

A VALIDADE DA CLÁUSULA DA ORTOTANÁSIA EM TESTAMENTOS E O DIREITO CONSTITUCIONAL À VIDA

Cleide Alves de Aguiar¹

RESUMO: A ortotanásia, pelo próprio termo etimológico da palavra, significa “morte correta”, caracterizando-se por não prolongar artificialmente o fenômeno da morte diante de um indivíduo que se encontra em um estado de morte avançada ou inevitável. Ocorre que em alguns casos o paciente não pode expressar sua vontade diante do estado avançado de sua doença. Assim, surge a discussão acerca da possibilidade da disposição testamentária quanto a esta opção, como uma forma de exercício pleno do princípio constitucional da dignidade humana e da autonomia da vontade. O testamento vital, como assim é tratado por juristas, possui vícios de validade que impossibilitam a sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro, visto que sua abertura, seu cumprimento e seu registro só se darão após a morte do paciente.

Palavras-chave: ortotanásia; disposição testamentária; autonomia de vontade; dignidade humana.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, necessário ponderar a diferença entre eutanásia e ortotanásia. A primeira antecipa a morte sem sofrimento, enquanto que a segunda tem a ver com o não prolongamento médico para uma vida limitada, buscando a morte como um processo natural.

A eutanásia tem gerado muita discussão social, diante de vários casos estrangeiros com resposta judicial positiva para a prática. É que esta pode ser dividida em três espécies: libertadora, quando a morte abrevia o sofrimento para o paciente incurável; piedosa, se a enfermidade provoca padecimento agudo ao doente e agonia aos parentes, a ponto de sensibilizar a classe médica; e eugênica, que remonta às anteriores ideologias de purificação de raças, em que seres com problemas mentais graves eram eliminados.

¹ Juíza de Direito da 1ª Vara de Sucessões da Comarca de Fortaleza/CE. Concludente do Curso de Especialização em Direito Constitucional pela ESMEC. Prof. Orientador: Me. Flávio José Moreira Gonçalves.

THEMIS

O caso da americana Terri Schiavo, em que seu marido Michael conseguiu autorização judicial para o desligamento da sonda que a alimentava pode ser considerado um exemplo de eutanásia libertadora, visto que a enferma, após uma parada cardíaca, vivia há anos em estado vegetativo. De forma especial, o caso encontrou maior guarida da imprensa, diante da discordância dos genitores da referida.

Autorizar que os médicos possam desligar aparelhos e, em consequência, observar o óbito do ser humano questiona valores jurídicos e religiosos, o que impulsiona debates acirrados na sociedade. Ademais, a prática da eutanásia é tratada no ordenamento brasileiro como crime de homicídio doloso. Todavia, pode o agente, comprovada a motivação de relevante valor moral ou social, conseguir a redução da pena, posto configurada a figura privilegiada do mencionado delito.

Já a ortotanásia não encontra uma rechaça social tão forte como a eutanásia, porque não antecipa o evento do falecimento, mas o traz de forma natural, por eliminar as práticas modernas da medicina para prolongamento da vida daquele doente. Desta feita, no caso de doenças em que não haja prognóstico para a cura, se empregada a ortotanásia, encerram-se as inócuas intervenções médicas para o caso, a fim de aguardar a morte.

Entretanto, em algumas hipóteses, o paciente encontra-se em um grau tão avançado da doença que não está mais capacitado a optar pela prática mencionada e diante disso, instaurou-se celeuma sobre a possibilidade de dispor em testamento acerca da opção pela ortotanásia, o que será objeto de discussão neste trabalho.

1 O DIREITO À VIDA E SEU *STATUS* CONSTITUCIONAL

O art. 5º da Constituição Federal enumera diversos direitos, garantindo, sobretudo, a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, segurança e propriedade. O primeiro é o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos (MORAES, p. 63).

O direito à vida deve ser albergado sob duas nuances: a manutenção da vida e a outorga de uma subsistência digna. Sob a primeira, observa-se a necessidade de implementação de políticas públicas eficazes na prevenção de doenças e manutenção de rede de hospitais condizente com a medicina moderna e capaz de atender dignamente a todos. A segunda, por sua vez, está ligada às medidas sociais, como alimentação, moradia, dentre outras diretrizes.

Referido direito tem como características a indisponibilidade, inviolabilidade e irrenunciabilidade. Dessa forma, o direito à vida não pode ser renunciado e assim, feriria a Carta Magna, por exemplo, qualquer disposição que declarasse o desejo à morte. É, portanto, neste dispositivo que a eutanásia encontra vedação, por haver a provocação da morte.

Por outra seara, se ao Estado cabe garantir e assegurar o direito à vida, presume-se que esta seja digna, em atendimento à Dignidade da Pessoa Humana, que encontra previsão na Constituição com status de fundamento da República, conforme seu art. 1º, III. Neste sentido, há de verificar se a vida de algumas pessoas portadoras de doenças incuráveis é digna. Em sendo a manutenção daquela vida decorrente de sucessivas intervenções médicas, que prolongam de forma inócua e dolorosa os dias do paciente, não deve ser, decerto, digna.

Tome-se, por exemplo, o caso do idoso enfermo, que visivelmente sofre nos hospitais ou nas clínicas montadas em casa, chamadas de “*home care*”, pela fragilidade física em suportar novas cirurgias, dependentes da ajuda de terceiros para a execução das mais simples atividades do cotidiano.

A medicina tem evoluído de forma salutar, ofertando uma gama de tratamentos e remédios de eficácia rápida. Entretanto, o uso de algumas técnicas questiona o sentido da manutenção daquela vida tão indigna. Deixar de ministrar determinados medicamentos ou evitar submeter o paciente a cirurgias inócuas significaria a submissão do enfermo à resistência natural do corpo. A morte será, pois, uma consequência, mas não do ato comissivo de desligamento de aparelhos, e sim da simples exclusão da aplicação de certas terapias.

O artigo 15 do Código Civil assevera que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Portanto, o paciente pode rechaçar as tentativas médicas de prolongamento da vida, como se observa da interpretação supracitada. A eutanásia, por sua vez, não se enquadra no permissivo civil, posto que o indivíduo já se encontra inserido em quadro estável, não havendo outro tratamento a ser submetido.

A intervenção médica contra a vontade do paciente atenta contra sua dignidade, pois cabe a ele, como sujeito de direitos, optar por determinado tratamento, sendo ato de valorização da vida. Feriria, pois, o mencionado dispositivo civil, além do preceito constitucional da dignidade da pessoa humana cumulada ao direito à vida.

Superada a discussão acerca do permissivo constitucional e civil para a ortotanásia, analisar-se-á a aplicação concreta do instituto.

2 A RESOLUÇÃO 1805/2006 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Conforme os artigos iniciais da Resolução 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina, é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação, devendo a decisão ser fundamentada e registrada no prontuário.

No mais, é assegurado ao doente ou ao seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica. O paciente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

A referida legislação trouxe alguns requisitos para a implantação da ortotanásia na classe médica, o que gerou o ajuizamento de processo na Justiça Federal (Proc. nº 2007.34.00.014809-3, 14ª Vara Federal). A decisão acabou por suspender os efeitos da Resolução, conforme se observa em seu trecho:

Entretanto, analisada a questão superficialmente, como convém em sede de tutela de urgência, e sob a perspectiva do Direito, tenho para mim que a tese trazida pelo Conselho Federal de Farmácia nas suas informações preliminares, no sentido de que a ortotanásia não antecipa o momento da morte, mas permite tão-somente a morte em seu tempo natural e sem utilização de recursos extraordinários postos à disposição pelo atual estado da tecnologia, os quais apenas adiam a morte com sofrimento e angústia para o doente e sua família, não elide a circunstância segundo a qual tal conduta parece caracterizar crime de homicídio no Brasil, nos termos do art. 121, do Código Penal. E parece caracterizar crime porque o tipo penal previsto no sobredito art. 121, sempre abrangeu e parece abranger ainda tanto a eutanásia como a ortotanásia, a despeito da opinião de alguns juristas consagrados em sentido contrário. Tanto assim que, como bem asseverou o representante do Ministério Público Federal, em sua bem-elaborada petição inicial, tramita no Congresso Nacional o “anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal, colocando a eutanásia como privilégio ao homicídio e descriminando a ortotanásia” (p. 29).

Como se observa do trecho da decisão supramencionada, a ortotanásia encontra correntes contrárias e favoráveis. Todavia, ousa-se discordar da decisão colacionada, pelos motivos aqui já expostos, de respeito a uma vida digna.

3 O ASPECTO ECONÔMICO DA PRÁTICA DA ORTOTANÁSIA

Determinar os verdadeiros motivos que induzem o doente e sua família a praticarem a ortotanásia é uma tarefa difícil, senão impossível. Todavia, não se pode descartar a ideia de que questões econômicas podem influenciar nesta decisão, e, muitas vezes, estimular ou induzir os envolvidos a aceitarem precipitadamente pela não intervenção médica.

Sabe-se que o fenômeno da morte tem seus efeitos jurídicos, e dentre eles, destaca-se o surgimento dos direitos sucessórios como razão ao princípio da “*saisine*”. O processo sucessório, em certos casos, está envolvido por um destacável patrimônio concentrando com elevadas quantias e inúmeros bens. Inevitavelmente, sabe-se que há grandes interesses para os “futuros herdeiros” e assim, a prática da ortotanásia acaba se tornando bastante conveniente, senão, lucrativa.

Ademais, ressalte-se, ainda, a possibilidade de uma forçada aceitação da ortotanásia para a comercialização de órgãos para fins de transplantes. Esse ilícito penal gera dúvidas e incertezas quanto à opção da ortotanásia, visto que alguns doentes não se sentem seguros de que a morte será fenômeno natural e que não há como evitá-la. Muito se ouve a respeito do crescente interesse ilegal na compra de órgãos para fins de transplantes.

Destaca-se também, na justificativa da prática da ortotanásia, que os doentes são pacientes onerosos e geradores de grandes prejuízos para hospitais e familiares. Prolongar a vida de um doente terminal, por exemplo, é adotar um tratamento inviável financeiramente, visto não se atingir grandes resultados, mas sim, um retardamento de algo inevitável.

Com o avanço tecnológico e a possibilidade de se prolongar a vida por meio do desenvolvimento da medicina, verifica-se o crescente número de empresas com planos que possibilitam o tratamento em casa para muitos doentes. Nos hospitais, por sua vez, também é possível constatar casos nos quais há interesse de lucros em cima do sofrimento e esperança dos pacientes e seus familiares.

THEMIS

Segundo matéria da Revista Veja, de setembro de 2002, nos Estados Unidos, metade da população necessita de um aparelho de respiração, e, para morrerem em paz, uma lei permite registrar o desejo de não ter sua vida prolongada. Vejamos:

Cerca de 20% de todos os gastos com saúde naquele país ocorrem nas semanas que antecedem a morte. Para tentar reduzir esse dispêndio, aprovou-se uma lei que permite registrar em cartório o desejo de não ter a vida prolongada artificialmente quando não houver perspectiva de cura. O ex-presidente Richard Nixon havia feito isso e pôde morrer em paz, em 1994, vítima de um derrame cerebral. No Brasil, uma lei estadual sancionada pelo então governador Mário Covas, de São Paulo, estabeleceu em 1999 o direito de um doente terminal recusar o prolongamento de sua agonia e optar pelo local da morte. Dois anos depois, Covas, com câncer na bexiga, usou essa lei.

Diante da impossibilidade de saber os verdadeiros motivos que levam doentes e familiares a aceitarem a ortotanásia como um exercício pleno da autonomia da vontade e do direito fundamental da dignidade humana, a declaração da opção pela ortotanásia, por meio de um testamento, é entendida, nas sociedades onde é adotado, como o meio mais seguro para se aproximar dessas verdadeiras intenções.

Todavia, o ordenamento jurídico pátrio impossibilita a aplicação desta prática em nossa sociedade, visto que as regras que permeiam a eficácia testamentária estarão sempre em oposição ao estado em que se encontra o doente.

4 O USO DO TESTAMENTO PARA DECLARAÇÃO DE OPÇÃO PELA ORTOTANÁSIA

Examinada a validade da opção pela ortotanásia, analisa-se qual seria o instrumento correto para tal declaração. É que pode ocorrer de o paciente já estar com suas faculdades mentais comprometidas, diante da sedação dos medicamentos e assim, não poder expressar sua vontade de forma válida.

A doutrina tem ofertado o uso do testamento, denominando-o de testamento vital, quando utilizado para o fim aqui anunciado. Entretanto, considera-se que tal sugestão não seja a mais adequada, como se observará após o estudo abaixo delimitado.

O testamento é o instrumento pelo qual o falecido deixa suas disposições de última vontade para que tenham efeito após a morte. Trata-se de ato jurídico unilateral, personalíssimo, gratuito, revogável e solene. Esta é a característica mais marcante, vez que o intuito da lei é chamar a atenção para a importância do ato a que se está praticando. A desobediência das formalidades acarreta a invalidade.

Quanto às solenidades, citam-se as três espécies de testamento ordinário: público, cerrado ou particular. O primeiro é escrito pelo tabelião ou seu substituto no livro de notas, sendo assinado por ele, testador e duas testemunhas. O cerrado é aquele redigido pelo testador, ou por outra pessoa ao seu rogo, e por aquele assinado. Após, deverá entregá-lo ao tabelião na presença de duas testemunhas, declarando que aquele é seu testamento e quer que seja aprovado, sendo o instrumento lacrado. Já o particular, refere-se ao elaborado pelo próprio testador, sem a presença ou ratificação do tabelião, mas com presença de três testemunhas.

Desobedecido algum dos requisitos supracitados, o instrumento deverá ser considerado nulo. O testamento também pode ser nulo se descumprir uma das regras gerais dos negócios jurídicos, quais sejam, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104, CC).

Ressalte-se que pode haver a nulidade apenas de cláusulas. Tais exemplos encontram-se explicitados no art. 1900 do Código Civil, cabendo citar a disposição que favoreça a alguma testemunha testamentária.

Além da nulidade, há a anulação, esta se refere às disposições eivadas de erro, dolo ou coação, na qual é muito comum o questionamento da validade deste instrumento com base na idade do testador, presumindo o comprometimento da capacidade civil para testar. Isso porque por ocasião da lavratura, deve o autor revelar se goza das faculdades mentais e que não sofre qualquer coação.

Após a morte, com a abertura da sucessão, os interessados devem ajuizar a ação de cumprimento. Será determinada a lavratura do termo de apresentação, desde que presente a via original do testamento e abertas vistas ao Ministério Público, para que opine sobre os requisitos extrínsecos. Isso porque não são analisadas nesse processo as questões intrínsecas, como validade de cláusulas, pois a ação de cumprimento é de jurisdição voluntária, por disposição legal, descabendo o contraditório, devendo as mencionadas questões serem discutidas em ações próprias.

Aceito o encargo da testamentária para alguns dos testamentários, de acordo com a ordem estabelecida no instrumento, juiz determinará a abertura, cumprimento e registro. Caso o testamentário indicado na cártula não aceite o encargo, deverá o magistrado nomear dativo, obedecendo à ordem sucessória.

THEMIS

Transitada em julgado a sentença, será expedido o traslado, com cópias autenticadas para que seja anexado ao processo de inventário, dando ciência aos demais interessados para que postulem as impugnações necessárias nas vias adequadas.

Passada a leitura acerca do instituto do testamento, observa-se que a característica essencial do mesmo, ante a necessidade da ação de cumprimento para a produção aferição da validade, é que este somente produz efeitos após a morte. Portanto, considera-se que o testamento não é o meio apto para declaração da opção da ortotanásia, pois esta é necessária antes do falecimento, decerto, e nesse momento, a Cártula ainda não pode ser cumprida e assim, gerar os seus efeitos.

Esse entendimento pode ser observado por Maria Helena Diniz (2008, p. 177), que assim afirma:

Testamento é o ato personalíssimo e revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, não só dispõe, para depois de sua morte, no todo ou em parte de seu patrimônio, mas também faz estipulações extrapatrimoniais [...] produção de efeitos *causa mortis*, porque, destinando-se o testamento a produzir efeitos após o falecimento do testador, verificado este, torna-se irrevogável e definitivo. É ato *causa mortis* porque só produz efeitos após o óbito do autor da herança; não pode ser ato inter vivos, por estarem proibidos entre nós pactos sucessórios, uma vez que não pode ser objeto de contrato herança de pessoa viva.

Desta feita, sugere-se que uma Escritura Pública seria o meio mais adequado. É que tal instrumento pode surtir efeitos desde a prolação e cumula, também, presunção de validade por ser público. O interessado, já sabendo da gravidade de sua doença, mas ainda em pleno gozo de suas faculdades mentais, pode comparecer ao Cartório, e assim, o tabelião transporá a vontade daquele de forma documental.

A escritura pública declaratória, diante de seus elementos caracterizadores, torna-se, no ordenamento pátrio, o único meio capaz de declarar a manifestação da vontade para o caso em questão. Isso porque a escritura pública declaratória, diferentemente da ata notarial, só vai existir quando tratar-se de uma manifestação unilateral de vontade, em que o tabelião recebe a declaração e a qualifica juridicamente.

Leonardo Brandelli, grande estudioso do Direito notarial, dispõe de forma clara o elemento principal caracterizador da escritura pública, além de descartar a ata notarial para o presente estudo. Vejamos:

Para ser objeto de Ata Notarial não pode ser objeto de escritura pública. A diferença básica entre ambas é a existência, ou não, de declaração de vontade, que está presente na escritura, e ausente na ata. A ausência de manifestação de vontade é justamente o que caracteriza o fato jurídico, que é o objeto da Ata Notarial (2004, p. 286).

A declaração de União Estável, um exemplo do cotidiano brasileiro, trata-se de uma ata notarial e não de uma escritura pública, visto não se tratar de manifestação de vontade, mas sim, a constatação, pelo tabelião, que determinadas pessoas compareceram e declararam a convivência marital. Diferentemente da escritura pública, na ata notarial o tabelião não qualifica juridicamente essa declaração, o que dá mais força para aquela como o meio apto a validar e garantir seus efeitos legais quando se tratar da opção pela ortotanásia.

Com efeito, de posse da escritura pública já lavrada, a família deve mostrar ao corpo médico a declaração do paciente e assim, obter a vontade do mesmo respeitada, em obediência aos ditames constitucionais de dignidade da pessoa humana, bem como civis, de vedação de imposição de tratamento médico.

CONCLUSÃO

Sabe-se que diante de um caso de doença incurável, mais cedo ou mais tarde, o fenômeno da morte será inevitável. Hodiernamente, com o avanço tecnológico e o desenvolvimento da medicina, pode-se estender a vida até o ponto em que tudo se resume à agonia.

Assegura-se, para tanto, o direito constitucional à vida e todas as formas de sua preservação devem ser adotadas. Há quem entenda, por outro lado, que prolongar a vida artificialmente é uma ofensa ao princípio constitucional da dignidade humana. Afirmam estes, ainda, que a autonomia do indivíduo não pode ser desprezada em nome de uma ilusória proteção à vida.

Diante de uma questão tão delicada e polêmica, que envolve aspectos sociais, econômicos, religiosos e culturais, a opção pela prática da ortotanásia deve ser clara e certa. A questão surge, então, sobre qual seria o meio capaz de

THEMIS

validar esta opção e gerar seus efeitos legais. Em algumas sociedades, como o caso dos Estados Unidos, a opção pela ortotanásia pode ser feita através de testamento, mais conhecido como testamento vital. Ocorre que, em nosso ordenamento jurídico, o testamento só tem efeitos após a morte do indivíduo, o que impossibilita a sua utilização, visto que, este ato somente poderia operar efeito “*pos mortem*”, o que inviabiliza seu uso, no Brasil, para o fim de deixar autorizada a prática da ortotanásia.

REFERÊNCIAS

BRANDELLI, Leonardo. **Ata notarial**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

CAHALI, Francisco José. **Curso avançado de direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DINIZ, Débora. **O que é bioética**. São Paulo: Brasiliense, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual de biodireito**. 2 ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso moderno de direito civil: sucessões**. São Paulo: Nelpa, 2004.

GARRAFA, Volnei. KOTTOW, Miguel. SAADA, Aleja (org). **Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano**. São Paulo: Gaia, 2006.

GONÇALVES, Roberto Carlos. **Direito das sucessões**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 125 p. Coleção Sinopses Jurídicas.

MANCINI, Roberto. **Éticas da mundialidade**: o nascimento de uma consciência planetária. São Paulo: Paulinas, 2000.

MONDIN, Batista. **O homem**: quem é ele? Elementos de antropologia filosófica. 2 ed. São Paulo: Paulus, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das sucessões. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas. 2003.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Ética e racionalidade moderna**. São Paulo: Loyola, 1993.

PESSINI, Léo. **Bioética**: um grito por dignidade de viver. São Paulo: Paulinas, 2006.

RABUSKE, Edvino. **Antropologia filosófica**. 9 ed. Porto Alegre: Vozes, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito das sucessões. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VAS, Henrique Cláudio de Lima. **Antropologia filosófica**. São Paulo: Loyola, 2003.