. Surgem três problemas fundamentais: a competência efetiva do sujeito no momento da assinatura, a determinação do possível conteúdo do documento e a possível discordância entre a vontade expressa no

documento e as indicações de sua vontade dedutível de sua atividade diária no momento de sua aplicação.

A relevância objetiva da vida e saúde do indivíduo exige a mais estrita consideração dos requisitos de capacidade que denotam a competência do assunto. E em casos de dúvida, o princípio da preservação da vida deve ser aplicado sem concessões.

O conteúdo do documento deve cobrir qualquer disposição, mesmo aquelas que sejam contrárias ao sistema legal, pois nada impede, em princípio, que estejam em conformidade com as normas legais no momento de sua aplicação. Neste sentido, propõe-se que o controle da legalidade seja transferido do momento em que o documento é assinado para o momento de sua implementação. A incorporação da nomeação de um representante pode ajudar a revelar a suposta vontade do signatário nos diferentes casos, dada a pluralidade de nuances que estes podem apresentar.

Em caso de conflito, propomos a prevalência da evidência em favor da presunção de vida sobre a consideração literal do documento quando o sujeito perdeu a consciência de seus atos, assumindo que o mesmo substrato pessoal pode abrigar uma personalidade diferente com o passar do tempo, e que a vontade autônoma do sujeito consciente é tão respeitável quanto a daquele que já perdeu sua capacidade de racionalização. A exigência de ratificação periódica do documento poderia reduzir o problema interpretativo do testamento presente no momento de sua aplicação. Em qualquer caso, deve-se ter o cuidado de garantir que a difusão do uso do testamento vital não leve a um desrespeito pela autonomia daqueles que optam por não fazer uso dela. O testamento vital é uma indicação significativa da vontade individual, mas não é a única.

REFERÊNCIAS

ARA PINILLA, Ignacio, "Los frentes abiertos del testamento vital", In AA.VV. **Estudios de Filosofía del Derecho y Filosofía Política. Homenaje a Alberto Montoro Ballesteros**, Murcia, Editum, 2013, p. 316, 321-322, 326, 330-331.

ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo, "La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de <<urgencia vital>>", **Revista Española de Derecho Constitucional**, núm. 82, janeiro-abril, 2008, p. 78, 79.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel – ABELLÁN SALORT, José Carlos, **Autonomía, libertad y testamentos vitales (Régimen jurídico y publicidad)**, Madrid, Dykinson, 2009, p. 174-175, 177, 185, 254.

CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo, “El marco constitucional del final de la vida”, In **Revista Española de Derecho Constitucional**, núm. 85, janeiro-abril, 2009, p. 116.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Antonio, **Derecho sanitario y responsabilidad médica**, Madrid, Lex Nova, 2007, p. 430, 432, 433, 434-435-436.

DWORKIN, Ronald, **El dominio de la vida**, traducción española de R. Caracciolo y V. Ferreres, Barcelona, Ariel, 1994, págs. 95-96.

GARCÍA MOSQUERA, Marta; RODRÍGUEZ VAZQUEZ, Virxilio, “Valor jurídico de las instrucciones previas en la determinación del consentimiento presunto”, In Ana María López Guizán, Belén Trigo García, Amalia Puga Martínez (Coordinadoras), **La Prestación de Servicios Sanitarios ante los Retos del Siglo XXI**, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, p. 213-214.

GONZÁLEZ MORÁN, Luís, “La figura y la función del representante en la legislación sobre instrucciones previas (Ley 41/2002 y legislación autonómica)”, In Salomé Adroher Biosca; Federico de Montalvo Jääskeläinen, (Diretores), **Los avances del derecho ante los avances de la medicina**, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2008, p. 646, 648, 649, 651.

MARCOS DEL CANO, Ana María, “Las instrucciones previas: su regulación jurídica en España”, In Alberto Palomar Ulmeda – Josefa Lantero Martínez (Direção), **Tratado de Derecho Sanitario, Volumen I**, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, p. 815, 833, 840 845.

MIRAUT MARTÍN, Laura, “El dilema de las cláusulas de irreversibilidad en el ejercicio de la autonomía individual”, In **Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, ano nº 18, nº 31, 2014, p. 103-126.

NIETO ALONSO, Antonia, “El derecho del paciente a ser dueño de su destino: consentimiento informado y documento de instrucciones previas”, In Salomé Adroher Biosca; Federico de Montalvo Jääskeläinen, (Diretores), **Los avances del derecho ante los avances de la medicina**, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2008, p. 696.

PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, In **Aranzadi Civil**, n. 1, 2003, p. 1901-1930.

PEMÁN GAVÍN, Juan María, **Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud**, Granada, Comares, 2005, p. 273.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, “Protección de los mayores”, In Pilar Rivas Vallejo; María D. García Valverde (Directoras), **Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la Salud**, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009, p. 975.

RUÍZ MIGUEL, Alfonso, “Autonomía individual y derecho a la propia muerte”, In **Revista Española de Derecho Constitucional**, núm. 89, maio-agosto, 2010, p. 29.

SÁNCHEZ-CARO, Javier; ABELLÁN, Fernando, **Derechos del médico en la relación clínica**, Granada, Comares, 2006, p. 119.

Recebido em 09/05/2022

Aprovado em 17/05/2022

Received in 09/05/2022

Approved in 17/05/2022