

A judicialização do testamento vital: análise dos autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100/TJSP

Luciana DADALTO*

RESUMO: A partir da análise dos autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100 do Tribunal de Justiça de São Paulo, o presente artigo busca discutir a validade e a eficácia do testamento vital sob a perspectiva da judicialização das relações sociais. A fim de alcançar o objetivo, perpassa a origem do instituto, discutindo a questão terminológica, a problematização acerca dos negócios jurídicos existenciais, e a natureza jurídica do testamento vital. Assim, evidencia que a inexistência de lei sobre o tema no Brasil não pode servir de argumento para pedidos judiciais de declaração do direito subscrito nesse documento.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização; testamento vital; negócio jurídico.

SUMÁRIO: 1. Apresentação do caso; – 2. Noções introdutórias das diretivas antecipadas de vontade; – 3. Natureza jurídica do testamento vital; – 4. Judicialização das relações sociais; – 5. Da desnecessidade de judicialização do testamento vital; 6. Referências.

TITLE: *The Living Will's Judicialization: Analysis of Case n. 1084405-21.2015.8.26.0100/TJSP*

ABSTRACT: *Based on case no. 1084405-21.2015.8.26.0100 of the State Supreme Court of São Paulo, this article aims to discuss the validity and effectiveness of living wills under the perspective of the judicialization of social relations. In order to examine the question, this essay analyses the origin of living wills, discussing their naming, the problem about existential legal acts, and the legal nature of living wills. As such, the article shows that the inexistence of a specific statute on living wills in Brazil cannot be argued as a reason for denying the validity of such acts.*

KEYWORDS: *Judicialization; living will; legal acts.*

CONTENTS: *1. Presentation of the case; – 2. Introductory notions of advanced directives; – 3. Legal nature of the living will; – 4. Judicialization of social relations; – 5. The need to judicialize the living will; – 6. References.*

1. Apresentação do caso

O caso em exame trata-se de um procedimento de jurisdição voluntária no qual a autora, então com 68 anos, pleiteia o reconhecimento judicial de validade para sua manifestação de vontade acerca de recusa de tratamentos fúteis quando estiver em fim de vida, alegando tratar-se de uma espécie de *living will*.

No momento do ajuizamento da ação a autora não estava acometida com doença grave, incurável e/ou terminal; mesmo diante de seu perfeito estado de saúde, tinha medo de

* Doutora em Ciências da Saúde pela Faculdade de Medicina da UFMG. Mestre em Direito Privado pela PUCMinas. Professora do Centro Universitário Newton Paiva.

que, no futuro, caso estivesse em uma condição clínica grave, fosse submetida a tratamentos fúteis, definidos na inicial como “a prorrogação da vida a qualquer preço, mesmo que com perda volitiva irreversível constatada e havendo na medicina somente tratamento paliativo”¹, razão pela qual desejava que o Poder Judiciário reconhecesse este direito e a indicação de quatro médicos de sua confiança para atestar seu estado clínico.

Ab initio, a magistrada indeferiu a inicial e julgou extinto o feito sem resolução do mérito por entender que o procedimento requerido é desnecessário, tendo em vista a possibilidade de manifestação de vontade da autora em prontuário médico (em conformidade com a resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1995/2012), a existência de diversos entendimentos acerca da validade do testamento vital e a possibilidade de lavratura de escritura pública desse documento em Cartório de Notas.

A autora interpôs apelação da sentença proferida e o Tribunal de Justiça de São Paulo julgou procedente, anulando a sentença e determinando a remessa dos autos para a primeira instância a fim de ter seu processamento regular, conforme ementa:

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – PEDIDO DE RECONHECIMENTO JUDICIAL DO DIREITO À ORTOTANÁSIA – EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO – REMESSA À VIA EXTRAJUDICIAL OU ADMINISTRATIVA – NÃO CABIMENTO – GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA – SENTENÇA ANULADA – RECURSO PROVIDO².

Assim, foi dado processamento aos autos e, diante da manifestação de ausência de interesse do Ministério Público, realizou-se audiência a fim de colher o depoimento pessoal da autora. Nessa ocasião, a autora assim se manifestou:

Reitera seu desejo já manifestado na inicial, onde diz que os médicos indicados às fls. 14 são seus conhecidos e com eles faz acompanhamentos de rotina. Tem 3 (três) filhos e 4 (quatro) netos. Tem ciência de que poderia ter feito o procedimento via cartório extrajudicial e tem receio de que tal declaração pudesse ser contestada. Na ausência dos médicos indicados, a declaração poderá ser efetuada por dois médicos responsáveis pelo tratamento³.

¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 14^a Vara Cível da Comarca de São Paulo. *Autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100*. Juíza Leticia Antunes Tavares. Sentença proferida em 02/03/2018.

² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Apelação Cível 1084405-21.2015.8.26.0100*. Desembargador Relator Giffoni Ferreira. DJ 14/03/2017

³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 14^a Vara Cível da Comarca de São Paulo. *Autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100*. Juíza Leticia Antunes Tavares. Sentença proferida em 02/03/2018.

Em sentença, a magistrada reconhece a validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, afirma que “a função jurisdicional vai além de apenas conceder o provimento pleiteado, devendo ser analisada a real necessidade, e mais, a possibilidade de efetivação do direito”⁴. Nesse contexto, entende não ser possível acatar o pedido de nomeação dos médicos listados na exordial, uma vez que inexistente manifestação de aceite desse *múnus* pelos mesmos. Afirma ainda que mesmo que esses profissionais tivessem concordado com a nomeação o procedimento judicial não poderia impor essa obrigação vez que os mesmos não integram o polo passivo da lide.

A julgadora aponta que o pedido formulado tem “natureza absolutamente hipotética”⁵ pois a autora goza de boa saúde física e mental, conforme relatórios médicos juntados aos autos, razão pela qual é impossível acolher o pedido tal qual formulado. Conclui a magistrada pela homologação da vontade da autora “quanto ao desejo de não se submeter a tratamentos médicos fúteis ou cruéis, a partir do fim da vida funcional cognitiva, desde que atestado por dois médicos, ainda que não especificados na inicial”⁶, deixando claro que a referida homologação trata-se apenas de um ato formal.

2. Noções introdutórias das diretivas antecipadas de vontade

As diretivas antecipadas de vontade (DAV) frutificaram nas últimas décadas em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros diante do crescente anseio pela valorização da vontade do paciente, tendo como pedra fundamental as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial contra os pacientes e a necessidade de proteção da autonomia e da dignidade destes.

Assim, segundo Gonzalés⁷, surge o Consentimento Informado, com o objetivo de documentar a manifestação de vontade do paciente e é nesse cenário que, em 1967 a Sociedade Americana para a Eutanásia desenvolve a ideia de um documento de cuidados antecipados, nomeado de *living will*, no qual o paciente manifesta seu desejo de interromper a manutenção da vida quando tiver uma doença terminal.

⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 14^a Vara Cível da Comarca de São Paulo. *Autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100*. Juíza Leticia Antunes Tavares. Sentença proferida em 02/03.2018.

⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 14^a Vara Cível da Comarca de São Paulo. *Autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100*. Juíza Leticia Antunes Tavares. Sentença proferida em 02/03/2018.

⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 14^a Vara Cível da Comarca de São Paulo. *Autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100*. Juíza Leticia Antunes Tavares. Sentença proferida em 02/03/2018.

⁷ GONZÁLEZ, Miguel Angel Sanchez. Testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: Ribeiro DC (Org.) *A relação médico-paciente: velhas barreiras, novas fronteiras*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2010, p. 110-163.

Em 1969, Luis Kutner⁸, advogado representante da entidade, publica a sistematização desse documento, propondo que essa manifestação de vontade se dê como um adendo ao Consentimento Informado feito em cirurgias e procedimentos complexos ou ainda como um documento autônomo, feito especificamente com a finalidade de recusa de tratamento em caso de terminalidade.

A primeira notícia que se tem do termo “diretivas” foi com a lei californiana de 1977, intitulada *Natural Death Act*. Essa lei foi a resposta legislativa a um caso judicial rumoroso, no qual os pais da jovem Karen Ann Quinlan, paciente de 22 anos em estado vegetativo persistente, pediram a autorização para suspensão do esforço terapêutico⁹. Interessante notar que nessa norma não havia qualquer menção ao termo *living will*, falava-se apenas em “diretivas para os médicos”, que só podia ser feita por pacientes qualificáveis, entendidos como aqueles com uma condição de terminalidade certificada por dois médicos¹⁰. Atualmente, entende-se que essas *directives for phisicians* são sinônimos de *living will*.

Em 1983, o estado da Califórnia publicou o *California's Durable Power of Attorney for Health Care*, reconhecendo o direito do paciente a nomear um procurador para tomar decisões médicas quando estiver impossibilitado de fazê-lo, isentando o procurador de qualquer responsabilidade.

A Califórnia foi o estado pioneiro no reconhecimento legal desses instrumentos e, gradualmente, outros estados norte-americanos foram criando leis sobre o *living will* e o *durable power of attorney*.

Coube, contudo, à lei federal de 1991, intitulada *Patient Self Determination Act*¹¹ (PSDA) a sistematização desses institutos. Nota-se que essa lei retoma o termo *directives* da lei californiana, porém, como um gênero documental - *advanced directives* - de manifestações antecipadas de vontade para cuidados de saúde que se divide em duas espécies de documentos: *living will* e *durable power of attorney*.

⁸ KUTNER, Luiz. *Due process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal*. *Indiana Law Journal*, vol. 44, p. 539-554, 1969.

⁹ TOWERS, B. The impact of the California Natural Death Act. *Journal of Medical Ethics*. 1978;4(2):96-98.

¹⁰ WILLIAM, J. Winslade. Thoughts on Technology and Death: An Appraisal of California's Natural Death Act. *26 DePaul L. Rev.* 717 (1977). Disponível em: <http://via.library.depaul.edu/law-review/vol26/iss4/2>, acesso em 04 jul. 2018.

¹¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Patient Sef Determinaction Act*. Disponível em: <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c101:H.R.5067>>. Acesso em: 06 jul. 2018.

No Brasil, o gênero foi traduzido como diretivas antecipadas de vontade e as espécies como, respectivamente, testamento vital e procuração para cuidados de saúde/mandato duradouro¹².

Sabe-se que a tradução para as línguas latinas do termo *living will* não foi adequada e por isso vivemos uma verdadeira panaceia de nomenclaturas e entendimentos sobre esses institutos. Tal fato fez com que a Espanha¹³ abandonasse a tradução literal do termo *living will* e o substituísse por *instrucciones previas*, mantendo o gênero diretivas antecipadas de vontade e procuração para cuidados de saúde.

Portugal¹⁴ e França¹⁵, por sua vez, fizeram uma verdadeira metonímia nas nomenclaturas, abolindo formalmente a expressão testamento vital/testament de vie, para utilizar o gênero diretivas antecipadas, referindo-se a quaisquer destes documentos.

Essa metonímia também tem sido adotada no Brasil, pois o Conselho Federal de Medicina regulamentou o testamento vital na resolução 1995/2012¹⁶, mas nomeou o instituto de diretivas antecipadas de vontade.

Do ponto de vista legislativo há, no momento, dois projetos de lei tramitando no Senado Federal sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade (PLS 149/2018¹⁷ e PLS 267/2018¹⁸) e apenas o PLS 267/2018 deixa claro a questão terminológica¹⁹.

¹² DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 4. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2018.

¹³ ESPANHA. Gobierno. *Ley 41/2002*, de 14 de noviembre. Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 15 nov. 2002.

¹⁴ PORTUGAL. *Lei 25/2012*. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1sdip/2012/07/13600/0372803730.pdf>>. Acesso em 04 jul. 2018.

¹⁵ FRANÇA. *Loi n. 2016-87*, créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/2/2/2016-87/jo/texte>>. Acesso em 04 jul. 2018.

¹⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução 1995/2012*. Disponível: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em 04 jul. 2018.

¹⁷ SENADO FEDERAL. Projeto de lei do Senado n. 149/2018. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773>>, Acesso em 04 jul. 2018.

¹⁸ SENADO FEDERAL. Projeto de lei do Senado n. 267/2018. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133458>>. Acesso em 04 jul. 2018.

¹⁹ “Art. 2º As diretivas antecipadas de vontade se constituem em um gênero de documentos de manifestação de vontade acerca de cuidados, tratamentos e procedimentos de saúde aos quais a pessoa deseja ou não se submeter quando estiver com uma doença grave ou incurável, seja ela terminal, crônica em fase avançada ou degenerativa em fase avançada.

§ 1º São espécies de diretivas antecipadas de vontade:

I - testamento vital, assim considerado o documento no qual uma pessoa manifesta sua vontade, explicitando os cuidados, tratamentos e procedimentos aos quais deseja ou não ser submetida nas situações previstas no caput deste artigo.

II - a procuração para cuidados de saúde, assim considerado o documento no qual uma pessoa designa uma ou mais pessoas, em ordem de preferência, para decidir por ele sobre os cuidados à sua saúde, caso venha a se encontrar impossibilitado de expressar livre e autonomamente a sua vontade nas situações previstas no caput deste artigo”.

A confusão também está presente no Poder Judiciário que alarga o conceito de diretivas antecipadas para toda e qualquer manifestação do paciente sobre cuidados de saúde, independentemente da situação de terminalidade, o que reforça a confusão na utilização e aplicação dos institutos e acaba por dar ensejo à judicialização da vontade do paciente, como no caso aqui em análise²⁰. Afinal, a recusa de tratamento está positivada no artigo 15 do Código Civil, e não se enquadra no amplo aspecto denominado pela literatura como morte digna²¹.

Frise-se, por fim, que o testamento vital é espécie do gênero diretivas antecipadas de vontade, compreendido por um documento de manifestação do paciente acerca dos procedimentos e/ou tratamentos a que deseja ou não ser submetido em eventual situação de terminalidade; esse conceito, no entanto, ainda é distorcido por setores da sociedade que acabam por prejudicar a segurança jurídica do documento, culminando em desnecessária judicialização para atestar sua validade. Isso posto, analisar-se-á adiante a natureza jurídica do testamento vital.

3. Natureza jurídica do testamento vital

A doutrina civilista contemporânea tem se debruçado sobre o estudo dos negócios jurídicos existenciais. Se outrora reservava-se aos negócios jurídicos o conteúdo patrimonial, atualmente estuda-se e defende-se o caráter existencial de alguns desses negócios e isso só foi possível porque a noção de negócio jurídico se modernizou.

Segundo Pontes de Miranda²², o conceito de negócio jurídico presente no Código Civil de 1916 objetivava abranger as situações de criação, modificação ou extinção de direitos, pretensões, ações ou exceções e pautava-se na autonomia da vontade, ou seja, no reconhecimento de que o agente define a relação jurídica e os limites das situações jurídicas de que fará parte.

Francisco Amaral²³ adverte que esse não é o conceito de negócio jurídico adotado pelo Código Civil de 2002. Sob a égide da constitucionalização do direito civil, o negócio jurídico é uma vontade particular, reconhecida pelo ordenamento, que se presta a

²⁰ Recomenda-se a leitura de DADALTO, Luciana. A implementação das DAV no Brasil: avanços, desafios e perspectivas. In: DADALTO, Luciana (Coord). *Bioética e Diretivas Antecipadas de Vontade*. Curitiba: Prismas, 2014, p. 273-289.

²¹ DADALTO, Luciana; PIMENTEL, Willian. Direito à recusa de tratamento: análise da sentença proferida nos autos nº 201700242266 – TJGO. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 15, p. 159-175, jan./mar. 2018.

²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. t. III, p. 16.

²³ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 372.

produzir determinados efeitos desejados pelo agente. Assim, não basta a vontade do indivíduo, é necessário que o sistema normativo vigente reconheça poder de autorregulação, o que se chama atualmente de autonomia privada.

É preciso ter em mente que a dignidade da pessoa humana foi alçada a princípio constitucional, sendo verdadeira cláusula geral de tutela da personalidade humana e, portanto, deve permear todas as relações públicas e privadas. Rose Melo Venceslau Menezes afirma que a concretização dessa cláusula se dá com a tutela dos direitos existenciais independentemente de violação de quaisquer destes direitos, de modo que a pessoa terá “garantida pelo ordenamento a promoção da sua própria personalidade através da prática de atos de autodeterminação que podem assumir a forma de qualquer situação subjetiva”²⁴.

Nesse contexto, as situações subjetivas existenciais adquirem especial relevo, notadamente em função do que Stefano Rodotà chama de *indecidibile per il legislatore*²⁵, ou seja, um espaço determinado pelo constituinte em que as escolhas acerca dos direitos de personalidade são próprias do sujeito, não podendo sofrer limitações externas.

Elisa Cruz²⁶ defende que a autonomia privada rege as situações existenciais e, portanto, os negócios jurídicos existenciais são realidade em nosso ordenamento.

Resta claro, assim, que as escolhas afetas ao testamento vital, ou seja, as disposições acerca “dos cuidados, tratamentos e procedimentos que deseja ou não ser submetida quando estiver com uma doença ameaçadora da vida, fora de possibilidades terapêuticas e impossibilitado de manifestar livremente sua vontade”²⁷ fazem parte de uma situação subjetiva e, portanto, encontram-se no espaço de escolha individual do sujeito. Contudo, é preciso deixar claro que o conteúdo dessas disposições precisa se subsumir ao ordenamento jurídico vigente no país em que se aplica; dessa forma, manifestações de vontade ilícitas como um pedido de eutanásia deverão ser invalidadas.

²⁴ MENEZES, Rose Melo de Venceslau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Renovar: 2009, p. 58.

²⁵ RODOTÀ, Stefano. *Politici, liberateci dalla vostra coscienza*. Disponível em: <<http://daleggere.wordpress.com/2008/01/13/stefano-rodota-%C2%ABpolitici-liberateci-dalla-vostra-coscienza%C2%BB/>>. Acesso em 04 jul 2018.

²⁶ CRUZ, Elisa Costa. *Dignidade na vida, na doença e para a morte: as diretivas antecipadas como instrumento de valorização da pessoa*. Dissertação de Mestrado. 2012. UERJ. Rio de Janeiro-RJ.

²⁷ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2018, p. 48.

Nessa perspectiva pode-se, a priori, enquadrar o testamento vital como um negócio jurídico unilateral sob condição suspensiva, entendendo que é necessária apenas a manifestação de vontade do declarante e que a eficácia da manifestação de vontade ficará suspensa até que ocorram os seguintes fatos, somados: (i) estado clínico fora de possibilidades terapêuticas de cura e (ii) perda de discernimento do paciente.

A teoria tradicional dos negócios jurídicos aponta como pressupostos de validade do negócio jurídico a capacidade do agente, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma prescrita ou não defesa em lei²⁸.

Da análise do caso em concreto aqui examinado percebe-se que a declarante era capaz e estava no pleno gozo de suas faculdades mentais, fato provado fartamente por quatro relatórios médicos que instruíram a inicial.

Quanto ao objeto, nota-se que a

a Autora pleiteia o reconhecimento de seu direito à declarar a vontade de não iniciar o ‘tratamento médico fútil’ – nas situações e seguindo os procedimentos previstos no tópico seguinte desta petição inicial – em um título judicial que, além de garantir a certeza de sua vontade manifesta, servirá para afastar as supostas restrições legais que frequentemente são invocadas para negar a legalidade da morte sem sofrimento.

Verifica-se, assim, que o objeto do processo era o reconhecimento do direito da autora de não ser submetida à obstinação terapêutica, típica da medicina contemporânea, em que se pode “resolver todo e qualquer sofrimento e prolongar a vida além de qualquer expectativa.”²⁹ Nesse contexto, pretende a autora ter reconhecido seu direito à ortotanásia, conceituada por Adriano Marteleto Godinho como

uma conduta de caráter passivo, na medida em que nada se faz tanto para encurtar quanto para prorrogar a vida humana, aliada a um comportamento ativo, consistente na prestação de assistência médica, psicológica e afetiva que tende apenas a propiciar conforto ao paciente, antes de encerrada sua existência³⁰.

²⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁹ BOBBIO, Mario. *O doente imaginado: os riscos de uma medicina sem limite*. São Paulo: Bamboo Editorial, 2016, p. 18 e 19.

³⁰ GODINHO, Adriano Marteleto. Ortotanásia e Cuidados Paliativos: o correto exercício da prática médica no fim da vida. In: DADALTO, Luciana; GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão Leite (Coord). *Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna*. Rio de Janeiro: Almedina, 2017, p. 135.

Todavia, esse direito já é reconhecido pela doutrina brasileira, de forma unânime, como um direito constitucional, já tendo sido, inclusive, reconhecido como tal pelo Poder Judiciário quando por ocasião do julgamento da Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3, que objetivou a declaração de inconstitucionalidade da resolução n.1805, do Conselho Federal de Medicina.

A referida resolução dispunha que:

Art. 1º 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.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente 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 hospitalar³¹.

Na sentença proferida nos autos da supracitada ação civil pública o Magistrado afirma que após:

muito refletir a propósito do tema veiculado nesta ação civil pública, chego à convicção de que a Resolução CFM n. 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto³².

Verifica-se, assim, que o pedido da autora subsume-se ao que já se considera constitucional, portanto, a um objeto que já se sabe ser lícito, possível e determinado no ordenamento jurídico brasileiro.

³¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução 1995/2012*. Disponível: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso 05 jul. 2018.

³² SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL. *Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em 05 jul. 2018.

Quanto à forma, o Código Civil brasileiro³³ adota nos artigos 104, III e 107 o princípio do consensualismo³⁴ (também conhecido como princípio da liberdade de formas). Significa dizer que no Direito Civil brasileiro a regra é a liberdade na formalização do negócio jurídico, sendo a prescrição legal da forma a exceção.

Assim, como não há lei que determine solenidade para a manifestação de vontade sobre cuidados em fim de vida, bastaria que a autora manifestasse sua vontade, por instrumento público ou privado, sem necessidade de testemunhas ou qualquer outra formalidade.

4. Judicialização das relações sociais

Inúmeras pesquisas na área da antropologia jurídica, da sociologia jurídica e psicologia social indicam “a forte tendência, que notamos na atualidade, de reduzir questões da esfera político-social a concepções individualizantes, enquadrando desvios e tensões no processo de judicialização do viver.”³⁵

Os conflitos oriundos das relações sociais, que outrora em resolvidos em espaços privados, ultrapassam essa esfera e se proliferam no espaço público marcado pela figura da autoridade e da dicotomia entre certo/errado: o Poder Judiciário.

Historicamente, a função primordial do Poder Judiciário está atrelada à pacificação das relações sociais, contudo, processos sociais complexos desaguaram em uma descrença quanto aos demais poderes que compõe a República – Executivo e Legislativo, cabendo ao Poder Judiciário a forte alcunha de “muro das lamentações do mundo moderno”³⁶.

Assim, fala-se hoje em uma excessiva judicialização das relações sociais, razão pela qual já se almeja métodos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação, a negociação e a arbitragem.

³³ BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 05 jul. 2018.

³⁴ HIRONAKA, Gisele Maria Fernandes. Contratos reais e o princípio do consensualismo. In: *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 79-91, jan. 1990. Disponível em: <<http://www.journals.usp.br/rfdusp/article/view/67133/69743>>. Acesso em 06 jul. 2018.

³⁵ BRITO, Leila Maria Torraca de; OLIVEIRA, Camilla Felix Barbosa de. Judicialização da Vida na Contemporaneidade. In: *Psicologia: Ciência e profissão*. 2013, 33 (núm. esp.), 78-89.

³⁶ BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins; VIANNA, Luiz Werneck. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo soc.* [online]. 2007, vol.19, n.2, p.39-85. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20702007000200002>. Acesso em 05 jul. 2018.

Se nos parece claro a efetividade desses métodos quando existe verdadeiramente um conflito “definido como um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis”³⁷, o mesmo não se pode dizer quando o que se está em jogo é a desconfiança individual no sistema político, jurídico e social do país.

Resta evidente na petição inicial dos autos que aqui se analisa a importância dada pela autora a uma decisão judicial que supostamente se prestaria à “declaração de um direito e, simultaneamente, a constituição de um documento (sentença) que o reconheça e defina as regras para sua efetivação”³⁸.

Consta ainda que a autora deseja que o Poder Judiciário “reconheça e ampare um direito fundamental do Requerente, qual seja: o direito à dignidade na hora da morte como forma de respeito a sua vida caso ela venha a enfrentar situações de condição física insuportável e irreparável ou de perda irreversível da consciência.”³⁹

Ou seja, não se coloca em xeque a existência do direito. Coloca-se em dúvida a capacidade do sistema social – notadamente as relações familiares da autora e a prática médica – em efetivar o direito da autora. Coloca-se em dúvidas a efetividade dos direitos fundamentais no Brasil.

Se, por um lado, é possível compreender as razões subjetivas que levaram a autora a buscar o Poder Judiciário, por outro é preciso ter em mente que essa ação é um retrato da falência das políticas públicas de saúde em nosso país. O Poder Executivo hoje relegou à sorte de cada um dos cidadãos brasileiros o acesso à saúde básica e aos procedimentos mais complexos, transferindo para a esfera privada – relação médico/paciente – aquilo que deveria ser direito de todos: um fim de vida assistido por uma equipe multidisciplinar de Cuidados Paliativos, sem obstinação terapêutica.

Nesse cenário, é sabido que as ações envolvendo a saúde têm abarrotado o Poder Judiciário a ponto de adquirir um nome próprio, qual seja a judicialização da saúde, razão pela qual o Conselho Nacional de Justiça tem, nos últimos anos, se debruçado a estudar e implementar ações que diminuam esse fenômeno.

³⁷ YARN, Douglas H. *Dictionary of Conflict Resolution*. São Francisco: Ed. Jossey Bass, 1999. p. 113.

³⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 14^a Vara Cível da Comarca de São Paulo. *Autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100*. Juíza Leticia Antunes Tavares. Sentença proferida em 02/03/2018.

³⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 14^a Vara Cível da Comarca de São Paulo. *Autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100*. Juíza Leticia Antunes Tavares. Sentença proferida em 02/03/2018.

Entretanto, o caso analisado não se insere na lógica da judicialização da saúde e nem mesmo na lógica do conflito, vez que inexistente uma parte ré evidenciada nos autos. Diga-se mais, inexistente necessidade imediata de utilização da vontade da autora, nem mesmo recusa de algum profissional a segui-la, o que levou a magistrada a afirmar em sentença ter o pedido “natureza absolutamente hipotética” vez que a autora

goza de boa saúde física e mental (cf. relatórios médicos de fls. 26/29), na medida em que a perda de suas faculdades mentais e físicas é apenas uma possibilidade, não havendo sequer indícios da probabilidade de que tal fatalidade ocorra ou ainda que haja resistência à observância das providências pretendidas⁴⁰.

Apesar de saber-se que a vontade manifestada no testamento vital fica sujeita à condição suspensiva, qual seja a perda de capacidade decisória do sujeito e o diagnóstico de uma condição clínica fora de possibilidades terapêuticas de cura, o argumento da Magistrada é insuficiente. O que preocupa no caso analisado é o fato do procedimento judicial de jurisdição voluntária ter sido usado com o objetivo de obter do Poder Judiciário uma declaração de validade e eficácia de um negócio jurídico unilateral que, como se verá adiante, cumpre por si só todos os requisitos de validade estabelecidos pelo ordenamento jurídico e está apenas à espera da implementação da condição suspensiva para se efetivar.

Foi esse o raciocínio – acertadamente – usado pela Magistrada quando extinguiu o processo sem resolução de mérito. Posição esta que a mesma reitera quando, após sua (primeira) sentença ser cassada, profere nova sentença alertando para os limites do processo de jurisdição voluntária cível, restringindo-se a homologar “declaração prestada em juízo pela autora, nos termos do depoimento de fls. 90, quanto ao desejo de não se submeter a tratamentos médicos fúteis ou cruéis, a partir do fim da vida funcional cognitiva, desde que atestado por dois médicos, ainda que não especificados na inicial.”⁴¹

Frise-se que, como entende Asensi⁴², o Poder Judiciário tem um importante papel de efetivar direitos formalmente expressos pelo legislador, contudo, esse papel deve ser

⁴⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 14^a Vara Cível da Comarca de São Paulo. Autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100. Juíza Leticia Antunes Tavares. Sentença proferida em 02/03/2018.

⁴¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 14^a Vara Cível da Comarca de São Paulo. Autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100. Juíza Leticia Antunes Tavares. Sentença proferida em 02 de março de 2018.

⁴² ASENSI, Felipe. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. *Physis*. 2010, vol. 20, n. 1 pp. 33-55. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 05 jul. 2018.

exercido com instrumentos processuais próprios, por exemplo, a ação civil pública e a ação popular, pois nesses está o cerne da atividade jurisdicional: a estabilização das relações sociais, que visem ao interesse coletivo e não meramente ao interesse individual.

5. Da desnecessidade de judicialização do testamento vital

Como visto, o testamento vital é um instrumento lícito de manifestação de vontade para cuidados, tratamentos e procedimentos em fim de vida. Igual certeza não há quanto às inúmeras questões adjacentes a esse instrumento, notadamente quanto à efetividade prática dessa vontade manifestada, assunto amplamente discutido em trabalho anterior.

Daí advém a necessidade de uma lei específica sobre o tema, com o único propósito de dar segurança jurídica sobre aspectos formais, amparada na experiência de países como Estados Unidos⁴³, Espanha⁴⁴, Uruguai⁴⁵ e Itália⁴⁶. Isso porque a experiência da legislação estrangeira fomenta o debate sobre critério etário para feitura do testamento vital, possibilidade de pacientes demenciados e com problemas psíquicos manifestarem vontade por esse documento, necessidade ou não de instituição de solenidade e a criação de um sistema *on line* de armazenamento e acesso dos testamentos vitais.

Todavia, a inexistência de lei específica não pode ser usada como justificativa para pedidos judiciais de validação do testamento vital, uma vez que, conforme visto, trata-se de negócio jurídico unilateral de caráter existencial e, desde que cumpra os requisitos de validade dos negócios jurídicos, será válido.

Aceitar a judicialização do testamento vital a fim de que o Poder Judiciário declare o direito é realizar uma interpretação *contra legem* do Código Civil, o que acarreta num enorme abalo na segurança jurídica existente e abre margem para que inúmeras ações declaratórias de negócios jurídicos existenciais sejam ajuizadas, aumentando a

⁴³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Patient Self Determination Act*. Disponível em: <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c101:H.R.5067>>. Acesso em: 06 jul. 2018.

⁴⁴ ESPANHA. *Ley 41/2002*, de 14 de noviembre. Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 15 nov. 2002.

⁴⁵ URUGUAI. *Ley 18.473*. Disponível em: <<https://uruguay.justia.com/nacionales/leyes/ley-18473-apr-3-2009/gdoc/>>. Acesso em 06 jul.2018.

⁴⁶ ITÁLIA. *Legge 2801*. Disponível em: <www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/47964.pdf>. Acesso em 06 jul. 2018.

judicialização das relações sociais e sedimentando o Poder Judiciário como superego da sociedade⁴⁷.

Em suma, a vontade manifestada em testamento vital tem validade no ordenamento jurídico vigente e a falta de legislação específica não é motivação para que pretenda a declaração de validade pelo Poder Judiciário, afinal, não se justifica a busca de uma decisão judicial apenas pela inexistência de lei específica, notadamente quando há outros elementos no ordenamento jurídico que permitam a compreensão acerca da legalidade do testamento vital.

6. Referências

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ASENSI, Felipe. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. *Physis*. 2010, vol.20, n.1 pp.33-55. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 05 jul. 2018.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Mario. *O doente imaginado: os riscos de uma medicina sem limite*. São Paulo: Bamboo Editorial, 2016, p.18 e 19.

BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 05 jul. 2018.

BRITO, Leila Maria Torraca de; Oliveira, Camilla Felix Barbosa de. Judicialização da Vida na Contemporaneidade. In: *Psicologia: Ciência e profissão*. 2013, 33 (núm. esp.), 78-89.

BURGOS, Marcelo Baumann; Salles, Paula Martins; Vianna, Luiz Werneck. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo soc.* [online]. 2007, vol.19, n.2, p.39-85. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20702007000200002>. Acesso em 05 jul. 2018.

CRUZ, Elisa Costa. *Dignidade na vida, na doença e para a morte: as diretivas antecipadas como instrumento de valorização da pessoa*. Dissertação de Mestrado. 2012. UERJ. Rio de Janeiro-RJ.

DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 4a ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2018.

DADALTO, Luciana; Pimentel, Willian. Direito à recusa de tratamento: análise da sentença proferida nos autos nº 201700242266 – TJGO. In: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 15, p. 159-175, jan./mar. 2018.

⁴⁷ Maus, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Disponível em: <www.direitocivilcontemporaneo.com>. Acesso em 06 jul. 2018.

DADALTO, Luciana. A implementação das DAV no Brasil: avanços, desafios e perspectivas. In: Dadalto, Luciana. *Bioética e Diretivas Antecipadas de Vontade*. Curitiba: Prismas, 2014, p. 273-289.

ESPAÑA. Gobierno. *Ley 41/2002, de 14 de noviembre*. Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 15 nov. 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Patient Self Determination Act*. Disponível em: <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c101:H.R.5067>>. Acesso em: 06 jul. 2018.

FRANÇA. *Loi n. 2016-87, créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/2/2/2016-87/jo/texte>>. Acesso em 04 jul. 2018.

GODINHO, Adriano Marteleto. Ortotanásia e cuidados paliativos: o correto exercício da prática médica no fim da vida. In: DADALTO, Luciana; GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão Leite (Org). *Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna*. Rio de Janeiro: Almedina, 2017, p. 131-150.

GONZÁLEZ, Miguel Angel Sanchez. Testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: Ribeiro DC (org.) *A relação médico-paciente: velhas barreiras, novas fronteiras*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2010, p. 110-163.

HIRONAKA, Gisele Maria Fernandes. Contratos reais e o princípio do consensualismo. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 79-91, jan. 1990. Disponível em: <<http://www.journals.usp.br/rfdusp/article/view/67133/69743>>. Acesso em 06 jul. 2018.

ITÁLIA. *Legge 2801*. Disponível em: <www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/47964.pdf>. Acesso em 06 jul. 2018.

KUTNER, Luiz. Due Process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal. *Indiana Law Journal*. 1969, v. 44, p. 539-554.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Disponível em: <www.direitocivilcontemporaneo.com>. Acesso em 06 jul. 2018.

MENEZES, Rose Melo de Venceslau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Renovar: 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. atual. por Wilson Rodrigues Alves. t. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

PORTUGAL. *Lei 25/2012*. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1sdip/2012/07/13600/0372803730.pdf>>. Acesso em 04 jul. 2018.

RODOTÁ, Stefano. *Politici, liberateci dalla vostra coscienza*. Disponível em: <<http://daleggere.wordpress.com/2008/01/13/stefano-rodota-%C2%ABpolitici-liberateci-dalla-vostra-coscienza%C2%BB/>>. Acesso em 04 jul 2018.

SENADO FEDERAL. *Projeto de lei do Senado n. 149/2018*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773>>. Acesso em 04 jul. 2018.

SENADO FEDERAL. *Projeto de lei do Senado n. 267/2018*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133458>>. Acesso em 04 jul. 2018.

TOWERS, B. The impact of the California Natural Death Act. *Journal of Medical Ethics*. 1978;4(2):96-98.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 14^a Vara Cível da Comarca de São Paulo. Autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100. Juíza Leticia Antunes Tavares. Sentença proferida em 02/03/2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Cível 1084405-21.2015.8.26.0100. Desembargador Relator Giffoni Ferreira. DJ 14/03/2017.

URUGUAI. *Ley* 18.473. Disponível em: <<https://uruguay.justia.com/nacionales/leyes/ley-18473-apr-3-2009/gdoc/>>. Acesso em 06 jul.2018.

WILLIAM, J. Winslade. Thoughts on Technology and Death: An Appraisal of California's Natural Death Act. 26 *DePaul L. Rev.* 717 (1977). Disponível em: <http://via.library.depaul.edu/law-review/vol26/iss4/2>, acesso em 04 jul. 2018.

YARN, Douglas H. *Dictionary of Conflict Resolution*. São Francisco: Ed. Jossey Bass, 1999.

Como citar: DADALTO, Luciana. A judicialização do testamento vital: análise dos autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100/TJSP **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 2, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-judicializacao-do-testamento-vital/>>. Data de acesso.