



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

BRUNA AMORIM SOUZA

**O EXERCÍCIO DO PODER DECISÓRIO DO PACIENTE ANTE
A TERMINALIDADE DA VIDA À LUZ DOS PRESSUPOSTOS
DA CAPACIDADE E DA VULNERABILIDADE**

Salvador
2016

BRUNA AMORIM SOUZA

**O EXERCÍCIO DO PODER DECISÓRIO DO PACIENTE ANTE
A TERMINALIDADE DA VIDA À LUZ DOS PRESSUPOSTOS
DA CAPACIDADE E DA VULNERABILIDADE**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ana Thereza Meirelles

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

BRUNA AMORIM SOUZA

**O EXERCÍCIO DO PODER DECISÓRIO DO PACIENTE ANTE
A TERMINALIDADE DA VIDA À LUZ DOS PRESSUPOSTOS
DA CAPACIDADE E DA VULNERABILIDADE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2016

Dedico este trabalho a Deus, por ter me protegido nesta caminhada, e por ter me dado força e sabedoria na realização deste trabalho.

Àqueles que mais amo, meus pais Hudson e Rose, e minha irmã Renata, pelo apoio, paciência e compreensão na realização deste trabalho, e por me darem força para seguir adiante nos momentos mais difíceis e para alcançar os objetivos que almejo conquistar.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me proporcionar a vida e por me proteger durante toda a minha caminhada.

A meus pais, por toda educação, amor, carinho, apoio e compreensão que a mim foram dedicados, e por sempre acreditarem na minha capacidade.

A minha irmã pelo incentivo, carinho e por sempre torcer por mim.

Aos meus familiares, pelo apoio, compreensão pelos momentos de ausência e crença no meu sucesso.

A minha Orientadora Prof. Ana Thereza Meirelles, por toda a dedicação, compreensão, apoio, paciência e pelos ensinamentos transmitidos ao longo da realização do presente trabalho.

A todos os professores, que contribuíram para a minha formação acadêmica e que despertaram ainda mais o meu amor pelo Direito.

Aos amigos que a graduação me proporcionou, pelo apoio mútuo nos momentos mais difíceis durante a trajetória no curso de Direito.

Aos meus amigos, por todo o incentivo, compreensão, e crença no meu sucesso.

A todas as pessoas que direta ou indiretamente contribuíram significativamente para realização deste trabalho.

“Gostaria de dizer para você que viva como quem sabe que vai morrer um dia, e que morra como quem soube viver direito”.

Chico Xavier

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo abordar as questões relacionadas ao poder decisório do paciente que se encontra no fim de sua vida, dando ênfase as Diretivas antecipadas de vontade, perpassando pela análise dos pressupostos da capacidade e da vulnerabilidade. O capítulo inicial discorre sobre a terminalidade da vida, caracterizando-a, expondo as situações em que ela estará configurada e diferenciando conceitos relacionados à temática. O capítulo III traz à baila todos os conceitos e questionamentos relacionados às Diretivas antecipadas de vontade, conceituando-as, traçando sua evolução histórica e explicando suas espécies, quais sejam Testamento vital e Mandato duradouro. O capítulo IV elucida as diretrizes relacionadas aos institutos da autonomia privada, capacidade e vulnerabilidade. Analisa a diferença entre autonomia privada e autonomia da vontade, o consentimento livre e esclarecido, as espécies de exercício da autonomia em terminalidade de vida, o sistema de capacidades adotado pelo atual Código Civil Brasileiro, as alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e a proteção conferida aos sujeitos vulneráveis. O capítulo V busca elucidar questionamentos surgidos com a Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, sua compatibilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Visa também discorrer sobre a aplicabilidade das diretivas antecipadas de vontade no sistema jurídico brasileiro, trazendo respostas sobre a possibilidade do paciente, em vida, realizar um testamento vital ou um mandato duradouro, com base na sua autonomia privada, determinando quais devem ser as medidas adotadas pelos médicos, caso esta pessoa futuramente se encontre em estado de terminalidade da vida, momento em que estará vulnerável e incapaz para o exercício de sua autonomia, e quais os limites desse poder decisório exercido pelo paciente.

Palavras-chave: Diretivas antecipadas de Vontade; Terminalidade da vida; Resolução 1.995/2012; Autonomia Privada; Capacidade; Vulnerabilidade.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC/02	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
DAV	Diretivas Antecipadas de Vontade
STF	Supremo Tribunal Federal
CFM	Conselho Federal de Medicina
PSDA	<i>Patient Self-determination Act</i>
EUA	Estados Unidos da América
MPF	Ministério Público Federal
UTI	Unidade de Tratamento Intensivo
SET	Suspensão de Esforço Terapêutico
Coord.	Coordenador
ed.	edição
n.	número
org.	organizador
p.	página
v.	volume
a.	ano

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A TERMINALIDADE DA VIDA	13
2.1 CONCEITO E IMPLICAÇÕES	13
2.2 SITUAÇÕES DE FIM DA VIDA	17
2.2.1 Estado Terminal	18
2.2.2 Estado Vegetativo Persistente	19
2.2.3 Demência Avançada	22
2.3 ORTOTANÁSIA, EUTANÁSIA E DISTANÁSIA	23
3 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	33
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	33
3.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS	38
3.3 ESPÉCIES	42
3.3.1 Mandato Duradouro	44
3.3.2 Testamento Vital	47
4 AUTONOMIA, CAPACIDADE E VULNERABILIDADE	52
4.1 AUTONOMIA PRIVADA	52
4.1.1 Conceito	53
4.1.2 Diferenciação entre Autonomia privada e Autonomia da vontade	56
4.1.3 Autonomia no Ordenamento Jurídico Brasileiro	58
4.1.4 Consentimento livre e esclarecido	60
4.1.5 O exercício da autonomia em terminalidade	63
4.1.5.1 Autonomia Pura	64
4.1.5.2 Julgamento Substituto	65
4.1.5.3 Melhores Interesses	67
4.2 CAPACIDADE	68
4.2.1 Conceito	68
4.2.2 Sistema de incapacidades adotado pelo Código Civil de 2002 e alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência	71
4.2.3 Capacidade e a tomada de decisões pelo paciente	74

4.3 VULNERABILIDADE	77
4.3.1 Conceito	78
4.3.2 Vulnerabilidade Existencial	80
4.3.3 Os sentidos da vulnerabilidade	82
4.3.4 Diferenciação de Vulnerável e Vulnerado	84
5 O DELINEAMENTO DO EXERCÍCIO DO PODER DECISÓRIO DO PACIENTE EM CONTEXTO TERMINAL	87
5.1 APLICAÇÃO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	87
5.2 RESOLUÇÃO 1.995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA	93
5.2.1 Modelo de exercício da autonomia adotado	96
5.2.2 Papel e responsabilização do médico	99
5.3 LIMITES AO EXERCÍCIO DO DIREITO A AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE EM FIM DE VIDA	103
5.4 APLICAÇÕES DOS PRESSUPOSTOS DA CAPACIDADE E DA VULNERABILIDADE NO EXERCÍCIO DO PODER DECISÓRIO DO PACIENTE	105
6 CONCLUSÃO	108
REFERÊNCIAS	114

1 INTRODUÇÃO

Em face dos novos paradigmas do Direito, é inevitável o surgimento de discussões envolvendo questões existenciais, pois elas trazem a necessidade de uma análise aprofundada de direitos e garantias fundamentais, assim como de princípios constitucionais.

Sabe-se que um dos maiores temores dos homens é a morte. A morte é vista como um tabu, e pouco se discute sobre ela. Todavia, a única certeza que nós, seres humanos, possuímos é que a morte é inevitável para todos.

O processo de fim da vida, quando associado a doenças incuráveis, é por si só um momento doloroso e associado a muito sofrimento, seja para os familiares, ou para aqueles que efetivamente encontram-se na iminência da morte. Visando minimizar esse sofrimento, há a defesa do poder decisório do paciente nessas situações, objetivando o respeito à sua dignidade e autonomia.

É a partir desse contexto que surgem as Diretivas Antecipadas de Vontade, como instrumento capaz de determinar previamente os procedimentos médicos que o sujeito será submetido ou aqueles que ele poderá recusar caso esteja acometido de enfermidade, que inevitavelmente o coloque em processo de fim de vida. Essas escolhas decorrerão da vontade própria do indivíduo que previamente as estabelecerá, através do exercício da sua autodeterminação, visando uma proteção das suas escolhas, em momentos futuros, e, diga-se de passagem, incertos.

Ocorre que, em que pese, os inúmeros avanços estrangeiros sobre a possibilidade de tomada de decisões pelo paciente em fim de vida, principalmente no que tange a recusa de tratamentos, a temática e as diretivas antecipadas de vontade não são muito desenvolvidas no Brasil. De sorte que inexistente previsão legal específica tratando sobre o assunto, estando esse regulado apenas no âmbito administrativo da Medicina, através de resoluções do Conselho Federal de Medicina, sendo a principal delas a Resolução nº 1.995/2012.

Deste modo, o capítulo inicial desta monografia busca esclarecer os conceitos e situações associados à terminalidade da vida, explicitando os quadros clínicos que se encaixam nesse conceito. Discorre ainda sobre os avanços ocorridos nas últimas décadas na Medicina, principalmente no que tange ao surgimento de tratamentos e

até mesmo a cura para enfermidades. Ocorre que esses avanços levaram ao prolongamento exacerbado da vida dos homens, dissociada de benefícios e qualidade de vida para o enfermo.

Ainda nesse contexto, torna-se essencial diferenciar os institutos da eutanásia, ortotanásia e distanásia, assim como suas consequências e proteção ou proibição no ordenamento jurídico brasileiro. É preciso delinear os limites ao poder decisório do paciente para que não implique na prática de atos ilegais, como a eutanásia, terminantemente proibida pelo sistema normativo do Brasil.

O terceiro capítulo versará efetivamente sobre o instituto das diretivas antecipadas de vontade. Será demonstrado como ocorreu o seu surgimento e o seu desenvolvimento, principalmente nos Estados Unidos da América, onde as cortes constitucionais já se posicionaram sobre a temática. Também serão relatados casos emblemáticos que deram ensejo ao início das discussões para criação e legitimação do instituto.

Por conseguinte, serão apresentadas e diferenciadas as espécies contidas nas DAV, quais sejam, o testamento vital e o mandato duradouro, analisando as peculiaridades, aplicabilidade e características de cada uma. Além de demonstrar as situações em que elas poderão ser utilizadas pelo indivíduo, objetivando uma proteção futura de suas vontades.

Restando demonstrada as DAV e as situações em que ela pode ser utilizada, cumpre ao quarto capítulo analisar os principais pressupostos associados a ela, que são a autonomia privada, a capacidade e a vulnerabilidade.

Em relação a autonomia privada haverá uma análise da sua evolução no tempo. Essa análise inicia-se desde o Estado liberalista, com a aplicação da autonomia como direito fundamental absoluto que legitimava a não intervenção do Estado nas relações entre particulares, visando garantir ao máximo a liberdade individual dos sujeitos, passando pela noção da necessidade de proteção estatal dos indivíduos através de políticas públicas, limitando assim a autonomia privada, até o surgimento do Estado Democrático, em que busca-se um equilíbrio entre as liberdades individuais e a atuação estatal, sempre que possível conferindo o máximo de proteção à autonomia privada do sujeito.

No que tange a capacidade, será delineada sua aplicabilidade nas DAV, se ela se conforma com a definição trazida no Código Civil brasileiro, afastando a possibilidade

de sujeitos considerados incapazes pelo ordenamento realizarem as DAV, ou se ela deve ser analisada sobre um novo parâmetro, qual seja, o discernimento. Também haverá breve explicação sobre as mudanças trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que entrou recentemente em vigor, e suas implicações no que tange a capacidade relacionada ao poder decisório do paciente.

A vulnerabilidade, por sua vez, será demonstrada sob uma nova ótica, saindo da visão de proteção dos vulneráveis no âmbito patrimonial, passando a sua defesa no que tange os aspectos e relações existenciais. Além do mais, restarão demonstrados os três sentidos em que comumente ela é utilizada, que são a sua visão enquanto condição universal humana, a sua defesa enquanto princípio, e ela enquanto característica particularizadora de alguns grupos sociais. Demonstrando-se ao final a vulnerabilidade dos pacientes em fim de vida, decorrente das enfermidades enfrentadas e do sofrimento a que estão expostos, e a necessidade de proteção individual desses sujeitos.

Por fim, o último capítulo analisa a compatibilidade das diretivas antecipadas de vontade com o ordenamento jurídico vigente e a possibilidade de sua aplicação no Brasil. Será delineado também os impactos decorrentes da publicação da Resolução 1.9995/2012 do Conselho Federal de Medicina tratando sobre esse instituto, principalmente no que tange o papel e a possível responsabilização dos médicos no cumprimento dessas disposições. Findando com a delimitação do direito à autodeterminação do paciente em fim de vida, estabelecendo seus limites, e dispondo sobre as implicações e aplicações da capacidade e da vulnerabilidade nesse contexto.

2 A TERMINALIDADE DA VIDA

A única certeza que todos possuem é que um dia morrerão, pois, o ser humano é finito e tem consciência sobre a limitação do seu tempo de vida.

Em que pese, a consciência sobre a limitação temporal da existência, paira um temor sobre as temáticas relacionadas à morte, essa estando sempre associada a sentimentos ruins, de sorte que poucas são as discussões envolvendo a terminalidade da vida e as suas consequências, tanto no âmbito pessoal quanto no âmbito jurídico.

Certo é que a morte ocupa posição central na vida, apesar disso, as pessoas insistem em negá-la e evitá-la, pois não estão preparadas psicologicamente para esse momento de completa ausência de consciência eterna.¹

Sem dúvidas, um dos assuntos que mais causam temor e receio na sociedade atual é a morte. Todavia, a ideia da imortalidade não pode ser pensada com naturalidade, pois foge da realidade humana, portanto, também deve haver temor em relação ao ser eterno.

Muitas são as discussões envolvendo a temática e as causas que levam a ela, principalmente no que tange aos cuidados e tratamentos que o sujeito em fim de vida deverá ou não ser submetido para prolongar a sua vida ou apenas distanciar a sua morte.

Com base nisso surgem os seguintes questionamentos: O que seria o paciente terminal? Quando o sujeito poderia ser considerado em estado terminal? Para aprofundar a temática é preciso analisar os avanços que a medicina e os tratamentos médicos vêm sofrendo ao longo dos anos.

2.1 CONCEITO E IMPLICAÇÕES

Em tempos mais remotos, poucos eram os tratamentos médicos capazes de curar os enfermos, assim como as doenças também eram pouco conhecidas, o que acabava

¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, ed. 2, 2011, p. 310.

levando, na maioria das vezes, a morte. Todavia, isso era visto como uma etapa da vida, inevitável, fruto da vontade divina, cabendo a cada um aceitar à hora da sua partida.²

Entretanto, o avanço da medicina levou a descoberta de tratamentos capazes de prolongar ao máximo a vida das pessoas, de modo que tal prolongamento decorre tão somente pelo uso de aparelhagens que substituem funções biológicas do organismo do ser humano.³

Ocorre que com o passar dos anos, as pesquisas envolvendo as doenças e os tratamentos médicos foram evoluindo, de modo que houve um grande progresso tecnológico, e a cura para muitas doenças foram encontradas, assim como tratamentos paliativos capazes de afastar a dor e o sofrimento dos pacientes.

Todavia, esse progresso tecnológico levou a uma busca insaciável pela cura, pela imortalidade, buscando-se evitar a qualquer custo à morte. Como bem colocado por José Henrique Rodrigues:

A cultura da medicalização da vida, justificada pela concepção falaciosa de que a morte é o resultado do fracasso do conhecimento e da técnica médica, tem gerado e legitimado, indevidamente, os abusos da onipotência de muitos profissionais de saúde que acreditam agir sob a égide de um falso dever de prolongar a vida a qualquer custo e de vencer a morte.⁴

Segundo Maria Júlia Kovács, “o paciente terminal é produto do século XX, tendo em vista a cronificação das doenças, fruto do avanço tecnológico da Medicina”.⁵

É evidente que a cada década as pessoas vivem mais, principalmente em função dos progressos medicinais, havendo, assim, o envelhecimento da população. Esse envelhecimento populacional tem como principal consequência o aumento das doenças crônicas típicas da idade, o que leva os sujeitos acometidos por elas a serem submetidos a tratamentos prolongados e, na maioria das vezes, dolorosos, para evitar a morte, esquecendo-se muitas vezes da tão preconizada dignidade humana.⁶

² DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 26.

³ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, ed. 2, 2011, p. 310.

⁴ TORRE, José Henrique Rodrigues. Ortotanásia não é homicídio e nem eutanásia. In: MORITZ, Rachel Duarte (org). **Conflitos bioéticos do viver e do morrer**. Brasília: CFM, 2011, p. 161.

⁵ KOVÁCS, Maria Júlia. Autonomia e o direito de morrer com dignidade. **Bioética**. Brasília: v.6, n. 1, 1998, p. 61-69.

⁶ LIMA, Maria de Lourdes Feitosa; REGO, Sérgio Tavares de Almeida; SIQUEIRA-BATIST, Rodrigo. Processo de tomada de decisão nos cuidados de fim de vida. **Revista Bioética**. São Paulo: 2015, v.23, n. 1, p.32. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/983>. Acesso em: 23 nov. 2015.

As pessoas com enfermidades graves, denominadas de pacientes terminais, passam por diversas fases. Algumas dessas fases são caracterizadas por informar as pessoas próximas sobre a real gravidade da sua doença, ou pelo fato do enfermo tomar consciência de que a morte está próxima, levando a fase de despedidas e delegação de responsabilidades aos entes queridos.⁷

Essa cultura pela busca eterna da cura, evitando-se a todo custo a morte faz com que os pacientes, no final de sua vida, tenham uma série de receios, quais sejam medo de se tornarem solitários ou, em contrapartida, altamente dependentes. Medo de sofrerem na hora da morte ou no seu processo, medo do abandono, das perdas, do distanciamento da família, entre outros.⁸

Diante disso, certo é que a medicina deve buscar sempre o bem-estar, a dignidade e o respeito a vontade do paciente, jamais se deve visar a imortalidade ou o prolongamento da vida a qualquer custo, pois deve haver sempre a busca pela diminuição do sofrimento, manutenção da qualidade de vida e o respeito a autonomia do paciente.⁹

A partir dessa evolução histórica da medicina e sua busca incessante para evitar a morte, cumpre explicitar quem são esses sujeitos que se encontram em estado terminal e por isso estão mais propensos a serem submetidos a essas práticas médicas que visam o prolongamento da vida.

Não há atualmente um consenso sobre o conceito de paciente terminal, estado terminal ou enfermo terminal. Maria de Lourdes Feitosa Lima conceitua enfermo terminal como sendo “o paciente gravemente doente, ou com moléstia grave, irreversível, que não responde a nenhuma terapêutica conhecida e que se encontra em processo cujo desfecho será a morte, podendo ter, em geral, até seis meses de vida”.¹⁰

⁷ KOVÁCS, Maria Júlia. A caminho da morte com dignidade no século XXI. **Bioética**. Brasília: v. 22, n. 1, 2014, p. 96. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/886>. Acesso em 22 fev. 2016.

⁸ *Ibidem*, loc.cit.

⁹ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 26.

¹⁰ LIMA, Maria de Lourdes Feitosa; REGO, Sérgio Tavares de Almeida; SIQUEIRA-BATIST, Rodrigo. Processo de tomada de decisão nos cuidados de fim de vida. **Revista Bioética**. São Paulo: 2015, v.23, n. 1, p.32. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/983>. Acesso em: 23 nov. 2015.

Já Knobel e Silva afirmam que “paciente terminal é aquele cuja condição é irreversível, independentemente de ser tratado ou não, e que apresenta uma alta probabilidade de morrer num período relativamente curto de tempo”.¹¹ Ou seja, paciente terminal seria aquele sujeito que não tem perspectiva de cura, não havendo probabilidade de recuperação, além da iminência da morte.

Luciana Dadalto traz a classificação utilizada pela Sociedade Espanhola de Cuidados Paliativos (SECPAL) para caracterizar um paciente como terminal. Segundo a citada sociedade é necessária a conjuntura de cinco elementos para que uma enfermidade seja classificada como terminal. Esses elementos são: 1) A existência de uma doença que não tenha cura e esteja em estado avançado; 2) A não reação a tratamentos específicos; 3) Presença de inúmeros problemas ou sintomas intensos, múltiplos, multifatoriais; 4) O abalo emocional causado no paciente, nos profissionais de saúde e em sua família, em função da provável e eminente morte e; 5) Prognóstico de vida inferior a 06 meses.¹²

A terminalidade de vida é quando se esgotam as possibilidades de resgate das condições de saúde e a possibilidade de morte próxima parece inevitável e previsível. O indivíduo se torna "irrecuperável" e caminha para a morte, sem que se consiga reverter este caminhar.¹³

Independentemente do conceito adotado de paciente terminal, certo é que as enfermidades que levam o sujeito a esse estado ameaçam a sua autonomia, que não deve ser jamais esquecida.

O paciente terminal esteja ele consciente ou não, não pode ter os seus direitos e desejos limitados arbitrariamente em razão da sua condição física, pelo contrário, sua dignidade e poder de autodeterminação devem ser preservadas da melhor forma possível.¹⁴

Embora haja o desejo incessante da família de superproteger o doente, isso pode levar a redução da sua autonomia, o submetendo a situações que nem sempre lhe

¹¹ KNOBEL, Marcos; SILVA, Ana Lúcia Martins da. O paciente terminal: vale a pena investir no tratamento?. **Einstein**. São Paulo: 2004, v. 2, n. 2, p. 133. Disponível em:< [http://www.einstein.br/biblioteca/artigos/Vol2Num2/O%20paciente%20terminal%20%20\(Marcos\).pdf](http://www.einstein.br/biblioteca/artigos/Vol2Num2/O%20paciente%20terminal%20%20(Marcos).pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2016.

¹² DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 29.

¹³ GUTIERREZ, PL. O que é o paciente terminal. **Revista Associação Médica Brasileira**, v.47, n.2, 2001, p. 92.

¹⁴ DADALTO, Luciana. *Op. Cit.*, 2015, p. 30-31.

agradam, o que pode gerar maiores desconfortos ao sujeito que já se encontra por deveras debilitado.¹⁵

Por isso, é de suma importância que o paciente possa exercer a sua autodeterminação, permitindo que o mesmo participe das decisões que envolvem sua saúde, quando estiver consciente, ou que suas decisões anteriores sejam respeitadas, quando este se encontrar inconsciente.¹⁶

2.2 SITUAÇÕES DE FIM DA VIDA

As situações de fim de vida são caracterizadas como situações em que o paciente se encontra por deveras debilitado, sem perspectiva de cura, possibilitando assim o uso da sua autonomia para afastar procedimentos e tratamentos médicos que não lhe tragam benefícios, apenas prolongando o seu sofrimento.

Malgrado o uso da nomenclatura paciente terminal, não só a eles são aplicáveis as decisões sobre o fim da vida. Existem três estados clínicos genéricos em que é possível falar em tomada de decisões sobre o fim de vida, eles são: doença terminal, estado vegetativo persistente (EVP) e demências avançadas.¹⁷

Esses três estados clínicos caracterizam pacientes que se encontram em fim de vida e por isso devem ter sua autonomia e dignidade resguardadas através do respeito as suas vontades e escolhas que possam ter sido feitas anteriormente, conforme será retratado no capítulo sobre diretivas antecipadas de vontade.

¹⁵ KOVÁCS, Maria Júlia. A caminho da morte com dignidade no século XXI. **Bioética**. Brasília: v. 22, n. 1, 2014, p. 96. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/886>. Acesso em 22 fev. 2016.

¹⁶ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁷ DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n.1, p. 109. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/791>. Acesso em: 23 nov. 2015.

2.2.1 Estado Terminal

O estado terminal é, dos três estados clínicos, o mais conhecido, estudado e citado. Não raras são às vezes em que esse estado é utilizado como gênero, doenças terminais, que englobaria o estado vegetativo persistente e a demência avançada.

Ocorre que, não obstante o constante equívoco, o estado terminal não deve ser visto como gênero, ele possui conceito e aplicações próprias que diferem dos outros estados clínicos já mencionados.

Segundo Luciana Dadalto, “doença terminal é aquela em que a patologia do paciente está em estágio irreversível e incurável e que a morte é esperada nos próximos seis meses”.¹⁸

Por sua vez, Maria Elisa Villas-Bôas afirma que “terminal é o paciente que, encontrando-se já em fase tal de sua patologia, evoluirá inexoravelmente para o óbito, sem que haja nenhum recurso médico capaz de evitar esse desfecho e “independentemente dos esforços empregados”.¹⁹

O paciente terminal, portanto, é quando se esgotam as possibilidades de resgate das condições de saúde do sujeito e a possibilidade de morte próxima parece inevitável e previsível. O indivíduo se torna “irrecuperável” e caminha para a morte, sem que se consiga reverter este caminhar.²⁰

Gisele Mendes de Carvalho traz características necessárias para identificação do paciente em estado terminal.

a) A presença de enfermidade avançada e incurável pelos meios técnicos existentes; b) impossibilidade de respostas a tratamentos específicos; c) presença de sintomas múltiplos, multifatoriais e cambiantes que condicionam a instabilidade evolutiva do paciente; d) impacto emocional (devido à iminência da morte) no paciente, família e equipe terapêutica; e) prognóstico de vida breve (inferior a seis meses).²¹

¹⁸ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. *Revista Bioética*. São Paulo: 2013, v.21, n. 3, p.466. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855>. Acesso em: 23 nov. 2015.

¹⁹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 36-37.

²⁰ MARENGO, M. O. ; FLAVIO, D. A.; SILVA, R. H. A. . *Terminalidade de Vida: Bioética e Humanização em Saúde*. **Medicina**. São Paulo: USP, 2009, v. 42, p. 286-293.

²¹ CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos jurídicos-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 125.

Diante disso, quando o paciente apresenta uma grave enfermidade que retira as esperanças de evolução do seu quadro clínico, tendo como diagnóstico a impossibilidade de cura, se diz que o paciente está em estado terminal. Ou seja, aquele sujeito está na iminência da morte, não havendo nada que possa ser feito pela equipe médica para reverter a situação.

O estado terminal é comum entre enfermos oncológicos ou entre aqueles que tiveram falência múltipla de órgãos, não excluindo outros casos. Não há nada que possa ser feito com o sujeito que se encontra nesse estado, apenas aguardar o desfecho da sua vida, pois a cura é inexistente, portanto, a morte é inevitável.²²

“Na condição de terminalidade, por seu turno, o risco de morte é iminente e inafastável e a finalidade precípua de curar – objetivo que se tornou inalcançável nesse estágio da doença – sede lugar ao dever de assistência e cuidado”.²³

Não é incomum que o enfermo que se encontra em estado terminal, visando findar com o seu sofrimento e, principalmente, objetivando não causar preocupações ou depender da família, peça que seus tratamentos sejam encerrados e sua morte apressada. Ocorre que estes agem pelo calor das emoções e pelo sofrimento que estão passando, de modo que recebendo os cuidados e atenções necessários, será mais fácil lidar com essa situação e até amenizar a dor.²⁴

Logo, nesses casos, a única saída é a busca para minimizar o sofrimento do paciente, de modo que a sua autonomia e dignidade sejam mantidas, para que seus últimos momentos não sejam marcados por dor e situações desagradáveis.

2.2.2 Estado Vegetativo Persistente

O estado vegetativo persistente é o segundo estado clínico que caracteriza o paciente como terminal.

²² VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial**: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 37.

²³ *Ibidem*. p. 39.

²⁴ *Ibidem*. p. 38.

“A designação de Estado Vegetativo Persistente (EVP) foi pela primeira vez utilizada em 1972 num artigo clássico de Jennett e Plum, significativamente intitulado “*Persistent vegetative state after brain damage. A syndrome in search of a name*”.²⁵

O paciente que esteja em estado vegetativo é caracterizado pela total ausência de consciência, ademais o sujeito não responde a estímulos, alterna períodos de sono e vigília, necessita de alimentação e cuidados alheios para se manter vivo, mas conserva parcial ou totalmente algumas funções hipotalâmicas e do tronco cerebral.²⁶

O EVP é quando o paciente está em situação clínica de completa ausência da consciência de si e do ambiente circundante, com ciclos de sono-vigília e preservação completa ou parcial das funções hipotalâmicas e do tronco cerebral por mais de três meses após anóxia cerebral e doze meses na sequência de traumatismo craniano.²⁷

O que caracteriza o estado vegetativo “é uma combinação de períodos de vigília, com total ausência de evidência de uma mente funcional em termos de recepção ou emissão de informação, ou seja, uma clara dissociação entre “estar acordado” e “estar consciente”.²⁸

A pessoa que se encontra em estado vegetativo está viva, porém permanentemente incapaz, não tendo noção de si ou dos que o rodeiam, sendo irreversível o seu quadro, estando eternamente dependente. Nesse estado “há destruição cortical de tal monte que torna irrecuperável qualquer vida relacional, preservando-se, contudo, íntegras as funções vegetativas do tronco encefálico”.²⁹

O estado vegetativo persistente ocorre quando o paciente se encontra em situação de completa ausência de consciência, mas há preservação de todas ou algumas funções vitais (cardiovasculares, renais, respiratória, entre outras). Nesses casos é possível

²⁵ CARNEIRO, António Vaz; ANTUNES, João Lobo; FREITAS, António Falcão de. **Relatório sobre o estado vegetativo persistente**. São Paulo: Conselho Nacional de ética para as ciência da vida, 2005, p. 2. Disponível em: <http://www.cnecev.pt/admin/files/data/docs/1273055807_P045_RelatorioEVP.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2016.

²⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. A terminalidade da vida. *In*: CEDENHO, Antônio (dir.). **Revista Tribunal Regional da Terceira Região**. São Paulo: 2013, n. 116, p. 44.

²⁷ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3, p.466. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855>. Acesso em: 23 nov. 2015.

²⁸ CARNEIRO, António Vaz; ANTUNES, João Lobo; FREITAS, António Falcão de. *Op. Cit.*, 2005, p. 4.

²⁹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial**: aspectos polémicos na disciplina jurídico-penal do final de vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 33.

que o sujeito continue vivo por tempo indeterminado, independentemente da utilização de aparelhos, até que outra causa venha a lhe ocasionar a morte.

Segundo um estudo sobre EVP publicado em 1994 pela *Multi-Society Task Force on PVS*:

O estado vegetativo tem como critérios de definição: total ausência de consciência do eu ou do ambiente circundante; a impossibilidade de interação com o próximo; a ausência de respostas sustentadas, reprodutíveis, intencionais e voluntárias a estímulos visuais, auditivos, tácteis ou nóxios; a ausência de compreensão ou expressão verbais, vigília intermitente, ciclos sono-vigília, preservação das funções hipotalâmicas e autonômicas suficientes para sobrevivência. Incontinência urinária e fecal; a preservação em grau variável dos reflexos dos nervos cranianos (pupilares, óculo-cefálicos, córneos, óculo-vestibulares, de deglutição) e espinomedulares.³⁰

As causas mais comuns que levam ao estado vegetativo persistente são a deficiência de oxigênio do encéfalo e os traumatismos cranianos graves, representando cerca de 80% dos casos. Os demais 20% são representados por casos de hipoglicemia, envenenamentos e doenças cerebrais agudas.³¹

Muitas vezes entende-se que realizar procedimentos e intervenções médicas extraordinárias nesses pacientes seria desnecessário, pois feriria a dignidade do indivíduo pela falta de perspectiva de alívio do sofrimento do paciente ou pela impossibilidade de cura. Mas em verdade, tudo aquilo que visa manter a dignidade do paciente, mantendo a sua qualidade de vida, deve ser realizado, objetivando sempre o bem-estar do sujeito. Entretanto, os tratamentos médicos que não trouxerem maior conforto ao paciente, devem ser dispensados.³²

Por fim, cumpre salientar que o paciente em EVP é considerado em fim de vida, pois não tem vida social, não há que se falar em chances de cura, malgrado sua vida biológica perdure por anos.³³

Resta evidente, portanto, que não se deve confundir estado vegetativo persistente com estado terminal. Enquanto no primeiro o paciente, através da alimentação e hidratação, pode ter sua vida prolongada por tempo indeterminado, no segundo não

³⁰ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 32.

³¹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial**: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 34.

³² ASCENSÃO, José de Oliveira. A terminalidade da vida. In: CEDENHO, Antônio (dir.). **Revista Tribunal Regional da Terceira Região**. São Paulo: 2013, n. 116, p. 44.

³³ DADALTO, Luciana. *Op. Cit.*, 2015, p. 34.

há que se falar em prolongação da vida, pois a morte é iminente e só pode ser contida por aparelhos.³⁴

2.2.3 Demência Avançada

Esse estado clínico não era considerado como situação de fim de vida em que se permite ao paciente a recusa a tratamentos e procedimentos, através do exercício da autodeterminação pelas diretivas antecipadas de vontade. Todavia, com o crescente envelhecimento populacional, o aumento da longevidade e das doenças crônicas, tornou-se indispensável classificar a demência avançada como situação de fim de vida.³⁵

Portanto, a demência avançada é uma “doença” do novo século, mas que embora seja recente, já acomete boa parte da população idosa mundial e por isso merece mais atenção precisando ser analisados seus avanços, possíveis tratamentos médicos e os cuidados que devem ser dispensados às pessoas que a possuem.

A demência avançada é entendida como “quadro clínico em que o paciente tem função motora alterada, perdeu a autoconsciência e a reação à dor e o prognóstico de recuperação neurológica é irreversível”.³⁶

A preocupação com tal estado clínico se deu em razão do crescente aumento da população idosa e conseqüente aumento das enfermidades que afetam essa faixa etária.

Verificou-se que as doenças que acometem essa parcela populacional são multifacetadas, incuráveis e incapacitantes, o que reduz a autonomia do indivíduo, impedindo-o de decidir livremente sobre quais tratamentos médicos deseja ser

³⁴ DADALTO, Luciana. Declarações prévias de vontade em caso de terminalidade: estudos acerca da utilização do testamento vital como forma de prevenir demandas médicas e proteger a autonomia do paciente. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (Coords.). **Dos Hospitais aos Tribunais**. São Paulo: Del Rey, 2013, p. 383.

³⁵ *Idem*. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 35.

³⁶ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3, p.466. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855>. Acesso em: 23 nov. 2015.

submetido. Daí porque se pensar na utilização das diretivas antecipadas de vontade para pacientes acometidos por demência avançada.³⁷

Como todas as doenças crônicas, que evoluem para incapacitar o paciente, a demência avançada, entendida aqui como uma síndrome caracterizada pelo declínio progressivo e global de memória, associado ao déficit de uma ou mais funções cognitivas (linguagem, agnosia, apraxias, funções executivas), com uma intensidade que possa interferir no desempenho social diário ou ocupacional do indivíduo, é uma das patologias que mais acometem o idoso.³⁸

Infelizmente a demência avançada tende a ser progressiva, o que faz com que os pacientes necessitem cada dia mais de cuidados e novos tratamentos, assim como os torna cada vez mais debilitados, seja psicologicamente ou fisicamente.

Os enfermos que se encontram nesse estado, normalmente, necessitam de cuidados essenciais ou até mesmo totais, o que os torna inteiramente dependentes de terceiros. Entretanto, tal circunstância não deve impossibilitar que o paciente, caso tenha condições ou caso já o tenha feito, expressar a sua vontade demonstrando seus desejos.

Por todo exposto, se percebe a importância da inclusão da demência avançada como estado clínico autorizador da recusa de tratamentos através da realização das diretivas antecipadas de vontade. Pois, certo é que tal situação retira a consciência do indivíduo, o incapacitando, reduzindo assim sua autonomia. Ademais, com o crescente envelhecimento populacional, tende-se ao aumento de casos existentes desse estado clínico.

2.3 ORTOTANÁSIA, EUTANÁSIA E DISTANÁSIA

Para se falar em terminalidade da vida e no uso das diretivas antecipadas de vontade para afastar procedimentos e tratamentos médicos desnecessários, que apenas visam prolongar a vida do paciente, sem em contrapartida oferecer uma melhora no

³⁷ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3, p.466. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855>. Acesso em: 23 nov. 2015.

³⁸ CARAMELLI, P.; BARBOSA, M. T. Como diagnosticar as quatro causas mais frequentes de demência?. **Revista brasileira de psiquiatria**. São Paulo: 2002, v. 24, n. 01, p. 7. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbp/v24s1/8850.pdf>>. Acesso em: 22. Fev. 2016.

seu bem-estar e qualidade de vida, é preciso diferenciar alguns termos importantes, que comumente são confundidos.

Sabe-se que a Constituição Federal Brasileira protege o direito à vida e a dignidade humana, mas não há legislação expressa no sistema jurídico que trate sobre o direito à morte digna. Tal lacuna jurídica, além de polêmicas sobre a temática, gera insegurança, principalmente para a equipe médica que possui um grande temor na prática de alguns atos para salvaguardar o bem estar do paciente.³⁹

Não é incomum que pessoas que se encontram em situação de fim de vida, com doenças degenerativas ou múltiplos sintomas, peçam para morrer. Esses pedidos podem ocorrer para poupar os familiares do sofrimento, para acabar com dores insuportáveis, ou até mesmo pela consciência de que o fim está próximo. Certa é a necessidade de diferenciar esses pedidos, se eles tratam de eutanásia, ortotanásia ou distanásia.⁴⁰

A etimologia da palavra eutanásia vem do grego *eu*, que significa boa, e *thanatos*, representando a morte, portanto a eutanásia seria a “boa morte”, ou seja, a morte ligada ao sentimento de benevolência, seria o direito de matar de forma piedosa, um crime caritativo. Apesar da origem grega da palavra, o termo eutanásia foi criado por Francis Bacon no século XVII.⁴¹

Num primeiro momento, a eutanásia – *euthanatos* - não estava associada à provocação da morte, mas sim buscar a diminuição do sofrimento do enfermo para que a morte ocorresse do modo mais indolor possível. Mas o conceito de eutanásia passou por uma série de transformações que levaram ao sentido adotado atualmente.⁴²

³⁹ CRUZ, Maria Luiza Monteiro da; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3, p.406. Disponível em: < http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/850>. Acesso em: 23 nov. 2015.

⁴⁰ KOVÁCS, Maria Júlia. A caminho da morte com dignidade no século XXI. **Bioética**. Brasília: v. 22, n. 1, 2014, p. 97. Disponível em: < http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/886>. Acesso em 22 fev. 2016.

⁴¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer**: eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.67.

⁴² ADONI, André Luis. Bioética e biodireito: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito à morte digna. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, v. 818, a. 92, p. 405.

A eutanásia trata da morte por piedade, por benevolência, envolve na maioria das vezes uma situação de conflito entre a equipe médica, os familiares e o paciente.⁴³

Aqueles pacientes que se encontram em situação de terminalidade, ou seja, com enfermidade incurável, cuja situação é irreversível, e principalmente aqueles que estão sofrendo, sejam dores físicas ou psicológicas, tendem a pedir para morrer. Ocorre que os sujeitos que o rodeiam e acompanham a sua situação, tomados por um sentimento de pena, com a finalidade estritamente benevolente, atendem ao pedido do paciente apressando a sua morte, ocorrendo assim a prática da eutanásia.⁴⁴

O conceito de eutanásia não é unânime entre os doutrinadores, muitas discussões pairam sobre esse instituto. Alguns afirmam que para haver eutanásia tem que ter o sentimento de piedade, benevolência. Já outros afirmam que só haveria eutanásia se essa fosse praticada por um médico e não por um terceiro qualquer.⁴⁵

Segundo Maria Luiza Cruz e Reinaldo Oliveira, “se compreende eutanásia como a provocação da morte de paciente em fase terminal de vida ou acometido por doença incurável, praticada por terceiro movido por sentimento de piedade”.⁴⁶

Já Roberto Dias conceitua a eutanásia como:

A aceleração ou não prolongação da morte por motivo de compaixão promovida por médico a pedido expresso ou por vontade presumida do enfermo, mas sempre em seu interesse, levando-se em consideração sua compreensão de dignidade.⁴⁷

A eutanásia consiste na morte provocada por um terceiro, seja por ação ou omissão, adiantando a morte do sujeito que se encontra em estado grave e não quer mais sofrer. Sendo considerada, portanto, uma prática caracterizada pelos sentimentos de

⁴³ KOVÁCS, Maria Júlia. A caminho da morte com dignidade no século XXI. **Bioética**. Brasília: v. 22, n. 1, 2014, p. 97. Disponível em: < http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/886>. Acesso em 22 fev. 2016.

⁴⁴ MARTEL, Letícia de Campos Velho. Terminalidade da vida e limitação consentida de tratamento: um olhar jurídico sobre a Resolução 1805/2006 do CFM. *In*: Feitosa, Raymundo Juliano; GALUPPO, Marcelo Campos; MEZZARROBA, Orides (Coords.). **XVI CONPEDI, 2007, Belo Horizonte, Anais do CONPEDI**. Florianópolis: FUNJAB, 2007, p. 207-208.

⁴⁵ CRUZ, Maria Luiza Monteiro da; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3, p.408. Disponível em: < http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/850>. Acesso em: 23 nov. 2015.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 406.

⁴⁷ DIAS, Roberto. **O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 239.

piedade e compaixão, todavia configura-se como conduta típica no Código Penal Brasileiro.⁴⁸

O ato do médico ou do terceiro tem como finalidade, exclusivamente, acabar com a dor do paciente que leva a sua indignidade, de modo a eliminar o sofrimento causado pela enfermidade ao sujeito e a seus entes queridos por presenciarem o sofrimento deste.

Esse instituto trata da efetiva promoção do óbito, seja por meio de uma ação ou uma omissão do médico, de um paciente que possui doença incurável e está sofrendo muito, de modo a abreviar a sua vida, ou seja, antecipando a sua morte.⁴⁹

A eutanásia pode decorrer de uma ação, conhecida como eutanásia ativa, ou de uma omissão, chamada de eutanásia passiva, ambas levando a aceleração da morte do paciente.

No que tange a eutanásia ativa não há muitas discussões, a maioria dos doutrinadores concordam que se trata da prática de uma conduta comissiva que antecipa a morte do enfermo. Tem-se como principal exemplo o uso de drogas letais. Todavia, em relação à eutanásia passiva há grandes discussões. Corrente majoritária entende que a eutanásia passiva consiste numa conduta omissiva que leva a morte do paciente através da supressão de tratamentos e aparelhos necessários para a manutenção da vida do enfermo. Entretanto, existe parte da doutrina que afirma que eutanásia passiva e ortotanásia, em verdade, são o mesmo instituto, tendo igual significado. Essa última corrente não é defendida neste trabalho monográfico.⁵⁰

Conforme bem leciona Maria Elisa Villas-Bôas, “a eutanásia passiva, bem como a ativa, tem por busca de resultado promover a morte, a fim de, com ela, pôr termo aos sofrimentos. Apenas difere no meio empregado, que é uma ação numa e uma omissão noutra”.⁵¹

⁴⁸ CRUZ, Maria Luiza Monteiro da; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3, p.408. Disponível em: < http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/850>. Acesso em: 23 nov. 2015.

⁴⁹ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, ed. 2, 2011, p. 312.

⁵⁰ *Ibidem, loc.cit.*

⁵¹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o Direito penal brasileiro. **Revista Bioética**. Brasília: 2008, v. 16, n. 1, p. 62-63. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/infex.php/revista_bioetica/article/view/56>. Acesso em: 26 fev. 2016.

Segundo Maria de Fátima Freire e Bruno Naves existem dois elementos que caracterizam a eutanásia, quais sejam, a intenção e o efeito da ação, estando intimamente associados. Na prática da eutanásia, a intenção pode levar a uma ação ou omissão, como já foi relatado. Em se tratando de ação tem-se a eutanásia ativa, que tem como efeito a abreviação da vida. Já no que tange a omissão, se tem a eutanásia passiva, que tem como efeito também a abreviação do tempo de vida do paciente, mas através da não realização de tratamento que teria indicação terapêutica no caso.⁵²

Por outro lado se tem a ortotanásia, que é a morte no tempo certo, não havendo intervenção médica, ou seja, haverá a morte natural do paciente.⁵³

“A ortotanásia tem seu nome proveniente dos radicais gregos: *orthos* (reto, correto) e *thanatos* (morte). Indica, então, a morte a seu tempo, correto, nem antes nem depois”.⁵⁴

Na prática da ortotanásia há apenas a manutenção dos cuidados secundários que visam reduzir o sofrimento do paciente, como a alimentação e os cuidados paliativos, não havendo a utilização de tratamentos extraordinários para prolongar a vida do paciente.⁵⁵

Não há que se falar em encurtamento da vida biológica do paciente, pois a equipe médica não interfere no momento da morte deste, nem para acelerar o fim da vida e muito menos para prolongá-la indevidamente, mantêm-se apenas os cuidados básicos. O enfermo já se encontra em situação em que não há mais o que se fazer, o seu período vital já chegou ao final, portanto não cabem medidas que visem buscar a cura ou tentar reverter o quadro clínico, cabe apenas a utilização de medidas que

⁵² SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, ed. 2, 2011, p. 312.

⁵³ CRUZ, Maria Luiza Monteiro da; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3, p.406. Disponível em: < http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/850>. Acesso em: 23 nov. 2015.

⁵⁴ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o Direito penal brasileiro. **Revista Bioética**. Brasília: 2008, v. 16, n. 1, p. 66. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/infex.php/revista_bioetica/article/view/56>. Acesso em: 26 fev. 2016.

⁵⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. A terminalidade da vida. *In*: CEDENHO, Antônio (dir.). **Revista Tribunal Regional da Terceira Região**. São Paulo: 2013, n. 116, p. 46.

minimizem o processo de sofrimento do paciente e de seus entes queridos que o acompanham nesses últimos momentos de vida.⁵⁶

A ortotanásia é uma prática que visa manter a autonomia e a dignidade do paciente, tratando-se da humanização do processo de morte. O enfermo incurável cuja morte está iminente pode optar pela ortotanásia, de modo que apenas cuidados paliativos necessários ao alívio da dor serão utilizados, esperando o avanço natural da enfermidade, havendo assim a morte no tempo certo.⁵⁷

Não há que se falar em abandono do paciente na prática da ortotanásia, pois os cuidados paliativos continuam a ser realizados, buscando sempre o bem-estar dele. Em verdade, são suspensos apenas aqueles tratamentos que não contribuirão para a melhora do enfermo, tendo em vista a morte iminente e inevitável.⁵⁸

Conforme já fora dito, a ortotanásia não deve ser confundida com a eutanásia.

A diferença entre elas, entretanto, é significativa: se o principal objetivo da eutanásia é levar à morte para abreviar a dor e o da distanásia é impedir a morte a qualquer custo, a ortotanásia busca a morte com dignidade no momento correto, com controle da dor e sintomas físicos, psíquicos, bem como questões relativas às dimensões sociais e espirituais. Por seu caráter multidisciplinar busca oferecer apoio à família na elaboração do luto antecipatório e no pós-óbito. A ortotanásia é, portanto, atitude de profundo respeito à dignidade do paciente.⁵⁹

É mais importante ainda diferenciar a ortotanásia da eutanásia passiva, enquanto a primeira trata de conduta lícita e atípica, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, a segunda é ilícita, havendo verdadeiramente a prática de um crime.

A eutanásia passiva é marcada é pela suspensão dos tratamentos necessários a manutenção da vida do paciente, ou seja, trata-se de verdadeira omissão arbitrária. Já na ortotanásia há a prática de condutas médicas restritivas, deixando de submeter o paciente a tratamentos que apenas prolongam a sua vida sem gerar melhoras no seu quadro clínico ou no seu bem-estar, desde que com a anuência deste, caso esteja

⁵⁶ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o Direito penal brasileiro. **Revista Bioética**. Brasília: 2008, v. 16, n. 1, p. 66. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/infex.php/revista_bioetica/article/view/56>. Acesso em: 26 fev. 2016.

⁵⁷ CRUZ, Maria Luiza Monteiro da; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3, p.408. Disponível em: < http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/850>. Acesso em: 23 nov. 2015.

⁵⁸ *Ibidem. Loc. Cit.*

⁵⁹ KOVÁCS, Maria Júlia. A caminho da morte com dignidade no século XXI. **Bioética**. Brasília: v. 22, n. 1, 2014, p. 98. Disponível em: < http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/886>. Acesso em 22 fev. 2016.

consciente, ou por prévia disposição através das diretivas antecipadas de vontade, ou pela anuência dos familiares.⁶⁰

Nessa diapasão, deve ser conceituada a distanásia. Essa, diferentemente dos institutos já tratados, trata-se do prolongamento da vida artificialmente, buscando-se afastar a morte, sem, no entanto, trazer a cura, benefícios ou bem-estar ao paciente. Ao contrário, a grande maioria dos processos distanásicos submete o enfermo a sofrimentos físicos e psicológicos com o único objetivo de que ele tenha mais algumas horas, dias ou semanas de vida.⁶¹

A etimologia da palavra “distanásia” vem do grego *dis*, que significa afastamento e *thanatos*, que é a morte. Portanto, pode-se interpretar como a busca a qualquer custo para afastar a morte.⁶²

A distanásia então seria a utilização pela equipe médica de tratamentos extraordinários no paciente que se encontra em situação terminal, buscando o prolongamento da sua vida biológica, através de todos os meios artificiais possíveis que surgiram com o avanço da medicina, sem, em contrapartida, proporcionar melhoras no quadro clínico do enfermo.⁶³

Sobre o assunto discorre Maria Elisa Villas-Bôas: “Decorre de um abuso na utilização desses recursos, mesmo quando flagrantemente infrutíferos para o paciente, de maneira desproporcional, impingindo-lhe maior sofrimento ao lentificar, sem reverter, o processo de morrer já em curso”.⁶⁴

O enfoque da distanásia, diferentemente da eutanásia que por um sentimento de piedade busca afastar o sofrimento do paciente, é evitar a morte pelo máximo de tempo que for possível, independentemente de se tratar de enfermidade incurável ou cuja chance de recuperação é improvável. Ou seja, não há preocupação com o sofrimento e a qualidade de vida do paciente, a intenção é que todos os procedimentos

⁶⁰ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o Direito penal brasileiro. **Revista Bioética**. Brasília: 2008, v. 16, n. 1, p. 62-63. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/infex.php/revista_bioetica/article/view/56>. Acesso em: 26 fev. 2016.

⁶¹ CRUZ, Maria Luiza Monteiro da; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3, p.407. Disponível em: < http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/850>. Acesso em: 23 nov. 2015.

⁶² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direito de morrer dignamente:** eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. Biodireito – Ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: RT, 2001, p.286-287.

⁶³ CRUZ, Maria Luiza Monteiro da; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. *Op. Cit.*, 2013, p.406.

⁶⁴ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Op. Cit.*, 2008, p. 67.

médicos ordinários e extraordinários sejam utilizados para que o objetivo citado seja atendido.⁶⁵

Conforme os ensinamentos de Maria de Fátima Freire e Bruno Navez, “a distanásia, por sua vez, dedica-se a prolongar, ao máximo, a quantidade de vida humana, combatendo a morte como grande e último inimigo”.⁶⁶

Resta claro que se trata de processo que não respeita a autonomia e a dignidade do paciente, muito menos busca o seu bem-estar, trata-se apenas de uma luta incessante pelo adiamento da morte a qualquer custo.

Em função disso, muito se discute sobre a prática da distanásia, principalmente no que tange a sua (i)licitude, tendo em vista que fere um dos princípios constitucionais mais importantes, qual seja a dignidade da pessoa humana, pois a preocupação não é com o bem-estar do paciente, mas sim com o prolongamento artificial da vida deste.⁶⁷

Normalmente, a prática da distanásia faz com que o paciente passe um longo ou breve período em uma unidade de tratamento intensivo (UTI), entubado, solitário, sofrendo, sem a companhia dos seus entes queridos, apenas no aguardo da tão temida e evitada morte, pois essa sim é inevitável.⁶⁸

Insta ressaltar que a distanásia não envolve nenhuma conduta ou exercício da vontade do paciente, cuida-se de tratamentos realizados pelos médicos que buscam alongar a sobrevivência do enfermo que se encontra em estado terminal.⁶⁹

Apesar de prolongar a vida do enfermo, a distanásia relega a segundo plano a qualidade de vida do paciente. De fato, há pacientes que optam pela distanásia, mas a prática tornou-se quase que um tratamento padrão

⁶⁵ MARTEL, Leticia de Campos Velho. Terminalidade da vida e limitação consentida de tratamento: um olhar jurídico sobre a Resolução 1805/2006 do CFM. *In*: Feitosa, Raymundo Juliano; GALUPPO, Marcelo Campos; MEZZARROBA, Orides (Coords.). **XVI CONPEDI, 2007, Belo Horizonte, Anais do CONPEDI**. Florianópolis: FUNJAB, 2007, p. 207-208.

⁶⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, ed. 2, 2011, p. 312.

⁶⁷ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o Direito penal brasileiro. **Revista Bioética**. Brasília: 2008, v. 16, n. 1, p. 67. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/infex.php/revista_bioetica/article/view/56>. Acesso em: 26 fev. 2016.

⁶⁸ KOVÁCS, Maria Júlia. A caminho da morte com dignidade no século XXI. **Bioética**. Brasília: v. 22, n. 1, 2014, p. 98. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/886>. Acesso em 22 fev. 2016.

⁶⁹ CRUZ, Maria Luiza Monteiro da; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3, p.407. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/850>. Acesso em: 23 nov. 2015.

dispensado a pacientes em fase terminal de vida e sem participação na decisão do tratamento.⁷⁰

Dessa forma não há que se falar em benefícios na prática da distanásia, pois o acréscimo de dias ou horas, muitas vezes contra a sua vontade, na vida de um paciente que está sofrendo e sem qualidade de vida, não pode ser visto como uma prática necessária, saudável ou benéfica.⁷¹

No que tange a temática, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.805 de 2006 prevendo a possibilidade de suspensão de procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente terminal, reconhecendo a autonomia do paciente, pois cabe a ele decidir a quais tratamentos não quer ser submetido. Diante disso, alguns juristas afirmaram que para a prática de tais condutas seria necessária a existência de legislação tratando sobre o assunto, criada pelo Poder Legislativo, que teria competência para tanto. Com base nesses argumentos, um membro do Ministério Público do Distrito Federal ingressou com uma Ação civil pública com pedido de antecipação dos efeitos da tutela para suspender os efeitos dessa resolução.⁷²

A liminar visando suspender os efeitos da resolução foi concedida pelo juiz da 14ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal, pois este entendeu se tratar de homicídio por omissão e não exercício regular da medicina. Posteriormente o Ministério Público Federal emitiu parecer reconhecendo que se tratava da prática da ortotanásia e não da eutanásia, ademais afirmou que o Conselho Federal de Medicina teria legitimidade plena para legislar sobre o assunto. Dessa forma, a decisão acatou o parecer do MPF afirmando que a resolução não fere o ordenamento jurídico brasileiro.⁷³

Por fim, cumpre informar o que preceitua o Código de Ética Médica:

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.
Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em

⁷⁰ CRUZ, Maria Luiza Monteiro da; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3, p.407. Disponível em: < http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/850>. Acesso em: 23 nov. 2015.

⁷¹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o Direito penal brasileiro. **Revista Bioética**. Brasília: 2008, v. 16, n. 1, p. 68. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/56>. Acesso em: 26 fev. 2016.

⁷² SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, ed. 2, 2011, p. 330.

⁷³ *Ibidem. loc. Cit.*

consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.⁷⁴

Logo, o Código de Ética Médica adota como solução mais adequada a prática da ortotanásia nos casos de pacientes que se encontram em situação de fim de vida, como forma de manter o bem-estar e a qualidade de vida do enfermo. Portanto, veta a prática da eutanásia, mesmo que pautada na benevolência, não havendo que se falar nessa prática como uma morte com dignidade, assim como da distanásia.⁷⁵

⁷⁴ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1.931**, de 17 de setembro de 2009. Brasília, DF: 2012. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122>. Acesso em: 24 fev. 2016.

⁷⁵ KOVÁCS, Maria Júlia. A caminho da morte com dignidade no século XXI. **Bioética**. Brasília: v. 22, n. 1, 2014, p. 99. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/886>. Acesso em 22 fev. 2016.

3 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Inúmeras são as discussões envolvendo os direitos e deveres envolvidos na relação médico-paciente, principalmente no que tange aos tratamentos que devem ou não ser utilizados para melhorar ou apenas prolongar a vida do paciente terminal.

As discussões pairam sobre a possibilidade de, em nome do princípio da dignidade humana e do exercício da autonomia privada do paciente, cessar a utilização de tratamentos e aparelhos artificiais que não tragam benefícios a saúde do enfermo, apenas retardem o seu processo natural de morte.

A solução encontrada para regular essa situação de recusa a procedimentos médicos surgiu nos Estados Unidos da América, hoje conhecida como o instituto das diretivas antecipadas de vontade, que visa proteger a autodeterminação do paciente, para que caso este se encontre incapaz, seja definitivamente ou temporariamente, em função de uma enfermidade apresentada, seja respeitada a sua vontade, através do que foi previamente estabelecido na DAV.

Portanto, trata-se de um instrumento de suma importância na atualidade, pois traz soluções para problemas e discussões intermináveis sobre a saúde e autonomia dos enfermos terminais, e, principalmente, porque visa a proteção dos direitos personalíssimos do paciente, assim como de importantes princípios constitucionais.

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

As diretivas antecipadas de vontade, instituto que possibilita a prévia escolha do paciente terminal a quais tratamentos deseja ser submetido através do exercício da sua autonomia, se subdivide em duas espécies, o testamento vital e o mandato duradouro. Ambas as espécies surgiram e se desenvolveram, no princípio, nos Estados Unidos da América.

O surgimento do instituto das diretivas antecipadas de vontade nos EUA teve como principal objetivo a limitação da intervenção médica que não trazia benefícios e muito

menos a cura aos enfermos terminais, principalmente àqueles que estavam inconscientes de forma irreversível.⁷⁶

O Mandato Duradouro surgiu no estado da Califórnia, denominado *durable power of attorney for health care*, consistindo “na nomeação de pessoa para tomar decisões relativas a tratamentos médicos pelo indivíduo quando este não mais fosse capaz – incapacidade que poderia ser permanente ou temporária”.⁷⁷

Já o testamento vital era conhecido como *living will* e “consistia no documento pelo qual o indivíduo manifestava a recusa de tratamentos ante um diagnóstico de terminalidade ou da comprovação de EVP”. Ele surgiu nos EUA no ano de 1969 trazendo como premissa a possibilidade do paciente recusar tratamentos médicos, quando estivesse em estado irreversível ou em estado vegetativo grave, sem perspectiva de cura, que não lhe trouxessem melhoras no seu quadro clínico, servindo apenas para o prolongamento da vida.⁷⁸

Luiz Kutner foi o responsável por trazer o primeiro modelo de *living Will*. Ele analisou as normas e princípios dispostos no ordenamento jurídico americano e reconheceu que, em que pese houvesse a proibição da eutanásia e do suicídio assistido, havia a legitimação do direito do paciente em estado terminal irreversível, no qual não fosse possível a cura, morrer como desejasse.⁷⁹

Ele defendeu que a recusa de tratamentos médicos pelo paciente não se relacionava com a eutanásia, pois a recusa “não englobava os meios ordinários de preservação da vida”.⁸⁰

Propôs ainda um documento, o qual nomeou de *living will*, com as seguintes especificidades: (i) o paciente capaz deixaria escrita sua recusa a se submeter a determinados tratamentos quando o estado vegetativo ou a terminalidade fossem comprovados; (ii) a vontade manifestada pelo paciente no *living will* se sobreporia à vontade da equipe médica, dos familiares e dos amigos do paciente e o documento deveria ser assinado por, no mínimo, duas testemunhas; (iii) esse documento deveria ser entregue ao médico pessoal, ao cônjuge, ao advogado ou a um confidente do paciente; (iv) deveria ser referendado pelo Comitê do hospital em que o paciente estivesse sendo

⁷⁶ SÁNCHEZ, GONZÁLES, Miguel Ángel. Testamentos vitais e diretivas antecipadas. Tradução de Diaulas Costa Ribeiro. In: RIBEIRO, Diaulas Costa (org.). **A relação médico-paciente: velhas barreiras, novas fronteiras**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2010, p. 109-163.

⁷⁷DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3, p.464. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855>. Acesso em: 23 nov. 2015.

⁷⁸*Ibidem*, loc.cit.

⁷⁹ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 106-107.

⁸⁰ *Ibidem*. p. 107.

tratado; e (v) poderia ser revogado a qualquer momento antes de o paciente atingir o estado de inconsciência.⁸¹

A primeira vez em que o testamento vital (*living Will*) foi levado ao judiciário norte-americano foi em 1976, com o caso de uma menina de 22 anos chamada Karen Ann Quinlan que estava em coma irreversível. Diante disso, seus pais solicitaram a retirada do aparelho respirador, pedido este negado pelos médicos, em função da ausência de previsão legal sobre o assunto.⁸²

Em face ao exposto, ingressaram com demanda judicial visando a concessão de uma autorização judicial para a suspensão do aparelho que apenas prolongava a sua vida, sem que pudesse haver a progressão do quadro clínico. Eles alegaram que a jovem havia revelado, em conversas informais, o seu desejo de não ser mantida viva por aparelhos, caso algum dia se encontrasse nessa situação.⁸³

Conquanto o pedido tenha sido negado em primeira instância, ele foi deferido pela Suprema Corte de New Jersey, após um parecer do Comitê de Ética do Hospital St. Clair confirmando a irreversibilidade do quadro, havendo a autorização judicial e consequente desligamento dos aparelhos. Ocorre que Karen sobreviveu por mais nove anos sem os aparelhos, morrendo em decorrência de uma pneumonia.⁸⁴

Neste mesmo ano, motivado pela grande repercussão deste caso, o Estado da Califórnia aprovou o Natural Death Act, lei que garantia ao indivíduo o direito de recusar ou suspender um tratamento médico e protegia os profissionais da saúde de eventual processo judicial por terem respeitado a vontade manifestada do paciente.⁸⁵

Com a aprovação da lei supracitada, foi elaborado o *Guidelines and Directive* por algumas associações médicas da Califórnia tratando sobre a relação médico-paciente no que concerne às orientações sobre a utilização ou não de determinados procedimentos artificiais para prolongamento da vida.⁸⁶

A despeito da elaboração da lei e do documento já citados, o mandato duradouro e o testamento vital somente foram legalizados no âmbito federal dos EUA pela lei *Patient Self Determination Act* (PSDA), que reconheceu o direito de autodeterminação do

⁸¹ DADALTO, Luciana. História do Testamento Vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. In: ANGOTTI NETO, Hélio (org.). **Revista Mirabilia Medicinæ**. Jan/2015, v.4, p.26. Disponível em: < <http://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

⁸² *Ibidem*. p. 27.

⁸³ *Idem*. **Testamento Vital**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 108-109.

⁸⁴ DADALTO, Luciana. *Op. cit.*, 2015, p. 28.

⁸⁵ DADALTO, Luciana. *Op. cit.*, 2015, p. 109.

⁸⁶ *Ibidem*. *Loc. cit.*

paciente. Ocorre que essa lei federal só foi possível após o caso Nancy Cruzan, em 1990.⁸⁷

Nancy tinha 25 anos quando sofreu um acidente de automóvel que lhe deixou em coma permanente e irreversível, diagnosticada em EVP. Assim como ocorreu no caso de Karen, os pais de Nancy solicitaram a suspensão da alimentação e hidratação artificial, com base em conversas informais em que a mesma teria feito tal escolha. Contudo, os médicos negaram o pedido, em razão da ausência de autorização judicial.⁸⁸

Após algumas decisões de deferimento e indeferimento do pleito, a Suprema Corte Americana concedeu autorização judicial ordenando que o hospital suspendesse a alimentação e hidratação artificial, o que levou a sua morte.⁸⁹

“Este é o caso mais emblemático na luta do direito de morrer, por ter gerado nos indivíduos um temor de que, caso ficassem em situação similar à de Nancy, fosse exigida judicialmente uma prova do desejo de interromper o tratamento”.⁹⁰

Atualmente nos EUA, há grandes questionamentos sobre a aplicação das DAV, tendo em vista a baixa adesão da população americana ao instituto. Portanto, discute-se sobre a possibilidade de aplicação de novos modelos de diretivas antecipadas.

Não obstante o avanço das discussões sobre as DAV nos EUA, tal situação é diferente nos demais países do mundo, onde até então se discute a implementação desse instituto.

Na Europa, a discussão sobre as DAV efetivamente surgiu, malgrado alguns países terem legislado sobre ela anteriormente, com a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser humano, ocorrida em Oviedo, Espanha, em 1997, cujos signatários são os Estados-membros do Conselho da Europa.⁹¹

⁸⁷ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida.** Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.121.

⁸⁸ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.111.

⁸⁹ *Idem.* História do Testamento Vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. In: ANGOTTI NETO, Hélio (org.). **Revista Mirabilia Medicinae.** Jan/2015, v.4, p.30. Disponível em: <<http://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

⁹⁰ DADALTO, Luciana. *Op. cit.*, 2015, p. 112.

⁹¹ *Ibidem*, p.117.

Insta ressaltar que o Convênio assinado nesta convenção é posterior às leis norte-americanas que tratam sobre as DAV.

Esta convenção trouxe como consequência a positivação de leis acerca dos direitos dos pacientes terminais na Europa, transformando-se em um movimento internacional, tendo em vista a grande quantidade de países europeus que adotaram essas recomendações.⁹²

O desenvolvimento do instituto das DAV é ainda mais lento no âmbito da América Latina, apenas poucos países já trataram legalmente sobre o instituto.

Na América Latina, Porto Rico foi o primeiro país a legislar sobre as DAV e, mais recentemente, Argentina e Uruguai também o fizeram. Apesar do Brasil ainda não ter legislado sobre o tema, em 31 de agosto de 2012 o Conselho Federal de Medicina (CFM) aprovou a Resolução CFM 1.995, reconhecendo o direito do paciente manifestar sua vontade sobre tratamentos médicos e designar representante para tal fim, bem como o dever de o médico cumprir a vontade do paciente.⁹³

No Brasil, as DAV permanecem em desenvolvimento, não havendo positivação legal específica sobre as mesmas. A primeira regulação sobre o assunto surgiu com a Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, que trouxe a previsão do instituto, suas espécies e sua regulamentação. Após essa resolução surgiram inúmeras discussões sobre a possibilidade de aplicação das DAV no ordenamento jurídico brasileiro, todavia não houve a elaboração de uma lei federal.

Entretanto, independentemente da ausência de legislação federal sobre a temática, existe a lei estadual 10.241/99 do estado de São Paulo, que em seu artigo 2º, VII, faculta ao enfermo “consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados”.⁹⁴

Essa lei é popularmente conhecida pelo nome do Governador que a sancionou e posteriormente veio a utilizá-la, “lei Mário Covas”. O citado governador, Mário Covas, morreu em casa ao optar pelos ditames estabelecidos pela lei, sendo feita sua vontade

⁹² DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.199.

⁹³ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855>. Acesso em: 23 nov. 2015, p. 464.

⁹⁴ SÃO PAULO. **Lei 10.241**, de 17 de março de 1999. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências. São Paulo, SP: 1999. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/saudelei10241.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

de falecer em um ambiente familiar, junto aos seus entes queridos, ao invés de passar seus últimos momentos na UTI de um hospital com a companhia de profissionais de saúde que não possuíam relações afetivas com ele.⁹⁵

Embora não haja regulamentação federal ou previsão constitucional disciplinando o instituto das DAV e suas implicações, existe jurisprudência, mesmo que escassa, tratando sobre a temática.⁹⁶

Dessa forma, nota-se que é urgente a necessidade de discussão sobre a aplicação das diretivas antecipadas de vontade no ordenamento jurídico brasileiro, assim como a imprescindibilidade de regulamentação no âmbito federal, tendo em vista a atualidade do tema, os inúmeros casos e discussões existentes envolvendo pacientes terminais e os benefícios alcançados em outros países com a aplicação delas.

3.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

As DAV são instrumentos de autodeterminação do paciente, que podem expressar previamente sua vontade sobre quais tratamentos médicos ele será submetido, caso

⁹⁵ CASTANHATO, Camila. MATSUSHITA, Thiago Lopes. **Caso Terri Schiavo**: Reflexões sobre a morte. Publica Direito. Publica Direito. p.380 Disponível: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/05_876.pdf>. Acesso: 21 nov. 2015.

⁹⁶AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. NEGATIVA DO PACIENTE. NECESSIDADE DE SER RESPEITADA A VONTADE DO PACIENTE. 1. O direito à vida previsto no artigo 5º da Constituição Federal não é absoluto, razão por que ninguém pode ser obrigado a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica contra a sua vontade, não cabendo ao Poder Judiciário intervir contra esta decisão, mesmo para assegurar direito garantido constitucionalmente. 2. Ademais, considerando que "não se justifica prolongar um sofrimento desnecessário, em detrimento à qualidade de vida do ser humano", o Conselho Federal de Medicina (CFM), publicou a Resolução nº 1.995/2012, ao efeito de dispor sobre as diretivas antecipadas de vontade do paciente, devendo sempre ser considerada a sua autonomia no contexto da relação médico-paciente. 3. Hipótese em que o paciente está lúcido, orientado e consciente, e mesmo após lhe ser explicado os riscos da não realização do procedimento cirúrgico, este se nega a realizar o procedimento, tendo a madrastra do paciente, a seu pedido, assinado termo de recusa de realização do procedimento em questão, embora sua esposa concorde com a indicação médica. 4. Por essas razões, deve ser respeitada a vontade consciente do paciente, assegurando-lhe o direito de modificar o seu posicionamento a qualquer tempo, sendo totalmente responsável pelas consequências que esta decisão... pode lhe causar. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70065995078. Primeira Câmara Cível. Relator: Sergio Luiz Grassi Beck. Julgado em 3 set. 2015. Disponível: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/230669134/agravo-de-instrumento-ai-70065995078-rs>>. Acesso em: 21 nov. 2015.)

se encontre em estado terminal, momento este em que estará incapaz para tomar importantes decisões.

“As diretivas antecipadas de vontade (DAV) constituem um gênero de manifestação de vontade para tratamento médico, do qual são espécies o testamento vital e o mandato duradouro”.⁹⁷

O Conselho Federal de Medicina, na Resolução 1.995/2012, trouxe no art. 1º, o conceito das DAV como sendo “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”.⁹⁸

Diretivas antecipadas de vontade são gênero, conhecidas na origem como *advance directives*, e trata-se de documentos por meio dos quais uma pessoa expressa antecipadamente suas preferências em relação aos tratamentos e cuidados médicos que deseja ou não receber para a ocasião em que não mais possa expressar-se autonomamente ou, então, nomeia um procurador para a tomada das decisões em seu lugar.⁹⁹

As DAV surgem em um contexto em que a tomada de decisão pelo sujeito não pode ser plena, em razão da enfermidade apresentada pelo mesmo. Logo, elas servem como instrumento garantidor da escolha do paciente sobre quais tratamentos ele quer se submeter futuramente, tratando-se de antecipação da sua vontade, para que a mesma seja respeitada, com base no princípio da autonomia privada.¹⁰⁰

É inegável a importância das diretivas antecipadas de vontade, principalmente no que tange a relação médico-paciente. São inúmeros os benefícios trazidos por esse instituto, como a redução da indecisão dos parentes e dos próprios médicos quanto aos tratamentos que o paciente terminal deve ser submetido ou não, a diminuição do sentimento de culpa sobre as decisões tomadas, a redução do sofrimento do enfermo,

⁹⁷ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3, p.464. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855>. Acesso em: 23 nov. 2015.

⁹⁸ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1.995**, de 9 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília, DF: 2012. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=10938&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1995&situacao=VIGENTE&data=09-08-2012>>. Acesso em: 18 set. 2015.

⁹⁹ PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade**. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p.40.

¹⁰⁰ LIMA, Maria de Lourdes Feitosa; REGO, Sérgio Tavares de Almeida; SIQUEIRA-BATIST, Rodrigo. Processo de tomada de decisão nos cuidados de fim de vida. **Revista Bioética**. São Paulo: 2015, v.23, n. 1, p.35. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/983>. Acesso em: 23 nov. 2015.

assim como o desenvolvimento da relação médico-paciente-família, e por fim, o aumento da autoestima do paciente, com a consequente redução do medo da morte.¹⁰¹

Insta ressaltar que algumas pessoas trazem o benefício financeiro da aplicação das diretivas antecipadas de vontade, qual seja a diminuição dos gastos hospitalares e com tratamentos tidos como inúteis. Ocorre que essa não é a melhor visão a ser adotada, tendo em vista que o objetivo do instituto é puramente a proteção do indivíduo que se encontra incapaz de manifestar a sua vontade na situação de terminalidade da vida, alinhando a qualidade de vida do mesmo.¹⁰²

Ainda sobre isso, não se pode valorar a vida, tendo em vista se tratar de um bem indisponível e de um direito constitucionalmente protegido pelo art. 5º da CF/88, que dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.¹⁰³

Dessa forma, percebe-se que tal direito não possui valor economicamente aferível, sendo inviolável, não há, portanto, que se falar em benefício material, patrimonial ou financeiro na adoção das diretivas.

Nas brilhantes palavras de Luciana Dadalto, “as diretivas antecipadas são necessárias e imprescindíveis como instrumento de respeito à dignidade humana, não como política pública no âmbito da saúde, não como meta governamental para diminuição de despesas públicas”.¹⁰⁴

Ademais, salienta a doutrinadora que “as DAV representam uma importante conquista dos direitos individuais e visam a proteção do direito personalíssimo – e constitucional – a uma vida digna”.¹⁰⁵

¹⁰¹ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.90.

¹⁰² *Ibidem*. p. 91.

¹⁰³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 21 nov. 2015.

¹⁰⁴ DADALTO, Luciana. *Op. Cit.*, 2015, p.91.

¹⁰⁵ *Idem*. História do Testamento Vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. In: ANGOTTI NETO, Hélio (org.). **Revista Mirabilia Medicinae**. Jan/2015, v.4, p.8. Disponível em: < <http://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

No que tange ao aspecto formal, as diretivas antecipadas de vontade é negócio jurídico unilateral, que tem como principal objetivo a disposição sobre futuros tratamentos e cuidados de saúde que o sujeito poderá ser submetido em caso de incapacidade. Ademais, trata-se de negócio jurídico solene, portanto, deve ser escrito, realizado mediante escritura pública e registrado no cartório competente, para conferir segurança jurídica.¹⁰⁶

Em sendo registrada, as DAV possuirão efeitos *erga omnes*, logo deverá ser respeitada por médicos, familiares, e eventuais procuradores, estando todos vinculados a ela. Ademais, recomenda-se que ela seja anexada ao prontuário do paciente, para assegurar que a equipe médica tenha ciência da sua existência.¹⁰⁷

Por fim, cumpre salientar que essa manifestação de vontade pode ser revogada. A qualquer tempo o outorgante pode revogar a manifestação anterior, seja de maneira expressa, através da elaboração de uma nova diretiva antecipada de vontade ou pela realização de uma declaração de vontade revocatória, ou de forma tácita, pela simples verificação de que a medicina avançou e que determinado tratamento médico previsto nas DAV não é mais utilizado ou recomendado para a enfermidade apresentada pelo paciente.¹⁰⁸

No que tange a aplicação das DAV é de suma importância que estejam dispostos nela, de forma clara e objetiva, os reais desejos do paciente que a realizou, assim como os valores considerados relevantes por ele, que serviram e deverão continuar a servir para guiar a sua vida, ainda que seja ao final dela.¹⁰⁹

Além disso, tal disposição serve para nortear, dirimir prováveis conflitos e proteger de possíveis questionamentos os médicos, parentes e procuradores, se for o caso, na hora da tomada das decisões.¹¹⁰

¹⁰⁶ DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**. São Paulo: 2009, v.17, n.3, p. 527. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515>. Acesso em: 23 nov. 2015.

¹⁰⁷ *Ibidem*. p. 528.

¹⁰⁸ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3, p. 470. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855>. Acesso em: 23 nov. 2015.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 465.

¹¹⁰ *Ibidem*. *Loc. Cit.*

Sobre isso, afirma Luciana, que “é preciso, assim, que o paciente arrole de forma mais específica possível quais são os procedimentos e medicamentos que recusa e/ou admite a suspensão”.¹¹¹

No tocante aos possíveis procedimentos e medicamentos que o paciente pode se recusar a ser submetido, através da elaboração de uma diretiva antecipada de vontade, disserta Diaulas Ribeiro:

O pedido instantâneo ou a recusa a tratamentos em geral, feita por diretivas antecipadas, denomina-se *Suspensão de Esforço Terapêutico* (SET). Como o nome indica, trata-se de suspensão de tratamentos – incluindo nutrição, hidratação e respiração artificiais – que visam apenas a adiar a morte, em vez de manter a vida. A finalidade da SET é afastar um obstáculo para que a morte, naturalmente, instale-se; é suspender a obstinação terapêutica, a distanásia, a insistência tecnológica em “vencer o fim”, como se isso fosse possível e atendesse ao melhor interesse do doente.¹¹²

Atualmente, as DAV representam o exercício da autonomia privada do paciente, tendo como objetivo possibilitar ao enfermo a escolha a qual tratamento deverá ser submetido, dentro dos possíveis, assim conferindo a ele o poder de recusa a tratamentos que ampliem o seu sofrimento sem evidentes benefícios.¹¹³

Logo, nota-se que as DAV são importante instrumento de autodeterminação do paciente, proteção dos seus direitos individuais, assim como possibilita a realização dos seus desejos, quando não mais puder exprimi-los, em razão da ausência de capacidade decorrente do estado terminal em que se encontra.

3.3 ESPÉCIES

Como já fora dito nos tópicos anteriores, as diretivas antecipadas de vontade é gênero que possui duas espécies, quais sejam o testamento vital e o mandato duradouro.

No que tange a temática, Luciana Dadalto dispõe que:

¹¹¹ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3, p. 466. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855>. Acesso em: 23 nov. 2015.

¹¹² RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. **Cadernos de Saúde Pública**. Rio de Janeiro: 2006, v.22, n.8, p. 1751. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102311X2006000800024>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

¹¹³ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, ed. 2, 2011, p. 333.

As diretivas antecipadas (*advanced care documents*), tradicionalmente, têm sido entendidas como o gênero do qual são espécies o testamento vital (*living Will*) e o mandato duradouro (*durable Power attorney*). Ambos os documentos serão utilizados quando o paciente não puder livre e conscientemente, se expressar – ainda que por uma situação transitória -, ou seja, as diretivas antecipadas, como gênero não se referem exclusivamente a situações de terminalidade.¹¹⁴

Em que pese sejam espécies do mesmo gênero, trata-se de institutos distintos, que merecem ser diferenciados. Enquanto o mandato duradouro abrange mais hipóteses, sendo mais amplo, aplicando-se inclusive para situações temporárias, o testamento vital se concentra na regulação das situações em que o sujeito se encontra em estado de terminalidade da vida.

Todavia, apesar das diferenciações, essas duas espécies convivem harmonicamente, não havendo que se falar em exclusão de uma quando a outra for utilizada.¹¹⁵

A coexistência do mandato duradouro e do testamento vital em um único documento é possível e salutar para o paciente, contudo, como a aplicabilidade do mandato duradouro não se restringe a situações de terminalidade da vida, para o procurador seria interessante que se fizesse um testamento vital contendo a nomeação de um procurador (mandato duradouro) e, concomitantemente, um mandato duradouro nomeando o mesmo procurador – para que não haja conflito entre os documentos –, a fim de que este possa agir em situações que não envolvam terminalidade.¹¹⁶

Logo, salienta-se que embora trate-se de institutos diferentes de um mesmo gênero, eles podem ser realizados conjuntamente em um só documento, sem que haja prejuízos para o sujeito, ao contrário, trazendo benefícios ao proteger o paciente de todas as situações de incapacidade possíveis.

Para assegurar que a vontade do paciente vai ser atendida da melhor forma possível recomenda-se a realização do testamento vital conjuntamente com o mandato duradouro em um único documento. Dessa forma, em caso de omissão do testamento vital sobre algum assunto, o procurador pode e deve ser consultado para decidir pelo paciente. Ademais, em havendo reluta dos familiares na aplicação das disposições contidas no testamento vital, o procurador nomeado no mandato duradouro, poderá auxiliar a equipe médica na resolução desse impasse.¹¹⁷

¹¹⁴ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 89.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 88.

¹¹⁶ *Idem*. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. São Paulo: **Revista Bioética**, 2013, n. 21, v. 1, p. 107.

¹¹⁷ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. **Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro**. São Paulo: **Revista bioética** (Impr.), 2013, 21 (3), p.469.

Diante disso, percebe-se a importância de aplicação dos institutos, assim como a necessidade de sua diferenciação, tendo em vista que enquanto o testamento vital deve ser utilizado para as disposições no que tange doenças irreversíveis, em que a capacidade não mais pode ser recuperada, o mandato duradouro pode e deve ser aplicado também às hipóteses de incapacidade temporária.

Ademais, o testamento vital é voltado para os próprios desejos do paciente, enquanto no mandato duradouro há a nomeação de um procurador que deverá representar as vontades do sujeito que está incapacitado e o nomeou como procurador.

3.3.1 Mandato Duradouro

O mandato duradouro é um documento que pode ser realizado por qualquer pessoa, enquanto estiver no pleno gozo da sua capacidade, para outorgar poderes a um ou mais terceiros, chamados de procuradores.¹¹⁸

Este procurador terá como função tomar decisões sobre a saúde do paciente, aquele que lhe nomeou, nos casos em que esse sujeito se encontrar temporária ou definitivamente incapacitado para tomar suas próprias decisões, em virtude de alguma enfermidade desenvolvida ao longo da vida.¹¹⁹

A escolha de um procurador visa que o mesmo possa orientar os médicos no período em que o enfermo terminal se encontre incapaz de expressar de forma autônoma sua opinião, nos casos em que não haja prévia disposição deste sobre suas vontades e preferências no que tange os cuidados e tratamentos médicos que deseja ser submetido.¹²⁰

Estando o sujeito nessas condições, os médicos, ao saberem da existência do mandato duradouro, devem consultar o representante, para que este decida sobre o

¹¹⁸ BARBOSA, Amanda Souza; BRITO, Anne Lacerda de. A viabilidade e o conteúdo do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Teoria do Fato Jurídico. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**. Belo Horizonte: 2015, a.4, n.10, p.168. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/index.php/publicacoes/periodicos/listar-periodicos/assinatura-revista-farum-de-direito-civil-ae-rfdc/>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

¹¹⁹ *Ibidem*, *loc. Cit.*

¹²⁰ PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada**: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p.52

tratamento do paciente, obviamente baseado nos desejos expressos em vida pelo representado.¹²¹

O mandato duradouro é o documento no qual o paciente nomeia um ou mais procuradores que devem ser consultados pelos médicos no caso de incapacidade temporária ou definitiva para tomar alguma decisão sobre tratamento ou procedimento quando não houver manifestação prévia de vontade ou, em havendo, se nesta há lacuna obscura que impeça a plena compreensão por parte de quem atende ao paciente. Saliente-se que o procurador de saúde decidirá com base na vontade do paciente.¹²²

O mandato duradouro, enquanto espécie das diretivas antecipadas de vontade, surgiu no estado da Califórnia nos EUA, sendo chamado de *durable power of attorney*. Tanto nos EUA como na Espanha, o mandato duradouro é tratado como uma parte da declaração prévia de vontade do paciente terminal. Insta ressaltar que essa modalidade de diretiva só foi reconhecida nos EUA em âmbito nacional através da aprovação da *Patient Self Determination Act*.¹²³

A principal diferença desse instituto com o testamento vital, é que este pode ser utilizado, produzindo seus efeitos, nos casos de incapacidade temporária, enquanto aquele se aplica somente em casos irreversíveis de comprometimento total da capacidade do paciente.¹²⁴

Segundo as lições de Luciana Dadalto:

O mandato duradouro é documento no qual o paciente nomeia um ou mais *procuradores* que deverão ser consultados pelos médicos na circunstância de sua incapacidade – terminal ou não –, para decidirem sobre o tratamento ou não. Para tanto, o procurador de saúde se baseará na vontade do paciente, e não em suas próprias.¹²⁵

Analisando as espécies de exercício da autonomia em terminalidade, nota-se que o mandato duradouro utiliza o modelo do julgamento substituto, pois o sujeito nomeia um terceiro para tomar as decisões por ele, de acordo com os seus valores, desejos

¹²¹ BARBOSA, Amanda Souza; BRITO, Anne Lacerda de. A viabilidade e o conteúdo do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Teoria do Fato Jurídico. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**. Belo Horizonte: 2015, a.4, n.10, p.168. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/index.php/publicacoes/periodicos/listar-periodicos/assinatura-revista-farum-de-direito-civil-ae-rfdc/>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

¹²² DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n.1, p.107. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/791>. Acesso em: 23 nov. 2015.

¹²³ *Idem*. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**. São Paulo: 2009, v.17, n.3, p.524. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515>. Acesso em: 23 nov. 2015.

¹²⁴ BARBOSA, Amanda Souza; BRITO, Anne Lacerda de. *Op. Cit.*, 2015, p.524.

¹²⁵ DADALTO, Luciana. *Op. Cit.*, 2009, p.524.

e vontades, caso ele se encontre em algum momento de sua vida incapaz para tomar suas próprias decisões, seja definitivamente ou temporariamente.¹²⁶

Pairam muitas discussões acerca de tal instituto, sendo a principal delas quem seria o sujeito mais adequado para ser nomeado procurador, ou seja, tomar a decisão, no lugar do paciente, sobre quais tratamentos médicos devem ser dispensados, visando realizar a vontade deste.¹²⁷

Éverton Pona cita em seu livro cinco modalidades de decisor substituto trazidas pela doutrina. A primeira modalidade de legitimado para tomar decisões pelo enfermo seria aquele que foi designado pelo paciente por meio de uma procuração para cuidados de saúde, ou seja, através da realização do mandato duradouro. A outra modalidade refere-se ao sujeito que foi designado pelo enfermo verbalmente diante da equipe médica, com o devido registro no prontuário, não havendo procuração prévia. Ademais, existem aqueles que foram designados por determinação judicial. Há também aqueles que se tornam decisores substitutos por ausência de procuração, decisão judicial ou determinação do paciente, normalmente são os familiares ou cônjuge do enfermo. E, por fim, há aqueles decisores que são escolhidos pela própria equipe médica, ocorrendo, geralmente, quando não existem familiares ou pessoa próximas dispostas a tomar tais decisões.¹²⁸

Alguns doutrinadores afirmam que o procurador designado para tomar as decisões pelo paciente deveria ser o cônjuge, outros citam os filhos, alguns listam os médicos como aptos a tomar tais decisões, e há aqueles que defendem que o mais adequado seria um terceiro imparcial.¹²⁹

Existe uma corrente, a qual Luciana Dadalto se filia, que afirma que o procurador nomeado no mandato duradouro deve ser alguém com o contato mais próximo possível com o paciente, pois saberá exatamente quais são os desejos do outorgante. Portanto, o mais lógico seria a escolha de um familiar ou do cônjuge para exercer tal

¹²⁶ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3, p.525-526. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855>. Acesso em: 23 nov. 2015.

¹²⁷ DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**. São Paulo: 2009, v.17, n.3, p. 525-526. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515>. Acesso em: 23 nov. 2015.

¹²⁸ PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada**: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p.52.

¹²⁹DADALTO, Luciana. *Op. Cit.*, 2009, p. 525-526.

papel, não cabendo se falar na escolha de um terceiro imparcial, como o juiz, ou um médico.¹³⁰

Ocorre que, ainda que haja benefícios na nomeação dos filhos, pais ou cônjuge, em função da relação de proximidade desses com o paciente, certo é que também há perigos nessa escolha, pois “estas pessoas possuem valores próprios, que podem diferir dos pacientes, além da proximidade afetiva com estes, o que pode dificultar a tomada de decisões”.¹³¹

Certo é que, independentemente de quem seja o sujeito mais adequado para ser nomeado procurador, ao decidir sobre quais tratamentos médicos o outorgante será submetido ou não, o procurador deve analisar e respeitar os valores, princípios, e desejos desse paciente, de modo a realizar a vontade pessoal dele, e não a sua enquanto representante.

Caso a premissa de respeitar os interesses do paciente seja desrespeitada pelo procurador, Beuchamp e Childress afirmam que seria possível se aplicar outro modelo de decisão substituta, qual seja o modelo dos melhores interesses, para invalidar as decisões do representante que forem expressamente contrárias as vontades do outorgante.¹³²

3.3.2 Testamento Vital

O testamento vital é um documento por meio do qual um sujeito declara a quais tratamentos poderá ou não ser submetido, caso em algum momento da sua vida se encontre em estado terminal irreversível, com sua capacidade absolutamente comprometida.¹³³

¹³⁰ DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**. São Paulo: 2009, v.17, n.3, p. 525-526. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515>. Acesso em: 23 nov. 2015.

¹³¹ *Idem*. **Testamento Vital**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.94.

¹³² BEUCHAMP, TL; CHILDRESS, JF. **Princípios de ética biomédica**. Pudenzi, Luciana (trad.). São Paulo: Loyola, 2002, p.203.

¹³³ BARBOSA, Amanda Souza; BRITO, Anne Lacerda de. A viabilidade e o conteúdo do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Teoria do Fato Jurídico. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**. Belo Horizonte: 2015, a.4, n.10, p.168. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/index.php/publicacoes/periodicos/listar-periodicos/assinatura-revista-farum-de-direito-civil-ae-rfdc/>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

Então, percebe-se que a efetividade do testamento vital se dará apenas quando o paciente se encontrar em situação terminal irreversível, com a sua capacidade absolutamente e definitivamente comprometida.

Por seu turno, Roxana Borges define Testamento vital como “documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não-tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar a sua vontade”.¹³⁴

Para a citada doutrinadora, o testamento vital evita a utilização de procedimentos médicos desnecessários que apenas prolongam a vida do paciente, sem, no entanto, trazer conforto para ele.

A Declaração prévia de vontade do paciente terminal “é um documento que deve estar ao alcance de todos, no qual qualquer pessoa possa indicar seu desejo de que se deixe de lhe aplicar um tratamento em caso de enfermidade terminal”.¹³⁵

No que tange à utilização da nomenclatura “testamento vital”, Luciana Dadalto afirma que se trata de tradução errônea, sendo que a expressão mais adequada seria declaração prévia de vontade do paciente terminal.

A declaração prévia de vontade do paciente terminal é conhecida como testamento vital, nomenclatura fruto de errôneas e sucessivas traduções de *living will*, pois o dicionário Oxford apresenta como traduções de *will* três substantivos: vontade, desejo e testamento. Em paralelo, a tradução de *living* pode ser o substantivo sustento, o adjetivo vivo ou o verbo vivendo. Assim, é possível perquirir se a tradução literal mais adequada seria *desejos de vida* ou, ainda, *disposição de vontade de vida*, expressão que também designa testamento – que nada mais é do que uma disposição de vontade. Posto isso, torna-se questionável se, originalmente, este instituto foi realmente equiparado a um testamento ou se tal confusão foi provocada por erro de tradução para outro idioma, perpetuado.¹³⁶

O erro na tradução decorre principalmente em função da inadequação e ausência de compatibilidade entre as características do testamento, que produz seus efeitos

¹³⁴BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 239.

¹³⁵ BETANCOR, JT *apud* DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**. São Paulo: 2009, v.17, n.3, p.525. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515>. Acesso em: 23 nov. 2015.

¹³⁶ DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**. São Paulo: 2009, v.17, n.3, p.526. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515>. Acesso em: 23 nov. 2015.

somente com a morte do sujeito, e o testamento vital, que visa produzir os seus efeitos quando o paciente ainda estiver vivo.¹³⁷

No que tange o seu histórico, conforme já foi relatado em tópico anterior, o testamento vital surgiu nos EUA, proposto por Luiz Kutner, que o chamava de *living Will*, por volta do ano de 1969. Kutner pensou no *living Will* como documento que tem como principal objetivo proteger o direito individual do sujeito, tornado possível que ele escolha a quais tratamentos deseja ou não ser submetido. Ou seja, o paciente, através do exercício da sua autodeterminação de forma prévia, poderia se recusar a utilização de tratamentos e equipamentos artificiais que apenas visassem o prolongamento da vida, sem conseqüente melhora ou qualidade de vida.¹³⁸

Ademais, Kutner afirmava que as diretrizes expressas nessa espécie de diretiva antecipada de vontade apenas poderiam produzir efeitos quando o outorgante possuíse estado clínico irreversível ou estivesse em estado vegetativo, não havendo possibilidade de recuperar suas capacidades.¹³⁹

Essa espécie de diretiva antecipada de vontade instrui os médicos sobre os tratamentos que podem ser utilizados, de acordo com a vontade do paciente, que poderá estar sem condições de expressar suas escolhas em razão da doença. Este documento também evita que o médico seja processado por não ter oferecido tratamento a paciente em fase terminal.¹⁴⁰

O testamento vital deve ser realizado por pessoa capaz, em pleno gozo do seu discernimento, e ficará sujeito a um evento futuro e incerto para produzir seus efeitos, qual seja as situações de terminalidade da vida, em que o paciente apresente quadro irreversível e não possa exprimir de maneira válida a sua vontade.¹⁴¹

¹³⁷ DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). **Revista de Bioética y Derecho**. Barcelona: mai/2013. n.28, p.63.

¹³⁸ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3, p.464. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855>. Acesso em: 23 nov. 2015.

¹³⁹ *Ibidem*. *Loc. Cit.*

¹⁴⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 239-240.

¹⁴¹ DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**. São Paulo: 2009, v.17, n.3, p. 527. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515>. Acesso em: 23 nov. 2015.

É importante ressaltar que a pessoa que se encontra em estado terminal deve ter sua dignidade resguardada e por isso deve ser submetida a tratamentos chamados de ordinários, que servem para manter a qualidade de vida do paciente e amenizar o seu sofrimento.¹⁴²

Esses tratamentos ordinários visam manter a dignidade do paciente para que ocorra o processo natural de sua morte da melhor forma e nas melhores condições possíveis para ele, para os familiares e para a equipe médica. Esses tratamentos também são conhecidos como cuidados paliativos.¹⁴³

Todavia, existem também os chamados tratamentos extraordinários que são tratamentos que não trazem melhoras ao paciente, apenas prolongam a vida desse, muitas vezes trazendo mais sofrimento, seja para o paciente ou para a sua família. A suspensão desse tipo de tratamento é chamada de suspensão de esforço terapêutico (SET). São esses tratamentos que são objeto do testamento vital, pois o sujeito pode optar por afastar a utilização deles, antecipadamente no exercício do seu poder de autodeterminação, caso se encontre em situação de terminalidade da vida.¹⁴⁴

De acordo com Sánchez é possível apontar os dois principais objetivos da declaração prévia de vontade do paciente terminal: primeiro, objetiva garantir ao paciente que seus desejos serão atendidos no momento de terminalidade da vida; segundo, proporciona ao médico respaldo legal para a tomada de decisões em situações conflitivas.¹⁴⁵

O testamento vital, no que tange as espécies de exercício da autonomia em terminalidade, adota o modelo da autonomia pura, tendo em vista que privilegia a vontade do paciente, já que este, enquanto for capaz, irá realizar documento que trará diretrizes que devem ser respeitadas pela equipe médica e pelos familiares, caso esse sujeito se encontre em estado terminal.¹⁴⁶

Esse é o entendimento de Dadalto:

¹⁴² DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**. São Paulo: 2009, v.17, n.3, p. 527. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515>. Acesso em: 23 nov. 2015.

¹⁴³ *Ibidem. loc. Cit.*

¹⁴⁴ *Ibidem. Loc. Cit.*

¹⁴⁵ SÁNCHEZ, CL *apud* DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**. São Paulo: 2009, v.17, n.3, p.527. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515>. Acesso em: 23 nov. 2015.

¹⁴⁶ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855>. Acesso em: 23 nov. 2015.

O testamento vital parece representar o modelo da pura autonomia, o qual implica o respeito às decisões autônomas prévias de pessoas que se encontram em condição de incapacidade. Havendo ou não uma diretiva formal de ação, instrumentalizada via diretivas antecipadas de vontade, os julgamentos autônomos prévios devem ser respeitados, desde que sejam conhecidos e diretamente relevantes para a ação em questão.¹⁴⁷

Cumprir salientar outro aspecto importante relacionado a essa espécie de diretiva antecipada de vontade, o direito do médico a objeção de consciência. Ocorre que o Código de ética médica brasileiro¹⁴⁸ prevê que o médico pode se recusar a praticar atos que sejam contrários à sua consciência.¹⁴⁹

Com base nisso seria possível o médico se negar a cumprir as disposições contidas no testamento vital, desrespeitando a vontade do paciente, por questões éticas, morais, religiosas, ou qualquer outra razão de foro íntimo. Mas, deve-se ressaltar que essa escusa deve ser justificada, demonstrando os motivos pelos quais ele se recusa a cumprir as vontades do paciente, expressas em seu testamento vital. Ademais, a solução encontrada nesse caso é encaminhar o paciente para outro médico que não possua objeções em realizar o disposto na diretiva antecipada de vontade.¹⁵⁰

Em que pese às inúmeras discussões envolvendo o instituto das diretivas antecipadas de vontade, certo é que elas trouxeram inúmeros avanços na possibilidade de autodeterminação do paciente diante de uma situação de terminalidade da vida, trazendo maior segurança ao paciente, de que sua vontade vai ser realizada, maior conforto aos familiares, por terem consciência de que foi atendida a vontade do seu ente querido, assim como menor preocupação ao médico, pois estará protegido de eventuais acusações de não realização de determinados tratamentos médicos.

¹⁴⁷ BARBOSA, Amanda Souza; BRITO, Anne Lacerda de. A viabilidade e o conteúdo do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Teoria do Fato Jurídico. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**. Belo Horizonte: 2015, a.4, n.10, p.169. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/index.php/publicacoes/periodicos/listar-periodicos/assinatura-revista-farum-de-direito-civil-ae-rfdc/>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

¹⁴⁸ BRASIL. **Código de Ética Médica**: Código de Processo Ético Profissional, Conselhos de Medicina, Direitos dos Pacientes. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/library/modulos/publicacoes/pdf/CodigoEticaMedica2013.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

¹⁴⁹ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.100-101.

¹⁵⁰ *Ibidem*. Loc. Cit.

4 AUTONOMIA, CAPACIDADE E VULNERABILIDADE

No presente capítulo cumpre analisar os principais pressupostos que tangenciam as diretivas antecipadas de vontade, sendo eles, a autonomia, a capacidade e a vulnerabilidade.

O processo de tomada de decisões pelo paciente terminal no que tange a recusa a tratamentos médicos é a mais pura expressão do exercício da autonomia do sujeito, tendo em vista que ele atua de acordo com seus anseios.

Para a realização das DAV é de suma importância a capacidade do sujeito, mesmo que haja discussão sobre isso, pois muitos autores afirmam que o verdadeiro requisito seria o discernimento, independentemente da capacidade estabelecida pelo ordenamento jurídico.

E, por fim, há a vulnerabilidade. Sabe-se que os sujeitos que se encontram em terminalidade de vida, estão extremamente fragilizados, pois dependem dos cuidados de terceiros e muitas vezes ficam submetidos às suas vontades. Por isso cabe a proteção desses sujeitos que, ainda que momentaneamente, encontram-se vulneráveis.

4.1 AUTONOMIA PRIVADA

O pressuposto mais importante, no que tange as diretivas antecipadas, é a autonomia, mais especificamente a autonomia privada relacionada a questões existenciais, que está associada à autodeterminação do indivíduo, ou seja, a sua liberdade para tomar decisões e perseguir os seus interesses.

“A vontade humana, sabe-se, uma vez externada, tem potencial nomogenético, ou seja, é apta a gerar normas que vestem a roupagem da juridicidade e produzem efeitos na esfera jurídica”.¹⁵¹

A autonomia privada está intimamente associada ao princípio da dignidade da pessoa humana, ela objetiva o diálogo, buscando a relação dos sujeitos entre si e

¹⁵¹ PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade**. Curitiba: Juruá, 2015, p.113.

individualmente. Ela abrange situações patrimoniais e existenciais, assim como situações públicas e privadas.¹⁵²

Portanto, cumpre analisar esse instituto do direito civil aplicando-o ao processo de tomada de decisões pelos pacientes terminais, principalmente no que tange a possibilidade de recusa a tratamentos médicos.

4.1.1 Conceito

A autonomia privada está associada ao poder que o indivíduo tem de criar direito, ou seja, criar normas jurídicas a partir do exercício da sua vontade, dentro da sua esfera de atuação.¹⁵³

Com esse poder que o ordenamento jurídico atribui ao sujeito. Este se torna apto a estabelecer “miniordenamentos jurídicos” para situações especiais de sua vida, estabelecendo regras, reconhecidas e validadas pelo ordenamento jurídico, que disciplinem situações concretas de seu dia-a-dia.¹⁵⁴

“Autonomia significa o direito ao exercício da própria liberdade pessoal, livre de interferências arbitrárias ou injustificadas”.¹⁵⁵

A palavra autonomia, do Grego autos (próprio) e nomos (regra, autoridade ou lei), foi utilizada, originariamente, para expressar o autogoverno das cidades-estado independentes. Na década de 1970 – tomamos como referência o Relatório Belmont –, incorporou-se à biomedicina para significar atribuição de poder para se tomar decisões sobre assuntos médicos. Comparativamente, uma pessoa com autonomia plena tem os mesmos poderes e garantias que um Estado: autodeterminação.¹⁵⁶

Ela é pautada na liberdade do indivíduo, embasada “na garantia de uma formação abrangente da vontade e da opinião, processo no qual cidadãos livres e iguais chegam a um entendimento em que objetivos e normas se baseiam no igual interesse”.¹⁵⁷

A autonomia privada está associada a possibilidade/poder que os sujeitos possuem de regular suas próprias relações jurídicas, criando verdadeiros negócios jurídicos, de

¹⁵² DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.13

¹⁵³ PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade**. Curitiba: Juruá, 2015, p.114.

¹⁵⁴ BORGES, Roxana. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 47.

¹⁵⁵ GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: Uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. *In*: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Jus Podivm, 2014, p.32.

¹⁵⁶ RIBEIRO, Diaulas Costa. **Autonomia: Viver a própria vida e morrer a própria morte**. Rio de Janeiro: Cad. Saúde Pública, 2006, 22(8), p. 1749.

¹⁵⁷ AMARAL, Francisco. **Direitos civil: introdução**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 337.

acordo com suas vontades, delimitando ainda o seu conteúdo. Essa competência atribuída aos indivíduos de regular seus interesses, de forma pessoal e jurídica, está respaldada pelo ordenamento jurídico.¹⁵⁸

Nessa senda, pensar em autodeterminação representa admitir a capacidade de cada indivíduo para regulamentar uma esfera particular e tão íntima em relação à qual não poderia o Estado intervir para impor limitações, especialmente quando as condutas referirem-se, de maneira exclusiva, ao indivíduo, sem atingirem, de forma direta ou indireta de modo a violar a igual liberdade, terceiros, uma vez que reconhecido hoje o pluralismo dos estilos de vida.

A principal característica dela é possibilitar que o sujeito tenha seus próprios conceitos e convicções pessoais, de modo a agir pautado neles e visando alcançar uma vida boa. Ocorre que essa autonomia não pode ser entendida como uma liberdade excessiva, em que o sujeito pode fazer o que quiser, pois ela encontra barreiras nas relações interpessoais, ou seja, na intersubjetividade, e esse controle é feito pelas normas jurídicas.¹⁵⁹

Existem limites impostos a esse poder dos sujeitos de regularem suas relações de acordo com os seus interesses privados, sem que haja a intervenção estatal direta. Eles se encontram nas normas jurídicas, na moral, nos bons costumes e na ordem pública, nos quais se busca a validade dos atos praticados autonomamente pelos indivíduos em suas relações pessoais.¹⁶⁰

Essas relações privadas determinadas a partir dos ensejos dos particulares podem se caracterizar como situações patrimoniais ou existenciais, estando as diretivas antecipadas de vontades enquadradas nessa segunda categoria.¹⁶¹

Portanto, a autonomia privada não está adstrita ao aspecto econômico e contratual, ela se materializa em diversas outras áreas, inclusive no plano das relações subjetivas existenciais, estando, nesse caso, relacionada aos direitos da personalidade.¹⁶²

Logo, nada obstante o âmbito mais forte de aplicação da autonomia privada sejam as relações patrimoniais, não se pode olvidar que ela também deve ser aplicada às relações pessoais, tendo em vista que elas concretizam a própria personalidade do

¹⁵⁸ BORGES, Roxana. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 48.

¹⁵⁹ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.17.

¹⁶⁰ PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade**. Curitiba: Juruá, 2015, p.145.

¹⁶¹ DADALTO, Luciana. *Op. Cit.*, 2015, p.20.

¹⁶² BORGES, Roxana. *Op. Cit.*, 2005, p. 50.

sujeito. A autonomia privada, no campo dos direitos da personalidade, legitima que as pessoas regulem suas relações de acordo com suas convicções pessoais.¹⁶³

“Os negócios com conteúdo não patrimonial, mais do que os outros, encontram seus limites no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”¹⁶⁴, presente implicitamente no art. 1º, III, da CRFB/88.¹⁶⁵

A autonomia privada constitui-se, portanto, em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo, e nessas condições, legisladores sobre seus próprios interesses.¹⁶⁶

“A realização completa da personalidade só se torna possível, então, quando as normas fixadas pelo indivíduo na tutela dos seus interesses mais íntimos são respeitadas”.¹⁶⁷

Para o exercício da autonomia privada são necessários o cumprimento de alguns requisitos de validade específicos, para produzir seus efeitos jurídicos, além dos requisitos gerais dos atos jurídicos previstos no art. 104 do Código civil, que são a informação, o discernimento e a ausência de condicionadores externos.¹⁶⁸

No que tange ao requisito da informação, o paciente deve ser informado sobre seu estado clínico, os riscos, possíveis tratamentos, benefícios, ou seja, a ele deve ser dispensado o maior número de informações possíveis, e estas devem ser passadas de forma completa e clara, para que sejam perfeitamente compreendidas. Se dispõe também que o paciente precisa de discernimento para o exercício da autonomia privada, este caracterizado pela compreensão da sua situação clínica, e a necessidade da consciência para a tomada de decisões.¹⁶⁹

O último requisito específico é a ausência de condicionadores externos à manifestação da vontade do paciente, ou seja, o exercício da autonomia não deve

¹⁶³ GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: Uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. *In*: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Jus Podivm, 2014, p.32

¹⁶⁴ BORGES, Roxana. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 55.

¹⁶⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 21 nov. 2015.

¹⁶⁶ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 337.

¹⁶⁷ PONA, Éverton Willian. *Op. Cit.*, 2015, p.159.

¹⁶⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.87-88.

¹⁶⁹ *Ibidem*, *loc.cit.*

estar eivado de vícios, socais ou de consentimento, devendo ser livre, apenas baseado na consciência pessoal do paciente.¹⁷⁰

No que tange a relação existente entre a autonomia privada e as diretivas antecipadas de vontades, Éverton Pona dispõe que essas representam a manifestação de vontade do paciente, limitada pela autonomia privada, objetivando sempre proteger a autodeterminação do indivíduo, tanto daquele que se encontra capaz, como daquele que se encontra incapaz de decidir sobre os tratamentos clínicos a que será submetido.¹⁷¹

Essa expressão autônoma do indivíduo deve ser livre, na medida em que não se pode deixar influir a vontade de terceiros, como da família ou da equipe médica que acompanha o enfermo.

As DAV decorrem, portanto, de um processo em que se busca valorizar a autonomia privada do indivíduo. “Este documento projeta para o futuro a autonomia do presente.”¹⁷²

Os ditames estabelecidos pelo sujeito na realização da sua diretiva antecipada de vontade representam a construção da sua própria personalidade, demonstrando sua cultura, anseios, valores e crenças. E estes devem ser, na medida do possível, respeitadas, pois concretizam a autonomia do indivíduo e conseqüentemente expressam a sua personalidade.¹⁷³

4.1.2 Diferenciação entre Autonomia privada e Autonomia da vontade

Antigamente o termo utilizado era autonomia da vontade, este foi substituído por autonomia privada. A autonomia da vontade estava associada ao Estado Liberal, em que a autonomia do sujeito prevalecia em face da autonomia estatal, diante disso o Estado deveria atuar de forma a não intervir nas relações pessoais dos sujeitos. Já a

¹⁷⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.87-88.

¹⁷¹ PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade**. Curitiba: Juruá, 2015, p.115.

¹⁷² *Ibidem, loc. cit.*

¹⁷³ *Ibidem, loc. cit.*

autonomia privada está associada à autodeterminação do indivíduo, ou seja, a sua liberdade para tomar decisões e perseguir os seus interesses.

No estado liberal buscava-se proteger os direitos de primeira geração, mais conhecidos como liberdades individuais. Dessa forma, presava-se por uma atuação mínima do estado, sem interferência nos direitos individuais do cidadão. Nessa época, visava-se a igualdade formal, ou seja, os direitos tinham que ser iguais para todos e garantidos por lei, independentemente da realização da justiça social.¹⁷⁴

Nesse contexto de afirmação da igualdade dos indivíduos, livres em suas ações, capazes e autônomos para regulamentar suas próprias vidas sem as ingerências desmedidas de outrora por parte do estado, a autonomia da vontade vai significar justamente a possibilidade de escolhas para regras as relações intersubjetivas privadas, a capacidade para contratar com os demais e atingir determinados objetivos, como verdadeira fonte do direito.¹⁷⁵

Esse estado liberal com atuações negativas por parte do estado fez com que os indivíduos tivessem liberdade para realizar negócios jurídicos versando sobre os mais diversos conteúdos. Dessa forma, o estado não tinha como objetivo principal proteger os indivíduos, pois todos tinham a capacidade de se autorregular, prevalecendo sua condição de sujeitos autônomos. Preponderava-se a vontade individual sobre a vontade estatal.¹⁷⁶

Quando surge o estado social, trazendo os direitos de segunda geração, a autonomia da vontade do indivíduo começa a ser limitada, tendo em vista que passa a se exigir condutas positivas do estado para garantir os direitos dos cidadãos, sempre visando o bem comum. Por fim, com o surgimento do estado democrático de direito há a completa harmonização entre a autonomia dos indivíduos e as vontades estatais, existindo ambas pacificamente, uma impondo limites a outra, surgindo assim a denominação autonomia privada.¹⁷⁷

“De autonomia da vontade, fundada no dogma voluntarista, passa-se a reconhecer o poder conferido aos indivíduos para autorregulamentarem seus interesses como autonomia privada”.¹⁷⁸

¹⁷⁴ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.8

¹⁷⁵ PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade**. Curitiba: Juruá, 2015, p.129.

¹⁷⁶ DADALTO, Luciana. *Op. cit.*, 2015, p.8.

¹⁷⁷ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁷⁸ PONA, Éverton Willian. *Op. Cit.*, 2015, p.132.

A autonomia privada está associada a uma liberdade de comportamentos permitida ao sujeito, sendo-lhe conferido poderes de atuação. Está associada a possibilidade de o sujeito praticar atos determinando sua forma, conteúdo e as consequências decorrentes da prática deste.¹⁷⁹

A autonomia da vontade está ligada a uma vontade psicológica dos sujeitos, de modo que os adeptos dessa nomenclatura entendem que essa vontade é causa dos efeitos jurídicos, enquanto a autonomia privada está ligada com a manifestação de vontade objetiva, como fonte dos efeitos jurídicos.¹⁸⁰

Dessa forma, percebe-se que a autonomia da vontade está ligada a um conteúdo mais subjetivo, associada às vontades internas, enquanto que a autonomia privada denota objetividade, é a vontade no direito de modo mais concreto e real. Hoje em dia se adota a segunda, tendo em vista que cabe ao direito analisar a vontade do sujeito nos casos concretos, e não analisar o que levou a sua manifestação pelo indivíduo, ou seja, analisar o plano subjetivo, as causas e características internas que levarão a tomada da decisão.¹⁸¹

4.1.3 Autonomia no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Atualmente, no Brasil, o paciente possui o poder de tomar as decisões sobre a sua vida, mais especificamente sobre a sua saúde, podendo, por exemplo, escolher a quais os tratamentos médicos irá se submeter caso se encontre em estado terminal. Esse poder conferido ao paciente é conhecido como *empowerment health*, sendo esse, portanto, titular do direito de apoderamento sobre a sua saúde.¹⁸²

Em que pese seja pacífico doutrinariamente a existência da autonomia do paciente para dispor sobre tratamentos médicos concernentes ao seu estado de saúde, visando a preservação de sua dignidade, ainda há escassa legislação tratando sobre a temática.

¹⁷⁹ SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 37.

¹⁸⁰ DADALTO, Luciana. *Loc. Cit.*, 2015, p.9

¹⁸¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Op. Cit.*, 2011, p. 85.

¹⁸² RIBEIRO, Diaulas Costa. **Autonomia: Viver a própria vida e morrer a própria morte**. Rio de Janeiro: Cad. Saúde Pública, 2006, 22(8), p. 1749-1750.

Todavia, como bem leciona Roxana Borges, é de suma importância a previsão legal de proteção à vontade do sujeito, tendo em vista que essa autonomia que o diferencia dos seres irracionais.

Reconhecer a subjetividade concreta do homem é requisito para compreender a necessidade de proteger-lhe a vontade e, conseqüentemente, sua necessidade de autodeterminação ou autonomia. Se não se reconhece o homem como ser dotado de consciência de sua própria existência, dotado de vontade e de necessidade de autonomia, auto-realização e felicidade, reduz-se, então, o homem à mesma categoria dos seres irracionais, que devem ser controlados, ordenados, tangidos, cercados – como objetos, não como sujeitos.¹⁸³

Maurício Requião traz em sua tese uma nova significação da palavra autonomia, associada às liberdades pessoais do sujeito, dissociada das relações negociais patrimoniais, chamada de autonomia existencial. Segundo ele, há distinção entre autonomia privada e a autonomia existencial, podendo haver casos de incidência conjunta, e situações de aplicação individual de cada uma delas.¹⁸⁴

Esse novo sentido da autonomia decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, dos direitos da personalidade e principalmente da repersonalização do direito privado, através do respeito às diferenças.¹⁸⁵

A autonomia existencial denota a possibilidade de o indivíduo regular sua própria vida com dignidade. Portanto, se aproxima do conceito bioético de autonomia, aplicado principalmente ao âmbito médico, ou seja, “se vincula com a ideia de fornecer ao indivíduo o conhecimento e a liberdade necessários para tomar uma decisão de modo consciente e independente”.¹⁸⁶

A autonomia privada é priorizada e protegida em diversos diplomas legais, assim como na nossa carta magna. Ocorre que a proteção e disciplina dessa no âmbito existencial ainda é pequena, mas, mesmo assim, é possível se observar a proteção da autonomia do sujeito no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁸³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 138.

¹⁸⁴ SANT'ANA, Maurício Requião de. **Autonomia, incapacidade e transtorno mental: uma revisão pela promoção da dignidade**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 44-46.

¹⁸⁵ *Ibidem*, loc. Cit.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 45.

A Constituição Federal brasileira trata da autonomia do sujeito em seu artigo 5º, incisos II e III¹⁸⁷, dispondo que ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei e que ninguém poderá ser submetido à tortura ou a tratamento degradante. Portanto, percebe-se que há permissão constitucional para a tomada de decisões pelo paciente no que tange a rejeição ou aceitação de certos tratamentos clínicos, afinal não há imposição legal prevendo que o sujeito tem que ser submetido a todos os tratamentos existentes para sua enfermidade.

O direito de um doente em estágio terminal (cuja morte é inevitável e iminente), de recusar receber tratamento médico, bem como o de interrompê-lo, buscando a limitação terapêutica no período final da sua vida, de modo a morrer de uma forma que lhe parece mais digna, de acordo com suas convicções e crenças pessoais, no exercício de sua autonomia, encontra-se plenamente amparado e reconhecido pela nossa Constituição.¹⁸⁸

Além disso, o Código Civil de 2002 traz alusão expressa a autonomia do paciente, mesmo que traga disposições não muito avançadas e um pouco conservadoras sobre o tema, ao dispor em seu art. 15 que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”.¹⁸⁹

“A autonomia da pessoa que está em fim de vida deve ser preservada, garantindo ao paciente o direito de manifestar, previamente, sua opinião sobre os tratamentos aos quais não deseja ser submetido”.¹⁹⁰

Dessa forma, percebe-se a autonomia privada é um dos direitos fundamentais protegidos no nosso sistema jurídico, todavia necessitando de uma regulamentação mais densa para dirimir questões já pacificadas no âmbito jurisprudencial e doutrinário.

4.1.4 Consentimento livre e esclarecido

A capacidade que o sujeito possui de decidir de modo livre e consciente está estritamente ligada ao consentimento informado, ou consentimento livre e esclarecido,

¹⁸⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 21 nov. 2015.

¹⁸⁸ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.48.

¹⁸⁹ BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406**. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

¹⁹⁰ DADALTO, Luciana. *Op. Cit.*, 2015, p.50.

no âmbito das situações de saúde que envolvem a relação médico-paciente, que se coaduna e representa a manifestação da autonomia do paciente.

A Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde define o consentimento livre e esclarecido na seção II.7, como:

Anuência do participante da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após esclarecimento completo e pormenorizado sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar.¹⁹¹

Esse consentimento informado é o que embasa a possibilidade de tomada de decisões pelo paciente no que tange a recusa ou não a certos cuidados de saúde. Trata-se, portanto de direito fundamental do sujeito, visando o respeito a sua autonomia.¹⁹²

O consentimento livre e esclarecido na relação médico-paciente é resultado da conversão do paciente em sujeito ativo, em ser autônomo capaz de decidir sobre questões que lhe concernem diretamente. Assim, deve conhecer sua real situação, ser adequadamente informado e prestar seu consentimento antes de qualquer intervenção.¹⁹³

Em relação a análise histórica do surgimento do consentimento, a Carta dos direitos do paciente da Associação Americana de Hospitais de 1973 disciplinou que o paciente tem o direito de receber informações sobre o seu estado clínico, de maneira minuciosa, esclarecedora, simples, inteligível e completa, ficando ciente do seu diagnóstico, dos riscos que corre e os possíveis e existentes tratamentos. Tal direito a informação é essencial para que o sujeito possa tomar suas decisões conscientemente no que tange a recusa ou não de tratamentos.¹⁹⁴

Ademais, em 1991 foi aprovado o *Patient self-determination Act* nos Estados Unidos tratando sobre o poder de autorregulação do paciente terminal que havia expressado anteriormente seu desejo de recusa a certos tratamentos. Tal instrumento prevê que o paciente deve ser informado sobre essa possibilidade. Ademais, ele propõe a defesa da autonomia do paciente para tomar decisões relativas a cuidados com a sua saúde, estimula a realização das diretivas antecipadas de vontade, assim como confere aos

¹⁹¹ BRASIL. **Resolução 196/1996**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Saúde, 1996. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/aquivos/resolucoes/23_out_versao_final_196_EN CEP2012.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2016.

¹⁹² DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.57-58.

¹⁹³ *Ibidem*, p.68.

¹⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.468.

pacientes o poder de exigir seus direitos associados à sua vida, principalmente em relação as objeções de consciência.¹⁹⁵

No âmbito das relações médico-paciente, é fundamental reconhecer a liberdade do enfermo para decidir sobre quais intervenções lhe pareçam adequadas, segundo seu juízo e a partir da prestação das informações cabíveis sobre a natureza, os benefícios e os possíveis riscos esperados. Independentemente da magnitude do procedimento proposto, é crucial atribuir ao paciente autonomia para firmar sua própria escolha.¹⁹⁶

O consentimento é a concretização da manifestação de vontade do paciente, e ele é informado, pois a equipe médica deve fornecer todas as informações sobre o seu estado clínico antes da tomada das decisões. Diz também que além de informado, o consentimento é esclarecido, já que pressupõe-se que o sujeito ao manifestar suas vontades, tem o esclarecimento necessário para isso, ou seja, é preciso que o enfermo tenha entendido completamente as informações que lhe foram dadas. Além disso, deve ser livre, de modo que as opiniões emitidas não podem estar eivadas de vícios, devendo se tratar das convicções pessoais do paciente, sem que haja interferência externa.¹⁹⁷

É indispensável a intersubjetividade para a conformação da autonomia privada e, no caso dos pacientes terminais, essa se manifesta com o consentimento informado, pois a subordinação ao consenso transforma a ação orientada por considerações egocêntricas em ação comunicativa. Ademais, esse interesse individual se coaduna com o Estado Democrático de Direito na medida em que persegue uma existência digna, garantida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, e garante coexistência de todos os projetos de vida, até o do paciente terminal.¹⁹⁸

Noutra sonda, em contrapartida ao direito do paciente a um consentimento informado e esclarecido, há o dever do médico de prestar todas as informações necessárias no que tange ao diagnóstico, tratamentos, riscos e benefícios, de forma clara, completa e eficiente. Todavia, esse dever não pode representar a quebra da autonomia profissional deste, pois os médicos devem agir com cautela, de modo que precisam analisar quais informações são realmente indispensáveis para que o paciente tome suas decisões, dispensando-se aquelas que causarão dor, angústia e sofrimento prescindíveis.¹⁹⁹

Ademais, o Conselho Federal de Medicina afirma que para haver o respeito aos

¹⁹⁵ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.471.

¹⁹⁶ GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: Uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Jus Podivm, 2014, p.46

¹⁹⁷ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.59.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p.50.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p.65.

princípios da liberdade e da autonomia do indivíduo é necessário que este possua informações “justas, claras e adequadas”, materializadas pelo consentimento livre e esclarecido.²⁰⁰

Ocorre que, embora haja esse dever de informação por parte da equipe médica, ele não deve ser absoluto, tendo em vista que existem situações específicas e excepcionais em que a revelação da verdade para o paciente poderá causar danos físicos, psíquicos e emocionais neste, requerendo, portanto, o afastamento episódico do princípio da autonomia, negando-se a informação e, até por vezes, ocultando-a.²⁰¹

Logo, nota-se que trata-se de uma situação excepcional, devidamente protegida pelo art. 34 do Código de Ética Médica, que preconiza que o médico pode deixar de prestar informações para o paciente nesses casos específicos em que tal comunicação pode gerar traumas e danos a ele, todavia cria a obrigação de informar aos familiares ou responsáveis sobre o estado clínico do sujeito.²⁰²

Em que pese não haja tratamento expresso no ordenamento jurídico brasileiro sobre o consentimento informado, implícita e analogicamente pode-se inferir que o paciente tem liberdade para determinar a quais tratamentos médicos poderá ser submetido ou não. Tais inferências surgem de análises do ordenamento jurídico pátrio, como, o art. 17 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03) que assegura as pessoas maiores de sessenta anos, o direito de optar pelo tratamento de saúde mais favorável.²⁰³

4.1.5 O exercício da autonomia em terminalidade

Falar em autonomia privada no âmbito das diretivas antecipadas de vontade é remeter a análise das espécies de exercício da autonomia em sede de terminalidade da vida, a saber, autonomia pura, julgamento substituto e melhores interesses.

²⁰⁰ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.78.

²⁰¹ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.469.

²⁰² *Ibidem*, p.470.

²⁰³ GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: Uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. *In*: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Jus Podivm, 2014, p.35.

Esses modelos estão vinculados ao processo de tomada de decisões ao final da vida e principalmente quem será o sujeito adequado para determinar a quais tratamentos o paciente em estado terminal deve se submeter ou não.

Beauchamp e Childress foram os primeiros autores a pensarem na existência de modelos de autonomia possíveis de serem aplicados ao processo de tomada de decisões dos pacientes sobre tratamentos médicos. Eles editaram, nos EUA, a obra *Principles of Biomedical Ethics*, que a partir da sua segunda edição, em 1979, passou a analisar a inserção do princípio da autonomia na bioética.²⁰⁴

Foi a partir da análise sobre a possibilidade de autodeterminação do sujeito para escolher a quais tratamentos médicos poderá ou não ser submetido, caso se encontre em estado terminal, que Beauchamp e Childress pensaram e passaram a disciplinar os modelos de autonomia, também conhecidos como espécies de tomada de decisões pelos pacientes terminais.²⁰⁵

4.1.5.1 Autonomia pura

O modelo da autonomia pura caracteriza-se pela expressão da vontade real do paciente, que durante o exercício da sua capacidade, escolhe quais os tratamentos que a ele serão submetidos. Em verdade, este modelo é a verdadeira expressão da autonomia do paciente, pois esse, em momento anterior, enquanto encontra-se capaz, expressa livremente a sua vontade, que será observada posteriormente, quando este estiver em estado terminal, portanto, sem capacidade para tomar decisões.²⁰⁶

Logo, para a utilização dessa espécie de decisão substituta é necessário que o paciente tenha manifestado previamente suas vontades e decisões sobre os tratamentos de saúde que desejava ser submetido, de forma autônoma, enquanto ainda se encontrava no pleno gozo de sua capacidade.²⁰⁷

²⁰⁴ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.45-46.

²⁰⁵ *Ibidem*, p.45.

²⁰⁶ AGUIAR, Mônica. **Modelos de autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro: Reflexões sobre a Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina**. Curitiba: Clássica, Coleção Conpedi/Unicuriuba: Direito civil, v.6, 2014, p. 221.

²⁰⁷ DADALTO, Luciana. *Op. Cit.*, 2015, p.45-46.

No modelo da autonomia pura, o protagonista é o próprio paciente, pois este previamente, enquanto era capaz, elaborou diretiva antecipada de vontade estabelecendo seus desejos. Este modelo melhor se coaduna a espécie de diretiva antecipada de vontade conhecida como testamento vital.²⁰⁸

Conforme já fora relatado, esse é o modelo adotado por aqueles sujeitos que realizam o testamento vital, pois nele, a pessoa, em momento prévio, enquanto possui pleno gozo da sua capacidade, dispõe sobre as suas preferências no que tange aos tratamentos médicos, de modo que posteriormente em existindo situação de fim de vida irreversível, as próprias decisões do paciente serão aplicadas.

4.1.5.2 Julgamento Substituto

O modelo de julgamento substituto se caracteriza pela tomada de decisões por um terceiro, previamente designado pelo paciente, visando atender aos interesses e vontades daquele que o nomeou, ou seja, buscando tomar decisões coerentes com as convicções pessoais do enfermo. Este modelo visa o respeito a autonomia e a privacidade do sujeito, que se encontra temporária ou definitivamente incapaz, tendo em vista que as decisões tomadas, conquanto não sejam determinadas diretamente por ele, mas serão em seu favor e de acordo com suas vontades manifestadas enquanto ainda estava em gozo de suas capacidades físicas e mentais.²⁰⁹

Por esse modelo, o terceiro que irá tomar a decisão em substituição ao incapaz, deve buscar atender as necessidades, valores e interesses deste, sem, no entanto, basear o processo decisório na sua própria vontade.²¹⁰

O terceiro será um representante legal, nomeado procurador, que será o responsável por tomar tais decisões com base nos interesses do sujeito que lhe outorgou previamente esse poder. Esse procurador poderá ser um médico, um terceiro

²⁰⁸ LIMA, Maria de Lourdes Feitosa; REGO, Sérgio Tavares de Almeida; SIQUEIRA-BATIST, Rodrigo. Processo de tomada de decisão nos cuidados de fim de vida. **Revista Bioética**. São Paulo: 2015, v.23, n. 1, p.34. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/983>. Acesso em: 23 nov. 2015.

²⁰⁹ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.45-46.

²¹⁰ AGUIAR, Mônica. **Modelos de autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro: Reflexões sobre a Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina**. Curitiba: Clássica, Coleção Conpedi/Unicuritiba: Direito civil, v.6, 2014, p. 222.

imparcial, os pais, filhos, cônjuge, ou seja, qualquer pessoa pode ser escolhida pelo paciente.²¹¹

O que se pretende com a designação de um procurador é permitir que, estando o paciente incapaz de se expressar autonomamente e, não tendo manifestados previamente suas preferências e vontades relativas aos tratamentos e cuidados médicos, o representante designado possa orientar a equipe médica durante o período de ausência de capacidade.²¹²

Indica-se que o sujeito escolhido para tomar as decisões pelo paciente tenha um grau de intimidade com este, pois isso viabiliza que o mesmo tenha mais conhecimentos sobre os desejos do enfermo, já que deverá decidir de acordo com as convicções deste.²¹³

Esse modelo, segundo seus percussores, só poderia ser utilizado quando fosse realmente possível saber quais as decisões o paciente tomaria, caso não se encontrasse incapaz para decidir. Portanto, tal modelo exige que o sujeito já tenha sido capaz em algum momento da sua vida, tendo manifestado suas opiniões sobre os tratamentos passíveis de serem aplicados ou recusados. Dessa forma, esse modelo melhor se aplica a espécie de diretiva antecipada conhecida como mandato duradouro.²¹⁴

Conforme dispõe Luciana Dadalto “a utilização deste modelo apenas para pacientes que já foram capazes, quando existem sérias razões para acreditar que é possível prever a decisão que este teria tomado se estivesse no gozo de suas atribuições físicas e mentais”.²¹⁵

Ademais, como já foi dito anteriormente, esse é o modelo adotado por aqueles que escolhem realizar o mandato duradouro, nomeando, em vida e em pleno gozo da sua capacidade, terceiro que irá tomar as decisões por ele, conforme as suas vontades, nos casos de incapacidade definitiva ou temporária.

²¹¹ LIMA, Maria de Lourdes Feitosa; REGO, Sérgio Tavares de Almeida; SIQUEIRA-BATIST, Rodrigo. Processo de tomada de decisão nos cuidados de fim de vida. **Revista Bioética**. São Paulo: 2015, v.23, n. 1, p.34. Disponível em: <

http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/983>. Acesso em: 23 nov. 2015.

²¹² PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada**: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade. Curitiba: Juruá, 2015, p.52.

²¹³ *Ibidem*, p.55.

²¹⁴ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 45-46.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 46.

4.1.5.3 Melhores Interesses

O último modelo é o dos melhores interesses, nele, assim como no modelo de julgamento substituto, é um terceiro que irá tomar as decisões pelo paciente, tendo em vista que esse encontra-se incapaz para expressar suas vontades. Porém, diferentemente do modelo anteriormente tratado, neste, o terceiro irá tomar suas decisões não com base nas vontades do enfermo, mas sim de acordo com suas próprias convicções, buscando trazer o maior número de melhorias possíveis ao paciente. Portanto, trata-se de um modelo de análise de riscos, custos e benefícios dos tratamentos, feito por um terceiro, em favor do enfermo.²¹⁶

“A obrigação é a de maximizar os benefícios por meio de uma avaliação comparativa que encontra o maior conjunto de benefícios”.²¹⁷

Então, o decisor substituto escolher entre as alternativas possíveis de tratamentos, aquele que traga um melhor benefício e menor risco ao paciente. Dessa forma, o decisor não busca a vontade do paciente, mas sim analisar qual o tratamento mais adequado ao caso naquele momento.²¹⁸

Conforme as lições de Beauchamp e Childress, esse é o modelo no qual “um decisor substituto deve determinar o maior benefício entre as opções possíveis, atribuindo diferentes pesos aos interesses que o paciente tem em cada opção e subtraindo os riscos e os custos inerentes a cada uma”.²¹⁹

Cumprido ressaltar, que nesse modelo dos melhores interesses, o decisor substituto quase sempre é o médico, tendo em vista que ele possui mais conhecimento técnico para determinar quais os melhores tratamentos a serem adotados, de modo a trazer o máximo possível de benefícios ao paciente.

Certo é que independentemente do modelo adotado, o que importa é que ele sirva para que a melhor decisão possível seja tomada, de modo a proteger a vontade do

²¹⁶ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.45-46.

²¹⁷ BEUCHAMP, TL; CHILDRESS, JF. **Princípios de ética biomédica**. Pudenzi, Luciana (trad.). São Paulo: Loyola, 2002, p.197.

²¹⁸ AGUIAR, Mônica. **Modelos de autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro: Reflexões sobre a Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina**. Curitiba: Clássica, Coleção Conpedi/Unicuriitba: Direito civil, v.6, 2014, p. 223.

²¹⁹ BEUCHAMP, TL; CHILDRESS, JF. *Op. Cit.*, 2002, p.196.

paciente, sua autodeterminação, os interesses da família e os deveres e direitos dos médicos, em caso de futuros conflitos.²²⁰

4.2 CAPACIDADE

Outro pressuposto de suma importância no processo decisório do paciente terminal é a capacidade. Ela se divide em capacidade de direito e de fato.

O Código Civil traz um rol de sujeitos absolutamente e relativamente incapazes, ou seja, aqueles sujeitos que apesar de possuírem capacidade de direito, não possuem ou têm a sua capacidade de fato limitada. Insta ressaltar que, mesmo com a existência desse rol, é plenamente possível que um sujeito absolutamente capaz, em algum momento da sua vida se encontre com a sua capacidade reduzida, que é o que ocorre com os pacientes em estado terminal.²²¹

Cumprido salientar, que o Código Civil também traz disciplina na proteção desses sujeitos considerados incapazes, protegendo os seus interesses e direitos através dos institutos da assistência, para os relativamente incapazes, e da representação, para os absolutamente incapazes.

4.2.1 Conceito

A capacidade no ordenamento brasileiro é gênero do qual decorrem duas espécies, a capacidade de direito, e a capacidade de fato.

José de Oliveira Ascensão define a capacidade em geral como “a medida das situações de que uma pessoa pode ser titular ou que pode atuar”.²²²

O art. 1º do CC/02 traz expressamente a capacidade de direito ao prever que “toda

²²⁰ LIMA, Maria de Lourdes Feitosa; REGO, Sérgio Tavares de Almeida; SIQUEIRA-BATIST, Rodrigo. Processo de tomada de decisão nos cuidados de fim de vida. **Revista Bioética**. São Paulo: 2015, v.23, n.1, p.34. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/983>. Acesso em: 23 nov. 2015.

²²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. São Paulo: Saraiva, v.1, ed. 10, 2012, p. 95-96.

²²² ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria geral**, tomo 1. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.116.

pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.²²³

Capacidade de direito ou de gozo é aquela para ser sujeito de direitos e deveres na ordem privada, e que todas as pessoas têm sem distinção. Em suma, em havendo pessoa, está presente tal capacidade, não importando questões formais como ausência de certidão de nascimento ou de documentos.²²⁴

A capacidade de direito também é chamada de capacidade de gozo ou capacidade de aquisição. Ela é natural de todo indivíduo, pois decorre da sua personalidade, não sendo possível afastá-la ou restringi-la, porque isso feriria os próprios direitos da personalidade.²²⁵

Para possuí-la, não é necessário que o sujeito preencha qualquer requisito que não o da simples existência. É o chamado princípio da capacidade total de direito, que implica que ela é conferida a todos os sujeitos, não sendo possível excluir quem quer que seja com base em discriminação de qualquer natureza.²²⁶

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro denomina de capacidade de direito a disposição que o indivíduo tem de adquirir direitos e deveres, a partir de sua personalidade, está associada as situações jurídicas. Ao lado dela, existe a capacidade de fato que se caracteriza pela possibilidade de utilizar e exercer esses direitos adquiridos.²²⁷ É a possibilidade de o sujeito exercer pessoalmente os atos da vida civil.

A capacidade de fato, também denominada de capacidade de ação ou de exercício, é presumida, cabendo apenas excepcioná-la por expressa previsão legal, pois trata-se de uma restrição ao poder de agir. Por conta disso, as pessoas não podem se autodeclararem incapazes, e nem recusá-la, seja a de ação ou a de gozo.²²⁸

Aquela pessoa que possui capacidade de aquisição e de fato, é plenamente capaz, estando em pleno gozo de seus direitos, podendo utilizá-los e transmiti-los a terceiros, essa sendo a regra. Todavia, existe a exceção, que são as pessoas que não podem exercer seus direitos, denominados de incapazes, pois não possuem capacidade de

²²³ BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406.** Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

²²⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil:** Volume único. 6. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2016, p.73.

²²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** Introdução ao direito civil. 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.223.

²²⁶ SANT’ANA, Maurício Requião de. **Autonomia, incapacidade e transtorno mental:** uma revisão pela promoção da dignidade. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 61.

²²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.*, 2013, p.223.

²²⁸ *Ibidem*, p.224.

fato, esta devendo ser declarada por lei.²²⁹

Segundo Marcos Bernardes de Mello, a capacidade de agir está associada ao estado pessoal dos indivíduos. Para o citado autor, “incapaz é aquele a quem as normas negam a capacidade de praticar, pessoalmente, ato jurídico *lato sensu* válido”.²³⁰

A incapacidade, por sua vez, é categoria jurídica, estado civil aplicável a determinados sujeitos por conta de questões relativas ao seu status pessoal. Pode decorrer tanto da simples inexperiência de vida, como por conta de circunstâncias outras, tais como o vício em drogas de qualquer natureza.²³¹

Malgrado todos tenham capacidade de gozo, nem todos os sujeitos possuem a de fato, pois algumas pessoas não possuem autonomia para a prática de certos atos. Portanto, o ordenamento jurídico proíbe que elas exerçam todos ou alguns dos seus direitos, de forma direta e pessoal, em função da ausência de autodeterminação, necessitando do auxílio de um terceiro, seja pela representação ou pela assistência. Esses sujeitos são denominados de incapazes, seja relativamente ou absolutamente.²³²

Se estabelecem graus de incapacidade a depender das maiores ou menores condições que o sujeito tem de praticar atos da vida civil. O grau mais alto é denominado de incapacidade absoluta, no qual o indivíduo é considerado como inapto para a prática de quaisquer atos. Há também a incapacidade relativa, essa mais branda, na qual existem apenas algumas limitações quanto a prática dos atos ou a forma como estes devem ser praticados.²³³

Segundo a disciplina presente no CC/02 e pelas mudanças trazidas pela Lei 13.146/2015, e com base nos arts. 166, I e 171, II, do CC/02, via de regra, quaisquer atos praticados por pessoas elencadas no rol taxativo dos absolutamente incapazes, será nulo, não se convalidando, e os atos praticados por pessoas relativamente incapazes, sem a assistência de um terceiro, serão anuláveis, podendo se convalidar, caso não sejam questionados em prazo determinado legalmente.²³⁴

²²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: Introdução ao direito civil. 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.224.

²³⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: Plano da validade. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 59.

²³¹ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades**. ConJur. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades> >. Acesso em: 23 abr. 2016.

²³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.*, 2013, p.224.

²³³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. Cit.*, 2013, p. 60.

²³⁴ GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: Uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica.

Maurício Requião, em análise comparativa entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, discorre que o CC/02 traz:

(...) a limitação para a prática dos atos da vida civil, no caso dos absolutamente incapazes, e para a prática de certos atos, no caso dos relativamente incapazes. Essa diferente redação para cada um dos tipos de incapacidade reflete o fato de que as suas consequências, em ambas codificações, dividiram-se em dois graus, para tornar o ato praticado pelo absolutamente incapaz nulo e o realizado pelo relativamente incapaz anulável.²³⁵

O código traz os institutos da representação e da assistência para auxiliar ou substituir a atuação dos incapazes. Para os absolutamente incapazes cabe a representação, na qual um terceiro, seja através do poder familiar ou da tutela, irá substituir o menor na tomada de decisões, desconsiderando a vontade do menor, em função da sua “Imaturidade”. Já para os relativamente incapazes caberia a assistência, na qual o assistente auxilia o incapaz na prática de certos atos, para que eles sejam válidos, pois este possui certas limitações.²³⁶

4.2.2 Sistema de incapacidades adotado pelo Código Civil de 2002 e alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência

No que tange a disciplina dos incapazes no ordenamento jurídico brasileiros, eles sempre foram tratados nos art. 3º e 4º do Código Civil. Ocorre que, em 6 de julho de 2015 foi sancionada a Lei 13.146/2015, denominada de Estatuto da Pessoa com Deficiência, que entrou em vigor em 2016, trazendo relevantes alterações na disciplina das incapacidades previstas no CC/02.²³⁷

O Estatuto da Pessoa com Deficiência acaba por consolidar ideias constantes na Convenção de Nova York, tratado internacional de direitos humanos do qual o país é signatário e que entrou no sistema jurídico com efeitos de Emenda à Constituição por força do art. 5º, §3º da CF/1988 e do Decreto 6.949/2009. O art. 3º da Convenção consagra como princípios a igualdade plena das pessoas com deficiência e a sua inclusão com autonomia, recomendando o dispositivo seguinte a revogação de todos os diplomas

In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 39.

²³⁵ SANT’ANA, Maurício Requião de. **Autonomia, incapacidade e transtorno mental: uma revisão pela promoção da dignidade**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 72.

²³⁶ GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: Uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. *In:* REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 40.

²³⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: Volume único**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2016, p. 83.

legais que tratam as pessoas com deficiência de forma discriminatória.²³⁸

Essa lei, em seu art. 114, alterou os incisos II e III do art. 4º do CC/02 e revogou os incisos do art. 3º do CC/02, de modo a trazer uma nova disciplina sobre os considerados incapazes pelas normas brasileiras.

O art. 3º do CC/02 trazia rol taxativo dos absolutamente incapazes. Ele dispôs que:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
 I - os menores de dezesseis anos;
 II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
 III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.²³⁹

Ocorre que o Estatuto da Pessoa com Deficiência revogou os incisos II e III desse artigo, excluindo do rol de absolutamente incapazes os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática de atos da vida civil e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Ademais, transformou o inciso I, que trata dos menores de 16 anos, em caput, trazendo a única hipótese em que atualmente o sujeito pode ser considerado absolutamente incapaz.²⁴⁰

Em relação ao art. 4º, o CC/02 traz rol taxativo dos relativamente incapazes. Ele disciplinava que:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:
 I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
 II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
 III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
 IV - os pródigos.
 Parágrafo único - A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.²⁴¹

Com as mudanças trazidas pela Lei 13.146/2015, exclui-se o inciso III por completo, e parcialmente o inciso II, e traz para o rol de relativamente incapazes aqueles que,

²³⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: Volume único. 6. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2016, p. 83.

²³⁹ BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406**. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

²⁴⁰ TARTUCE, Flávio. *Op. Cit.*, 2016, p. 83.

²⁴¹ BRASIL. *Op. Cit.*, 2013.

por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, que antes era previsto como absolutamente incapazes, ainda que com uma redação diferente.²⁴²

Diante disso, essa é a nova disposição jurídica no trato dos incapazes, que já está em vigor:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.²⁴³

Apesar das alterações trazidas pelo estatuto não serem o objeto dessa pesquisa monográfica, cumpre citar um importante instituto disciplinado por esse novo diploma legal, que é a tomada de decisão apoiada, presente no art. 1.783-A do Código Civil.

A categoria visa o auxílio da pessoa com deficiência para a celebração de atos mais complexos, caso dos contratos. Conforme, o caput da norma, a tomada de decisão apoiada é o processo judicial pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.²⁴⁴

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, embasado no ideal da defesa da liberdade-dignidade, iguala o direito ao exercício da capacidade legal dos deficientes ao das demais pessoas, diferentemente do que estabelecia o Código Civil de 2002, que limitava suas atuações.²⁴⁵

A grande mudança trazida pelo estatuto é o fim da visão patrimonialista, buscando-se defender a pessoa com deficiência propriamente dita, e não os atos e negócios jurídicos praticados por ela, como era anteriormente. Portanto, passa-se de uma proteção patrimonialista para uma visão personalíssima, em que o principal objetivo é a defesa da dignidade e da autonomia de todas as pessoas.²⁴⁶

²⁴² TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: Volume único. 6. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2016, p. 83.

²⁴³ BRASIL. **Lei 13.146**. Brasília, Senado, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm >. Acesso em: 23 abr. 2016.

²⁴⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: Volume único. 6. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2016, p. 88-89.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 85.

²⁴⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

4.2.3 Capacidade e a tomada de decisões pelo paciente

As discussões envolvendo o instituto da capacidade e as diretivas antecipadas de vontade decorrem de situações em que um paciente tenha discernimento para manifestar suas opiniões de forma válida e direta, mas este é considerado incapaz pelo ordenamento jurídico brasileiro, e, portanto, não poderia tomar tais decisões sozinho.²⁴⁷

As regras de capacidade previstas no ordenamento jurídico brasileiro, a despeito de serem suficientes para aplicação nas relações de conteúdo patrimonial, não bastam para a validação dos atos de natureza existencial, personalíssimos, mais especificamente no que tange a possibilidade de tomada de decisões sobre a saúde, pois elas não atendem à “variação das capacidades intelectuais, emotivas e volitivas dos menores e dos doentes psiquiátricos dos nossos dias”.²⁴⁸

A principal solução para o citado problema é levar em consideração a vontade do incapaz, desde que ele tenha condições de compreender as informações que lhe forem passadas sobre o seu estado clínico, e principalmente, desde que tenha discernimento para tomar decisões sobre o seu estado de saúde, de modo a proteger seus interesses, sua autonomia e sua dignidade.²⁴⁹

Um paciente ou sujeito é capaz de tomar uma decisão caso possua a capacidade de entender a informação material, fazer um julgamento sobre à luz de seus próprios valores, visar um resultado determinado e comunicar livremente seu desejo àqueles que tratam ou que procuram saber qual é a sua vontade.²⁵⁰

Na relação médico-paciente não se deve apenas analisar a capacidade civil, ou seja, se aquele sujeito possui capacidade de fato, sendo considerado plenamente capaz para o ordenamento jurídico brasileiro, é preciso analisar o discernimento do paciente. Isso se deve ao fato de que, embora capaz, existem situações em que o indivíduo

²⁴⁷ GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: Uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 40.

²⁴⁸ DIAS, André Gonçalo. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In: DIAS, Jorge Figueiredo e al (org). **Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001, v. 2, p. 543.

²⁴⁹ GODINHO, Adriano Marteleto. *Op. Cit.*, 2014, p. 40.

²⁵⁰ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Princípios de ética biomédica. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002, p. 154.

está submetido a medicamentos e tratamentos que retiram a sua lucidez, a sua capacidade de compreensão das informações, alterando suas faculdades mentais. Desse modo, ele não estaria capacitado para tomar decisões, ainda que possua capacidade civil. Logo, no âmbito das relações de saúde prevalece o discernimento do paciente e não a sua capacidade definida em lei.²⁵¹

O paciente precisa ter discernimento para a tomada de decisão. Discernimento significa estabelecer diferença; distinguir, fazer apreciação. Exige-se que o paciente seja capaz de compreender a situação em que se encontra. Em direito, a capacidade de fato (ou capacidade para o exercício) normalmente se traduz em poder de discernimento, no entanto, diante do quadro clínico, o médico deverá atestar se o nível de consciência do paciente permite que ele tome decisões.²⁵²

Segundo as lições de André Gonçalo Dias Pereira, discernimento seria a “capacidade de tomar uma decisão racional sobre os riscos, sacrifícios dos seus próprios bens jurídicos”.²⁵³

Portanto, se o sujeito, ainda que incapaz para a prática dos atos da vida civil, tem discernimento suficiente para tomar decisões sobre seus direitos da personalidade, essa vontade dele deve ser preservada, mesmo que os seus representantes ou assistentes não concordem com tais decisões. Cumpre ressaltar, que a análise sobre a presença ou não de discernimento do incapaz deve ser feita no caso concreto.

Para justificar essa ruptura com a normatização geral que disciplina a matéria, caberá partir não das regras ordinárias que regem a capacidade, mas dar abertura a uma especial capacidade para consentir, (também conhecida por capacidade natural): em se tratando de direitos da personalidade inerentes aos incapazes, pode-se afirmar, à partida, que caberá a eles a manifestação do consentimento, caso tenham discernimento suficiente para tanto.²⁵⁴

Todavia, alguns autores defendem que para que haja consentimento necessariamente deve haver capacidade, ou então o ato estaria eivado de vício de validade, sendo considerado nulo, mas esse trabalho monográfico discorda desse pensamento.²⁵⁵

Essa solução encontrada é adotada em alguns diplomas internacionais e também por algumas normas brasileiras. A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da

²⁵¹ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 74.

²⁵² NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Org.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, v. 1, p. 119-120.

²⁵³ PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In: DIAS, Jorge Figueiredo e al (org). **Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**, v. II. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001, p. 212.

²⁵⁴ GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: Uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 40.

²⁵⁵ DADALTO, Luciana. *Op. cit*, 2015, p. 73.

Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, em seu art. 12, nº 1, dispõe que:²⁵⁶

Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade.²⁵⁷

No plano interno, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), no que tange a adoção, prevê em seu art. 28, §1º que:

Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.²⁵⁸

Nessas disposições, trata-se de menor que possui discernimento para decidir sobre seus direitos da personalidade, por ser um menor com um grau de maturidade suficiente para tanto, malgrado sua capacidade não seja reconhecida pelo ordenamento, que o impede de praticar certos atos da vida civil.²⁵⁹

Se é reconhecido o direito do incapaz de consentir para com os tratamentos que ele seja submetido, desde que haja discernimento, então é possível, por analogia, aplicar esse mesmo entendimento a possibilidade de recusa de tratamentos médicos a que o incapaz será submetido, como bem dispõe Adriano Marteleto Godinho:²⁶⁰

O apelo à capacidade para consentir, contudo, inevitavelmente abre espaço para a validade da perspectiva oposta: ao incapaz suficientemente maduro ou intelectual e psicologicamente apto a escolher sobre cuidados a ter com sua saúde, deve ser reconhecida também a prerrogativa para dissentir. Se o critério a ter em conta e o discernimento, e se este discernimento pode ser considerado em alguns casos como manifestação da vontade válida para assentir com a prática de determinada intervenção médica, não há como rejeitar que também a decisão de recusar determinado tratamento, nas mesmas circunstâncias, será igualmente legítima.²⁶¹

Portanto, a validade das decisões tomadas pelo paciente, através do seu consentimento a recusa ou não de tratamentos, está associada ao discernimento, sendo requisito indispensável. Logo, não deve prevalecer o formalismo da capacidade de fato, pois essa não confere validade ao consentimento do enfermo, já que deve se

²⁵⁶ GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: Uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 41.

²⁵⁷ BRASIL. **Decreto nº 99.710**. Brasília, Senado, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm >. Acesso em: 23 abr. 2016.

²⁵⁸ *Idem*. **Lei nº 8.069**. Brasília, Senado, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm >. Acesso em: 23 abr. 2016.

²⁵⁹ GODINHO, Adriano Marteleto. *Op. cit.*, 2014, p. 41.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 45.

²⁶¹ *Ibidem, loc, cit.*

analisar se no momento da tomada de decisões, o paciente encontrava-se “em pleno gozo de suas funções cognitivas”.²⁶²

Em consequência, conclui-se que o requisito imprescindível do consentimento informado, que lhe atribui validade é o discernimento, e não a capacidade de fato disciplinada pelo Código Civil.

4.3 VULNERABILIDADE

O terceiro pressuposto de suma importância para análise da aplicação das diretivas antecipadas de vontade na tomada de decisões pelos pacientes terminais é a vulnerabilidade.

O ser humano é vulnerável, como todo ser vivo. O animal é vulnerável em sua biologia, enquanto o ser humano o é não somente em seu organismo e em fenômenos vitais, mas também na construção de sua vida, no seu projeto existencial. Além disso, o ser humano sabe de sua vulnerabilidade, que compartilha com todos os viventes.²⁶³

Na bioética, existem três sentidos diferentes de vulnerabilidade, dois deles convergem no mesmo sentido, pois denota a condição de grupos ou pessoas que em suas relações pessoais encontram-se em situação de desigualdade para com as demais, necessitando assim de maior proteção, para que suas vontades não sejam ignoradas.

O último sentido traz a vulnerabilidade como condição universal da existência humana, portanto, não seria critério diferenciador dos diferentes grupos sociais, mas ainda assim impõe uma necessidade de respeito e solidariedade entre os indivíduos.

Por fim, cumpre diferenciar dois conceitos que frequentemente são confundidos, quais sejam, vulnerável e vulnerado, o primeiro como gênero que engloba a espécie “sujeitos vulnerados”.

²⁶² DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 74-75.

²⁶³ FELÍCIO, Jônia Lacerda; PESSINI, Leo. Bioética da Proteção: vulnerabilidade e autonomia dos pacientes com transtornos mentais. **Revista Bioética**. 2009, v. 17, n. 2, p. 207. Disponível em: < http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/issue/view/13>. Acesso em: 28 abr. 2016.

4.3.1 Conceito

A vulnerabilidade, que pode ser individual ou coletiva, decorre das relações sociais entre os sujeitos gerando uma desigualdade no tratamento conferido a cada um deles, a depender das suas escolhas culturais, políticas, condição econômica, etnia, religião, entre outras.²⁶⁴

“*Vulnerabilidade* é uma palavra de origem latina, derivando de *vulnus (eris)*, que significa “ferida”. Assim sendo, a vulnerabilidade é definida como a susceptibilidade de ser ferido”.²⁶⁵

O trabalho desenvolvido pela *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*, no ano de 1978, conhecido como *Belmont Report: ethical principles and guidelines for the protection of human subjects of research*, foi um dos primeiros textos a trazer a utilização e buscar a significação do termo vulnerabilidade dentro da bioética. Esse documento buscou uma maior proteção aos indivíduos submetidos a pesquisas científicas, ao formular princípios éticos básicos que deveriam ser respeitados na realização das experimentações humanas.²⁶⁶

Por referência aos sujeitos, a vulnerabilidade pode se referir a toda humanidade, a grupos sociais concretos e a indivíduos. Por referência à ação, a vulnerabilidade pode simplesmente estar assimilada na vida relacional ou estar exposta e, neste caso, estar sendo defendida ou explorada nas relações (quando a vulnerabilidade se torna vulneração). Por sua qualidade, a vulnerabilidade pode ser moral – ética - ou operacional, quando se refere à falta não deliberada de condições pessoais ou ambientais para o viver como sujeitos humanos.²⁶⁷

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos trazida pela UNESCO prevê a proteção da vulnerabilidade humana em seu artigo 8º. Ela dispõe que:

Na aplicação e no avanço dos conhecimentos científicos, da prática médica e das tecnologias que lhes estão associadas, deve ser tomada em consideração a vulnerabilidade humana. Os indivíduos e grupos

²⁶⁴ GUIMARÃES, Maria Carolina S.; NOVAES, Sylvia Caiuby. Autonomia reduzida e vulnerabilidade: liberdade de decisão, diferença e desigualdade. **Revista Bioética**. 1999, v. 7, n. 1. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/288>. Acesso em: 28 abr. 2016.

²⁶⁵ NEVES, Maria Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, Princípio. In: GARRAFA, Volnei (Editor). **Revista Brasileira de Bioética**. São Paulo: Sociedade brasileira de bioética, v. 2, n. 2, 2006, p. 158.

²⁶⁶ *Ibidem*, loc. cit.

²⁶⁷ ANJOS, Márcio Fabri dos. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. In: GARRAFA, Volnei (Editor). **Revista Brasileira de Bioética**. São Paulo: Sociedade brasileira de bioética, v. 2, n. 2, 2006, p. 181.

particularmente vulneráveis devem ser protegidos, e deve ser respeitada a integridade pessoal dos indivíduos em causa.²⁶⁸

Nessa mesma sonda o Conselho Nacional de Saúde, define o conceito de vulnerabilidade na seção II.28 da Resolução nº 196/1996, como sendo o “estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida ou impedida, ou de qualquer forma estejam impedidos de opor resistência, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido”.²⁶⁹

Ademais, prevê na seção III.1, a, no que tange as pesquisas envolvendo indivíduos, que estas sempre devem respeitar o sujeito que está participando do experimento “em sua dignidade e autonomia, reconhecendo sua vulnerabilidade, assegurando sua vontade sob forma de manifestação expressa, livre e esclarecida, de contribuir e permanecer ou não na pesquisa”.²⁷⁰

Portanto, nota-se que a vulnerabilidade está associada a existência e a adoção de certos fatores como, a educação, cultura, economia, entre outros, que levam ao estabelecimento de relações sociais desiguais entre diversos grupos e pessoas, a depender de suas escolhas.²⁷¹

Diante dos conceitos trazidos, resta ciente que a vulnerabilidade está associada às escolhas feitas pelos seres humanos, trazendo, a partir delas, riscos e benefícios em suas vidas. O indivíduo “por ser detentor de determinadas características ou estados que o enfraquece perante os demais, coloca-o em situações de desamparo, dificuldade e estresse difíceis de serem labutados diante das atuais contingências”.²⁷²

Assim, não resta dúvidas que os sujeitos qualificados como vulneráveis, ou vulnerado, como será melhor diferenciado posteriormente, necessitam de proteção, a se dizer,

²⁶⁸ PORTUGAL. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Portugal: Comissão Nacional da UNESCO, 2005. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

²⁶⁹ BRASIL. **Resolução 196/1996**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Saúde, 1996. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/aquivos/resolucoes/23_out_versao_final_196_EN_CEP2012.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2016.

²⁷⁰ *Ibidem, loc. cit.*

²⁷¹ ALMEIDA, Leonor Duarte. Suscetibilidade: novo sentido para a vulnerabilidade. **Revista Bioética**. 2010, v. 18, n. 3., p. 539. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/issue/view/36>. Acesso em: 28 abr. 2016.

²⁷² VIEIRA, Tereza Rodrigues. Adequação de nome e sexo e a vulnerabilidade do transexual. *In*: VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Minorias sexuais: direitos e preconceitos**. Brasília: Consulex, 2012, p.375.

uma proteção diferenciada, precisam ser defendidas, evitando assim que sejam “feridas”, como denota o significado de vulnerabilidade.²⁷³

4.3.2 Vulnerabilidade Existencial

São inúmeras as aplicações trazidas pela doutrina do conceito de vulnerabilidade, ocorre que, em sua grande maioria, elas estão associadas a direitos patrimoniais, o que não reflete o objeto do presente estudo. Logo, melhor se adequa o conceito de vulnerabilidade existencial às situações de fim de vida.

A vulnerabilidade é atributo antropológico dos seres humanos devido ao simples fato de estarem vivos. Ser vulnerável significa estar suscetível a sofrer danos. Além da vulnerabilidade intrínseca à existência humana, algumas pessoas são afetadas por circunstâncias desfavoráveis que as tornam ainda mais expostas: padecem de perda de capacidade ou de liberdade; têm reduzida a gama de oportunidades de escolha dos bens essenciais para suas vidas. O ser vulnerável é alguém que possui cidadania frágil, em relação a quem se ignora a relevância do direito à integridade física como condição de acesso aos direitos sociais, econômicos, políticos e trabalhistas.²⁷⁴

Visando fugir da utilização da palavra vulnerabilidade sempre com cunho patrimonial, alguns autores citam a vulnerabilidade existencial, que traduz o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, através da aplicação de normas especiais para salvaguardar a esfera extrapatrimonial do sujeito.²⁷⁵

A vulnerabilidade existencial é uma “situação jurídica subjetiva” que o sujeito se encontra, havendo maior probabilidade de ser ferido em sua esfera de direitos pessoais, ou seja, no que toca a sua existência. Ela como “categoria jurídica insere-se em um grupo mais amplo de mecanismos de intervenção reequilibradora do

²⁷³ NEVES, Maria Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *In*: GARRAFA, Volnei (Editor). **Revista Brasileira de Bioética**. São Paulo: Sociedade brasileira de bioética, v. 2, n. 2, 2006, p. 159.

²⁷⁴ SCARPELLI, Ana Carolina; FERREIRA, Efigênia Ferreira e; ZARZAR, Patrícia Maria Pereira de Araújo. Vulnerabilidade socioeconômica versus autonomia na pesquisa em saúde. **Revista Bioética**. 2007, v. 15, n. 2, p. 301. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/issue/view/4>. Acesso em: 28 abr. 2016.

²⁷⁵ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *In*: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Revista de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: BRASILCON, 2015, a. 24, v. 99, p. 111.

ordenamento, com o objetivo de, para além da igualdade formal, realizar efetivamente uma igualdade substancial".²⁷⁶

A vulnerabilidade existencial deve ser concreta, ou seja, sua aplicação deve-se dar sempre na análise de casos concretos, visando a defesa dos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, por conta disso não precisa estar previamente tipificada em lei para que haja sua proteção.²⁷⁷

No caso dos deveres de assistência aos existencialmente vulneráveis, a aplicação do princípio da solidariedade é reforçada pela incidência direta do princípio da dignidade da pessoa humana, eis que sua funcionalidade dirige-se imediatamente à garantia do livre desenvolvimento da personalidade dos vulneráveis.²⁷⁸

Cumpre ressaltar que toda pessoa que se encontra doente, mais especificamente em estado terminal, está em situação de vulnerabilidade, porque a enfermidade por si só leva a fragilidade do sujeito, e quando essa é terminal, tornando o sujeito incapaz, e com a iminência da morte, resta ainda mais evidente essa fraqueza. Por conta disso, esses pacientes terminais devem ser especialmente protegidos, sendo lhes conferido tratamento visando sempre o respeito a autonomia e a dignidade humana, afastando visões paternalistas de que o médico, por deter conhecimento técnico, estaria mais apto a tomar as decisões no que concerne o estado de saúde do enfermo.²⁷⁹

Ademais, se faz necessário diferenciar a autonomia e a vulnerabilidade, pois, embora possam estar associadas, são institutos diferentes, e uma é independente da outra.

A diferença muito significativa entre elas é que a autonomia é individual, diz respeito à pessoa enquanto indivíduo, e a vulnerabilidade é decorrência de uma relação histórica entre segmentos sociais diferenciados, onde a diferença entre eles se transforma em desigualdade. Enquanto, em muitos casos, a condição de autonomia reduzida pode ser passageira, a eliminação da vulnerabilidade necessita que as consequências das privações sofridas por uma pessoa ou grupo nos âmbitos social, político, educacional ou econômico sejam ultrapassadas. Por outro lado, pessoas, grupos ou populações são vulneráveis e continuarão a sê-lo se não houver mudanças drásticas na relação que mantêm com o grupo social mais amplo em que estão inseridas.²⁸⁰

²⁷⁶ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *In*: MARQUES, Cláudia Lima (Coor.). **Revista de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: BRASILCON, 2015, a. 24, v. 99, p. 103.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 114.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 118.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 114.

²⁸⁰ GUIMARÃES, Maria Carolina S.; NOVAES, Sylvia Caiuby. Autonomia reduzida e vulnerabilidade: liberdade de decisão, diferença e desigualdade. **Revista Bioética**. 1999, v. 7, n. 1. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/288>. Acesso em: 28 abr. 2016.

Então é plenamente possível que o sujeito seja autônomo, porém vulnerável, ou então tenha sua autonomia reduzida, mas não se encontre vulnerável, assim como é possível que uma pessoa seja vulnerável e também tenha a sua autonomia reduzida.²⁸¹

Insta salientar que a possibilidade do sujeito vulnerável exercer sua autonomia através do seu consentimento informado, não elimina sua condição de vulnerado, na medida em que permanece susceptível a ser “ferido”, conforme dispõe o princípio da vulnerabilidade.²⁸² Vale dizer também que a defesa dos vulneráveis, pode levar ao alcance da autonomia daqueles que a tinham de forma reduzida.

4.3.3 Os sentidos da vulnerabilidade

Atualmente a bioética traz três conceitos ou sentidos para o termo vulnerabilidade, ora ele é tratado como característica, ora como condição, e ora como princípio.

Quando é tratada como condição humana universal, é considerada como substantivo, descrevendo a realidade comum do homem, sendo fator de igualdade entre eles. Em outra acepção, ela é tratada adjetivamente como característica particular, contingente, provisória e relativa qualificadora de alguns grupos de pessoas, sendo fator de diferenciação entre os grupos sociais. Por fim, a vulnerabilidade é vista como princípio.

M. Patrão Neves ao tratar dessa última acepção, afirma que:

O princípio da vulnerabilidade excede a lógica preponderante da reivindicação dos direitos que assistem às pessoas e anuncia a lógica da solicitude dos deveres que a todas competem, visando a complementaridade entre uma consolidada ética dos direitos, firmada na liberdade do indivíduo e desenvolvida pelo reforço da autonomia, e uma urgente ética dos deveres, firmada na responsabilidade do outro e desenvolvida pelo reforço da solidariedade.²⁸³

A vulnerabilidade, em seu aspecto adjetivante, era vista como uma característica de alguns seres humanos que a possuíam, notadamente de forma provisória. Esse prisma da vulnerabilidade era aplicado nas pesquisas científicas com seres humanos,

²⁸¹ GUIMARÃES, Maria Carolina S.; NOVAES, Sylvia Caiuby. Autonomia reduzida e vulnerabilidade: liberdade de decisão, diferença e desigualdade. **Revista Bioética**. 1999, v. 7, n. 1. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/288>. Acesso em: 28 abr. 2016.

²⁸² NEVES, Maria Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. In: GARRAFA, Volnei (Editor). **Revista Brasileira de Bioética**. São Paulo: Sociedade brasileira de bioética, v. 2, n. 2, 2006, p. 169.

²⁸³ *Ibidem*, p. 171.

em que se buscava a proteção desses através do consentimento informado e no respeito a sua autonomia. Era nitidamente algo que diferenciava os sujeitos e os diferentes grupos sociais. Já numa segunda concepção, a vulnerabilidade é vista como uma condição universal de todos os sujeitos, sendo vista em sua função substantiva já que todos estão submetidos a ela. Nesse novo paradigma, a vulnerabilidade é aquilo que iguala todos os sujeitos, sendo muito utilizada no âmbito da saúde, exigindo-se agora a responsabilidade e a solidariedade no trato entre as pessoas.²⁸⁴

Na sua acepção adjetivante, a vulnerabilidade está associada a grupos ou pessoas que por questões sociais, políticas, físicas, psíquica ou naturais estão impedidas de exercerem amplamente sua liberdade, estando mais suscetíveis de sofrerem abusos, em razão de suas características, de modo que é de suma importância a proteção e defesa dessas pessoas, pois elas se encontram em posição de desequilíbrio se comparada com as demais.²⁸⁵

Num segundo sentido, a vulnerabilidade pode ser entendida como “algo que é próprio da condição humana universal, do perecimento do existente, que leva, portanto, à necessidade de responsabilidade de uma pessoa para com a outra como imposição moral”.²⁸⁶

Assim, a vulnerabilidade humana *deve* – por princípio – ser tomada em consideração, o que corresponde ao seu reconhecimento como traço da *condição humana*, considerando a finitude e fragilidade de todos os seres, cuja existência é marcada pela exposição permanente a ser ferido.²⁸⁷

Há ainda uma terceira acepção em que a vulnerabilidade é defendida, trata-se da sua visão como princípio que deve reger as relações humanas. Segundo o “princípio da vulnerabilidade”, todos os sujeitos estão predispostos a serem feridos e a ferirem os demais, pois é condição da essência humana a vulnerabilidade. Diante disso, exige-se que nessas relações existam ações positivas, no sentido de solidariedade e

²⁸⁴ NEVES, Maria Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *In*: GARRAFA, Volnei (Editor). **Revista Brasileira de Bioética**. São Paulo: Sociedade brasileira de bioética, v. 2, n. 2, 2006, p. 166.

²⁸⁵ ALMEIDA, Leonor Duarte. Suscetibilidade: novo sentido para a vulnerabilidade. **Revista Bioética**. 2010, v. 18, n. 3., p. 537. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/issue/view/36>. Acesso em: 28 abr. 2016.

²⁸⁶ SANT’ANA, Maurício Requião de. **Autonomia, incapacidade e transtorno mental: uma revisão pela promoção da dignidade**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. P. 119.

²⁸⁷ ALMEIDA, Leonor Duarte. *Op. Cit.*, 2010, p. 258.

cuidado uns com os outros, assim como também ações negativas, através do respeito mútuo, evitando causar maiores prejuízos aos demais.²⁸⁸

Ou seja, a vulnerabilidade vista enquanto princípio coaduna os dois sentidos já abordados, ou seja, tanto ela como condição universal de todo ser humano, como característica individual que particulariza alguns grupos de pessoas.²⁸⁹

“A vulnerabilidade, elevada à condição de princípio, visa garantir o respeito pela dignidade humana nas situações em relação às quais a autonomia e o consentimento se manifestam insuficientes”.²⁹⁰

No que tange às acepções de vulnerabilidade como característica e como princípio, elas exigem uma proteção especial desses sujeitos, pois eles estão em condição de inferioridade à dos demais, portanto, é preciso a manutenção, seja da sua autonomia, através do consentimento livre, na primeira visão, ou da dignidade da pessoa humana, como defende a segunda visão. Já em relação a vulnerabilidade vista como condição humana universal, não há que se falar em proteção diferenciada, tendo em vista que todos os sujeitos estão submetidos a mesma condição.²⁹¹

4.3.4 Diferenciação de Vulnerável e Vulnerado

É de suma importância a diferenciação entre dois conceitos comumente utilizados ao se falar em vulnerabilidade, quais sejam, vulnerável e vulnerado.

É preciso distinguir a vulnerabilidade da vulneração, enquanto a primeira está associada a potencialidade de ser vulnerável, o segundo termo denota uma situação concreta, de fato. Todos os sujeitos são vulneráveis, tendo em vista sua condição de seres vivos, mas em que pese essa condição, nem todos são efetivamente

²⁸⁸ ALMEIDA, Leonor Duarte. Suscetibilidade: novo sentido para a vulnerabilidade. **Revista Bioética**. 2010, v. 18, n. 3., p. 538. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/issue/view/36>. Acesso em: 28 abr. 2016.

²⁸⁹ SANT'ANA, Maurício Requião de. **Autonomia, incapacidade e transtorno mental: uma revisão pela promoção da dignidade**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. P. 119.

²⁹⁰ FELÍCIO, Jônia Lacerda; PESSINI, Leo. Bioética da Proteção: vulnerabilidade e autonomia dos pacientes com transtornos mentais. **Revista Bioética**. 2009, v. 17, n. 2, p. 207. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/issue/view/13>. Acesso em: 28 abr. 2016.

²⁹¹ SANT'ANA, Maurício Requião de. *Op. Cit.*, 2015, p. 120.

vulnerados, pois a vulneração deve ser analisada no caso concreto, a depender do gênero, estado de saúde, etnia, religião, entre outros, adotados pela pessoa.²⁹²

De fato, vulnerabilidade é uma categoria *sui generis* que pode ser aplicada a qualquer ser vivo que, enquanto tal, pode ser “ferido”, mas não necessariamente o será. Ou seja, a mera potencialidade inscrita no termo vulnerabilidade não pode ser confundida logicamente com aquilo que chamamos “vulneração”, de acordo com uma distinção já estabelecida por Aristóteles entre potência e ato.²⁹³

Os sujeitos considerados vulnerados, mesmo que sejam livres, ou seja, que possuam todos os requisitos formais necessários para serem considerados autônomos, não são considerados capazes de tomar decisões ou manifestar suas opiniões, tendo em vista que “condições sociais, culturais, étnicas, políticas, econômicas, educacionais e de saúde dificultam tal manifestação”.²⁹⁴

Todos os humanos são, por natureza, vulneráveis, visto que todos os seres humanos são passíveis de serem feridos, atingidos em seu completo psicofísico. Mas nem todos serão atingidos do mesmo modo, ainda que se encontrem em situações idênticas, em razão de circunstâncias pessoais, que agravam o estado de suscetibilidade que lhe é inerente. Embora em princípio iguais, os humanos se revelam diferentes no que respeita à vulnerabilidade.²⁹⁵

Conclui-se, portanto, que vulneração são situações concretas de vulnerabilidade, pois essa última é uma condição potencial que nem sempre se concretiza.

Diante disso, é nítido que os sujeitos vulnerados não se encontram nas mesmas condições de igualdade para como as demais pessoas, embora todas sejam vulneráveis. Logo, os vulnerados necessitam de uma maior proteção jurídica, visando serem colocados em situação de equivalência com os demais, para que não sejam esquecidos ou excluídos do convívio social, sendo respeitados os seus direitos e vontades, e assegurados a eles os princípios constitucionais.

Por fim, Maria Patrão Neves afirma que existem três “princípios éticos básicos” que devem ser respeitados e cumpridos no que tange a proteção dos sujeitos vulnerados. O primeiro deles seria o da beneficência, que preconiza a ampliação dos benefícios e redução dos prejuízos impostos aos sujeitos nessa condição, buscando-se sempre

²⁹² SCHRAMM, Fermin Roland. A saúde é um direito ou um dever? Autocrítica da saúde pública. *In*: GARRAFA, Volnei (Editor). **Revista Brasileira de Bioética**. São Paulo: Sociedade brasileira de bioética, v. 2, n. 2, 2006, p. 192.

²⁹³ *Ibidem*, p. 191.

²⁹⁴ GUIMARÃES, Maria Carolina S.; NOVAES, Sylvia Caiuby. Autonomia reduzida e vulnerabilidade: liberdade de decisão, diferença e desigualdade. **Revista Bioética**. 1999, v. 7, n. 1. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/288>. Acesso em: 28 abr. 2016.

²⁹⁵ BARBOZA, Heloísa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. *In*: PEREIRA, T. S.; OLIVEIRA, G. (Coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 107.

fazer o bem. O segundo princípio é o da justiça, que visa que os vulneráveis sejam tratados tais como as demais pessoas, na medida em que elas precisam de maior ou menor grau de proteção, visando sempre a equidade material. E por fim, visa-se o respeito pelas pessoas, através da proteção dos vulneráveis, que possuem sua autonomia reduzida, mas que ainda assim esta deve ser respeitada, pois deve-se reconhecer que todos os indivíduos são autônomos, em geral.²⁹⁶

²⁹⁶ NEVES, Maria Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *In*: GARRAFA, Volnei (Editor). **Revista Brasileira de Bioética**. São Paulo: Sociedade brasileira de bioética, v. 2, n. 2, 2006, p. 159.

5 O DELINEAMENTO DO EXERCÍCIO DO PODER DECISÓRIO DO PACIENTE EM CONTEXTO TERMINAL

Neste derradeiro capítulo, cumpre analisar a possibilidade de aplicação das DAV no ordenamento jurídico brasileiro, assim como as implicações surgidas com a publicação da Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, que passou a regular esse instituto.

Após essa resolução surgiram inúmeras discussões envolvendo o poder decisório do paciente, principalmente aqueles que se encontram em estado terminal. Todavia, não houve a elaboração de normas pelo Poder Legislativo visando esclarecer as discussões.

As DAV estão intimamente associadas aos princípios da autonomia, da proteção aos vulneráveis, respeito às pessoas, dignidade humana e lealdade. Elas “possuem como benefício a melhoria da relação médico-paciente, e a autoestima do paciente. Também, sem dúvida, propicia a diminuição dos sentimentos de culpa e indecisão nos parentes”.²⁹⁷

Cabe, por fim, a análise do papel do médico, no que tange os seus direitos e deveres, perante a existência das diretivas antecipadas de vontade, assim como a aplicabilidade dos pressupostos da autonomia, capacidade e vulnerabilidade nesse instituto, delineando assim, o exercício do poder decisório do paciente em contexto terminal.

5.1 APLICAÇÃO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As diretivas antecipadas de vontade, mesmo que seja instituto jurídico de suma importância na defesa da autonomia e da dignidade dos pacientes, através do

²⁹⁷ DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n.1. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/791>. Acesso em: 23 nov. 2015. P. 107.

exercício do seu poder decisório, não possuem proteção legal específica no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir dessa ausência de legislação singular sobre o tema surgem uma série de questionamentos, sendo o principal deles a validade das DAV no Brasil e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico vigente.

Nesse sentido, a partir da utilização da técnica da interpretação integrativa, é possível se chegar a conclusão da validade das DAV, tendo em vista sua compatibilidade com normas constitucionais e infraconstitucionais, que concedem “aparato para a defesa deste documento no ordenamento jurídico brasileiro”.²⁹⁸

Embora legalmente não regulamentadas, as diretivas antecipadas de vontade podem possuir força normativa, se buscarem amparo jurídico na Carta Mãe. Caso haja respaldo constitucional, especialmente se fundamentado em um direito fundamental, as diretivas antecipadas passam a gozar de guarda constitucional com aplicabilidade imediata ao mundo fático.²⁹⁹

Atualmente, a Constituição, a partir do neoconstitucionalismo, é vista como uma norma jurídica que está no topo do sistema jurídico, trazendo regras e princípios que norteiam as demais normas. A Constituição traz também direitos e garantias fundamentais que têm eficácia plena e aplicação imediata, trazendo a máxima proteção aos indivíduos.³⁰⁰

“O texto constitucional relegou aos princípios fundamentais a condição de fundamentos da República, o que os tornou verdadeiros valores supremos da ordem jurídica”.³⁰¹

Nesse contexto, as DAV estão diretamente associada aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), pois visa garantir a dignidade dos pacientes, ao possibilitar ao enfermo terminal a recusa ou não de tratamentos, e da autonomia (princípio implícito no art. 5º), ao privilegiar a tomada de decisões pelo

²⁹⁸ DADALTO, Luciana. Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade. **Revista Eletrônica de Direito Civil**. 2013, n.4, a.2. Disponível em: < <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Dadalto-civilistica.com-a.2.n.4.2013.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2015. p. 4.

²⁹⁹ BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; BARCELLOS, Igor Awad. O direito de viver a própria morte e sua constitucionalidade. **Ciência e Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro: 2013, v. 18, n. 9, p. 2695. Disponível em: < <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=63028227024>>. Acesso em: 04 mai. 2016.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 2696.

³⁰¹ CRUZ, Maria Luiza Monteiro da; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3. Disponível em: < http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/850>. Acesso em: 23 nov. 2015. P. 406.

próprio paciente, ainda que ele não possa expressar sua vontade, bem como a proibição de tratamentos desumanos (art. 5º, III).³⁰²

O principal tratamento constitucional das DAV está associado ao direito à vida. Os pacientes terminais não possuem chance de recuperação ou reversão do seu quadro, logo, a morte é iminente. Diante disso, vê-se a morte como uma das etapas da própria vida, tendo em vista que é uma decorrência lógica dela, e nos pacientes terminais, essa morte é iminente. Como a vida é um direito fundamental protegido constitucionalmente e a morte é uma de suas etapas, há que se falar na existência do “direito à morte”.³⁰³

Conseqüentemente, defende-se o direito à morte digna, apesar de não estar expresso na Constituição, pode ser interpretado a partir da proteção do direito à vida, que tem a morte como uma de suas etapas, como o seu fim de forma natural, e o princípio da dignidade humana.³⁰⁴

O direito à vida, como afirmado, não é um direito absoluto, vez que os princípios constitucionais, notadamente o princípio da dignidade humana, permeiam a interpretação de todos os direitos e garantias fundamentais. Assim, a vida protegida pela Constituição Federal é a vida digna. Pelo fato de a morte natural integrar a vida humana, conclui-se que ao proteger a vida o Constituinte protegeu também a morte digna, conformando esse valor em direito. Deste modo, enquanto há o direito à vida digna, pode-se igualmente falar em direito à morte digna.³⁰⁵

Isto posto, o direito à morte digna seria o direito que os pacientes possuem de ter mantida a sua dignidade, ainda que em fim de vida, por conseguinte, podendo optar pelo recusa ou não a determinados tratamentos extraordinários, mesmo que eles prolonguem sua vida.³⁰⁶

Assim sendo, as decisões no tocante a quais tratamentos médicos o paciente quer se submeter ou não seria uma decorrência lógica do exercício do direito à vida. Logo, não há dúvidas do amparo constitucional das diretivas antecipadas de vontades,

³⁰² DADALTO, Luciana. Aspectos registraes das diretivas antecipadas de vontade. **Revista Eletrônica de Direito Civil**. 2013, n.4, a.2. Disponível em: < <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Dadalto-civilistica.com-a.2.n.4.2013.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2015. P. 4.

³⁰³ BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; BARCELLOS, Igor Awad. O direito de viver a própria morte e sua constitucionalidade. **Ciência e Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro: 2013, v. 18, n. 9, p. 2696. Disponível em: < <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=63028227024>>. Acesso em: 04 mai. 2016.

³⁰⁴ CRUZ, Maria Luiza Monteiro da; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3. Disponível em: < http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/850>. Acesso em: 23 nov. 2015. p. 406.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 407.

³⁰⁶ *Ibidem*, *loc. Cit.*

principalmente por versarem sobre o direito fundamental à vida ou à morte digna, possuindo assim eficácia plena e imediata, conforme determina o art. 5º, §1º da Constituição Federal.³⁰⁷

Em razão da base constitucional das DAV, apesar de inexistir legislação específica tratando sobre elas, estariam a equipe médica e os familiares dos enfermos vinculados as escolhas deles ao elaborarem as DAV. Essa conclusão decorre da aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que preconiza que eles também devem ser aplicados e respeitados nas relações privadas entre particulares. Dessa forma, ainda que careça de base infraconstitucional, as DAV representam a defesa de direitos fundamentais que devem ser respeitados pelos médicos e familiares.³⁰⁸

Por isso, se faz essencial que o direito fundamental à liberdade seja exercido da forma mais genuína possível, sem atitudes paternalistas, seja da família, do governo, de médicos ou de qualquer outra entidade intermediária. E para que isto ocorra, é necessário que se investigue a existência de um espaço exclusivo para decisões pessoais, tutelado pela Constituição Federal, imune a interferências externas políticas ou normatizável.³⁰⁹

Além disso, a Constituição da República protege a autodeterminação moral dos sujeitos, no art. 5º, IV, VI e VIII, garantido a “liberdade dos indivíduos para pensar e orientar sua conduta da forma que lhes pareça apropriada, baseada em qualquer que seja a crença ou a convicção”.³¹⁰

Dessa forma, seria contraditório a Constituição permitir a liberdade de crença, de autodeterminação moral, e impedir que o indivíduo tome suas próprias decisões no que tange à sua saúde, de acordo com suas convicções pessoais.³¹¹

Por fim, no rol dos direitos fundamentais, o art. 5º, incisos II e III da Constituição Federal traz o princípio da liberdade, garantindo também a liberdade de escolha do paciente, ao dispor que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma

³⁰⁷ BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; BARCELLOS, Igor Awad. O direito de viver a própria morte e sua constitucionalidade. **Ciência e Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro: 2013, v. 18, n. 9, p. 2696. Disponível em: < <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=63028227024>>. Acesso em: 04 mai. 2016.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 2697.

³⁰⁹ DADALTO, Luciana; TEXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. In: BARBOZA, Heloiza Helena; MENEZES, Raquel Aisengart; PEREIRA, Tania da Silva. Vida, morte e dignidade humana. São Paulo: GZ editora, 2010, p. 59.

³¹⁰ AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Éverton Willian. Entre autonomia privada e dignidade: testamento vital e “como se vive a própria morte” – os rumos do ordenamento brasileiro. In: REZENDE, Elcio Nacur; OLIVEIRA, Francisco Cardozo; POLI, Luciana Costa (Coords.). **XXII Encontro Nacional do CONPEDI**. Curitiba: UNICURITIBA, 2013, p. 179-207.

³¹¹ *Ibidem*, loc. Cit.

coisa senão em virtude de lei” e que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”³¹². Portanto, é perfeitamente possível que o sujeito escolha sobre quais tratamentos médicos deseja ser submetido, no exercício da sua autonomia, tendo em vista que inexistente preceito legal impedindo tal conduta ou o dever de permanecer vivo.³¹³

Outrossim, o Código Civil em seu art. 15³¹⁴ dispõe sobre a impossibilidade de obrigar os indivíduos a se submeterem a tratamentos ou intervenções cirúrgicas, com risco de vida, demonstrando clara proteção da autonomia do paciente em face dos possíveis tratamentos médicos a serem utilizados.

Logo, “a declaração prévia de vontade do paciente terminal é instrumento garantidor deste dispositivo legal, vez que evita o constrangimento do paciente ser submetido a tratamentos médicos fúteis, que apenas potencializam o risco de vida”.³¹⁵

Conclui-se então que a as DAV nada mais é do que uma genuína expressa manifestação da autonomia do paciente, buscando a garantia da dignidade humana e embasada em importantes princípios constitucionais e direitos fundamentais que devem ser protegidos.³¹⁶

O profissional da saúde deve respeitar sempre a vontade do paciente, como consequência da efetiva observância do consentimento informado. A não submissão à tratamento contrário à sua vontade apresenta-se como direito básico do paciente, bem como é reconhecido o direito de não aceitar continuidade terapêutica, o que significa poder o paciente exigir a suspensão dos tratamentos que lhe estejam sendo empregados.³¹⁷

Ademais, em que pese a ausência de legislação federal sobre a temática, existe a lei estadual 10.241/99 do estado de São Paulo, que, em seu artigo 2º, VII, faculta ao

³¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 21 nov. 2015.

³¹³ AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Éverton Willian. Entre autonomia privada e dignidade: testamento vital e “como se vive a própria morte” – os rumos do ordenamento brasileiro. In: REZENDE, Elcio Nacur; OLIVEIRA, Francisco Cardozo; POLI, Luciana Costa (Coords.). **XXII Encontro Nacional do CONPEDI**. Curitiba: UNICURITIBA, 2013, p. 179-207.

³¹⁴ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

³¹⁵ DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). **Revista de Bioética y Derecho**. Barcelona: mai/2013. n.28. p. 66.

³¹⁶ *Idem*. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**. São Paulo: 2009, v.17, n.3. Disponível em: < http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515>. Acesso em: 23 nov. 2015. P. 193.

³¹⁷ AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Éverton Willian. *Op. Cit.*, 2013, p. 189.

enfermo “consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados”.³¹⁸

Essa lei, conforme já foi relatado, é popularmente conhecida pelo nome do Governador que a sancionou e posteriormente veio a utilizá-la, “lei Mário Covas”. O citado governador, Mário Covas, morreu em casa ao optar pelos ditames estabelecidos pela lei, sendo feita sua vontade de falecer em um ambiente familiar, junto aos seus entes queridos, ao invés de passar seus últimos momentos na UTI de um hospital com a companhia de profissionais de saúde que não possuíam relações afetivas com o mesmo.³¹⁹

Consagrada a possibilidade de aplicação das DAV no ordenamento jurídico brasileiro, diante da sua compatibilidade com as normas constitucionais e infraconstitucionais, passa-se a análise de suas características diante da possibilidade de sua implementação no nosso sistema jurídico.

Defende-se que as DAV sejam realizadas mediante escritura pública, em um Cartório de Notas, lavrada perante um notário, para que seja dada segurança jurídica ao sujeito que a realizou.³²⁰

Luciana Dadalto ainda sugere a criação de um “Registro Nacional de diretivas antecipadas de vontade”, esse sendo um banco nacional de declarações de vontades dos pacientes em fim de vida, para que seja possível garantir o cumprimento das disposições estabelecidas pelo paciente, dando maior efetividade a esse instrumento. Para tanto, após lavrada a escritura pública, os cartórios de notas encaminhariam as DAV a esse registro nacional.³²¹

Cumpre salientar, que a DAV deve ser anexada ao prontuário médico do paciente, conforme recomenda a Resolução 1.995/2002 do CFM, para que a equipe médica

³¹⁸ SÃO PAULO. **Lei 10.241**, de 17 de março de 1999. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências. São Paulo, SP: 1999. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/saudelei10241.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

³¹⁹ CASTANHATO, Camila. MATSUSHITA, Thiago Lopes. **Caso Terri Schiavo**: Reflexões sobre a morte. Publica Direito. Publica Direito. p.380 Disponível: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/05_876.pdf>. Acesso: 21 nov. 2015.

³²⁰ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 184.

³²¹ *Ibidem, loc. Cit.*

fique ciente da existência do documento e da necessidade de cumprir os seus ditames.³²²

No que tange ao prazo de validade das DAV, alguns autores defendem que esta deveria ter prazo determinado, todavia defende-se o oposto, tendo em vista que a DAV é uma manifestação de vontade do sujeito que pode ser revogada a qualquer tempo, seja expressa ou tacitamente.³²³

Em regra, a DAV produzirá efeito *erga omnes*, vinculando a todos, médicos, familiares, representante, tendo em vista que será registrada.³²⁴

Por fim, é imperioso que se faça uma campanha de conscientização dos cidadãos brasileiros acerca da importância do respeito à vontade de seus familiares, objetivando evitar conflito entre a vontade manifesta na DAV e a vontade da família. Em suma, o modelo proposto de nada adiantará se não houver um esforço coletivo em garantir que a vontade manifesta na DAV seja cumprida. A verdade é que não basta garantir o direito de o indivíduo manifestar sua vontade, é preciso ainda garantir-lhe a certeza de que será cumprida.³²⁵

Independentemente da demonstração de constitucionalidade das DAV e a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, é imprescindível a criação de legislação específica tratando sobre a temática, para regular seu conteúdo, sua utilização, forma, entre outros, ou seja, dispor sobre as questões formais, facilitando sua implementação e utilização no Brasil.³²⁶

5.2 RESOLUÇÃO 1.995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Certo é, como afirmado anteriormente, que não há legislação tratando sobre as diretivas antecipadas de vontade. Todavia, o CFM aprovou a Resolução 1.995/12, no dia 31 de agosto de 2012, dispondo sobre esse instituto e suas implicações.³²⁷

³²² DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 187.

³²³ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855>. Acesso em: 23 nov. 2015. P. 471

³²⁴ DADALTO, Luciana. Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade. **Revista Eletrônica de Direito Civil**. 2013, n.4, a.2. Disponível em: < <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Dadalto-civilistica.com-a.2.n.4.2013.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2015. p. 2.

³²⁵ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. *Op. Cit.*, 2013, p. 471.

³²⁶ DADALTO, Luciana. *Op. Cit.*, 2013, p. 6.

³²⁷ DADALTO, Luciana. *Op. Cit.*, 2015. p. 163.

Portanto, essa foi a primeira regulamentação existente no Brasil tratando sobre a possibilidade de o paciente manifestar sua opinião, no exercício de sua autonomia, no que tange a submissão a certos tratamentos médicos. Dispôs também sobre a necessidade de respeito, pela equipe médica e familiares, às vontades do paciente, presentes nas DAV.³²⁸

Com a aprovação dessa resolução tratando sobre as DAV, o Conselho Federal de Medicina inovou ao se posicionar sobre um tema não regulamentado pelo Estado brasileiro, confirmando sua “tradição de se posicionar sobre temas bioéticos antes do Poder Legislativo”.³²⁹

Ademais, não há que se questionar a constitucionalidade da Resolução nº 1.995/2012, tendo em vista que a sua temática central são as diretivas antecipadas de vontade, as regulando, ainda que no plano administrativo. Portanto, se resta incontestemente a constitucionalidade e aplicabilidade das DAV no ordenamento jurídico brasileiro, não se pode negar a validade de resolução que trate sobre ela.³³⁰

A Resolução é constitucional e se coaduna com o princípio constitucional da pessoa humana, uma vez que assegura ao paciente em estado terminal o recebimento de cuidados paliativos, sem o submeter, contra a sua vontade, a tratamentos que prolonguem o seu sofrimento e não tragam mais qualquer benefício.³³¹

Nessa Resolução, o CFM regulou as DAV e trouxe os seus dois modelos, tanto o testamento vital, quanto o mandato duradouro. Também dispôs sobre os modelos de exercício da autonomia em terminalidade, a vinculação do médico as DAV elaboradas pelo paciente, a prática da ortotanásia, entre outras temáticas importantes.³³²

Em relação a prática da ortotanásia, cumpre salientar que a Resolução nº 1.995/2012 está totalmente embasada em sua defesa, através do respeito a vontade do paciente,

³²⁸ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3, p. 464. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855>. Acesso em: 23 nov. 2015.

³²⁹ DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n.1, p. 108. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/791>. Acesso em: 23 nov. 2015.

³³⁰ BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; BARCELLOS, Igor Awad. O direito de viver a própria morte e sua constitucionalidade. **Ciência e Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro: 2013, v. 18, n. 9, p. 2695. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=63028227024>>. Acesso em: 04 mai. 2016.

³³¹ BRASIL. Justiça Federal do Estado de Goiás. **Decisão Liminar em Ação Civil Pública nº 0001039-86.2013.4.01.3500**. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/liminar-cfm-paciente-terminal.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2016.

³³² DADALTO, Luciana. *Op. Cit.*, 2013, p. 108.

não havendo que se falar na prática de eutanásia, que, aliás, é proibida em nosso ordenamento jurídico. Jamais uma resolução do CFM, que tem eficácia no plano administrativo, poderia conter disposições contrárias ao ordenamento jurídico.³³³

Em nota esclarecedora, o CFM afirmou que esta resolução respeita a vontade do paciente conforme o conceito de ortotanásia e não possui qualquer relação com a prática de eutanásia, esclarecendo este que teve o condão de reafirmar um limite inerente ao instituto: a impossibilidade de conter disposições contrárias ao ordenamento jurídico do país em que são propostas. Assim, como a eutanásia é proibida no Brasil e a ortotanásia é permitida, conforme entendimento judicial advindo do julgamento de mérito da ação civil pública 2.007.34.00.014809-3, a resolução – logicamente – acata esta determinação.³³⁴

Em verdade, a citada resolução tem como principal objetivo possibilitar ao enfermo a recusa de tratamentos extraordinários, fúteis, ou seja, aqueles tratamentos que apenas visam prolongar a sua vida natural, sem trazer benefícios ao mesmo e, na maioria das vezes, reduzindo a sua dignidade e sua qualidade de vida.³³⁵

No que tange aos efeitos jurídicos produzidos pela Resolução 1.995/2012, cumpre salientar que ela não legalizou as DAV, tendo em vista que o Conselho Federal de Medicina, enquanto órgão de classe, não possui competência para legislar. Logo, essa resolução não possui força de lei, apenas possui força normativa entre os médicos.³³⁶

O Procurador da República de Goiás, Ailton Benedito de Souza, ajuizou Ação Civil Pública, no ano de 2012, visando que fosse declarada a inconstitucionalidade da Resolução 1.995/2012 do CFM, defendendo que essa resolução colocava em risco a segurança jurídica, assim como extrapolava a competência do CFM. Ademais, alegou que a citada resolução exclui a família das decisões que ela teria direito, assim como estabelece instrumento inidôneo para o registro das DAV.³³⁷

Rebatendo esses argumentos, primeiramente cumpre ressaltar que a presente resolução não trata sobre direito penal e nem cria lei, apenas faculta ao paciente a possibilidade de escolher a quais tratamentos médicos deseja ser submetido, portanto, não há que se alegar a sua inconstitucionalidade. Em relação à segurança

³³³ DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n.1, p. 109. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/791>. Acesso em: 23 nov. 2015.

³³⁴ *Idem*. **Testamento Vital**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 164.

³³⁵ DADALTO, Luciana. *Op. Cit.*, 2013, p. 109.

³³⁶ *Ibidem*, *loc. Cit.*

³³⁷ DADALTO, Luciana. *Op. Cit.*, 2015. p. 166.

jurídica, essa está associada ao direito dos indivíduos de não serem surpreendidos de forma a perder direitos, e a resolução não retira direitos do paciente, então, não fere a segurança jurídica. Em referência à exclusão da família do processo decisório, ela é válida, pois visa garantir o direito constitucional a autodeterminação do paciente.³³⁸

Por fim, resta comprovada a importância da Resolução nº 1.995/2012 do CFM nas discussões envolvendo a utilização das DAV e a prática da ortotanásia no Brasil, ainda que não tenha força normativa de lei. Ademais, demonstrou-se a necessidade de criação de uma legislação específica, pelo Poder Legislativo, regulamentando as DAV e tratando de requisitos formais para sua utilização e suas implicações, diante da relevância social da temática.³³⁹

5.2.1 Modelo de exercício da autonomia adotado

Como já foi dito anteriormente, as DAV são compostas de duas espécies, o mandato duradouro e o testamento vital. Também já foi ressaltada a possibilidade de elaboração de um único documento contendo as duas espécies, a fim de assegurar ao máximo a autonomia e o respeito às vontades do paciente. Portanto, nesses casos, prioriza-se o cumprimento das escolhas do paciente, através do testamento vital, mas quando houver omissão sobre algum tratamento nesse instrumento, o procurador, denominado pelo mandato duradouro, deverá auxiliar a equipe médica, tomando as decisões de acordo com aquela que seria a vontade do paciente.³⁴⁰

O testamento vital está baseado no modelo de pura autonomia, pois é utilizado por pacientes que em algum momento já foram capazes, expressando suas vontades e preferências, através do exercício de sua autonomia. E quando estes se encontrarem em estado terminal, são as disposições contidas no testamento vital que deverão ser respeitadas e seguidas. Já o mandato duradouro adota o modelo de julgamento substituto, através da nomeação de um procurador para tomar as decisões pelo

³³⁸ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 167 et seq.

³³⁹ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3, p. 464. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855>. Acesso em: 23 nov. 2015.

³⁴⁰ *Ibidem*, p.468.

enfermo, quando este se encontrar incapaz, visando sempre atender a aqueles que seriam os desejos do paciente. Então, ao elaborar a DAV contendo tanto o mandato duradouro quanto o testamento vital, se engloba esses dois modelos de exercício da autonomia, quais seja, o modelo da autonomia pura e o do julgamento substituto.³⁴¹

Ao que parece, a outorga de uma procuração para cuidados de saúde conforma em si conjugação dos três modelos de decisão substituta. Quando o paciente, por exemplo, redige um testamento vital e, concomitantemente, outorga uma procuração para cuidados de saúde, a atuação do procurador concretiza o modelo da pura autonomia, já que irá garantir a observância da vontade e desejos do paciente. No caso de ocorrer somente a nomeação do procurador, sem que haja qualquer direcionamento escrito, as decisões devem ser tomadas com vistas a respeitar quais teriam sido as escolhas no paciente se estivesse ainda capaz. Contudo, não havendo meios de buscar a reconstrução da vontade do paciente, o modelo dos melhores interesses deve ser utilizado pelo procurador para a tomada de decisão.³⁴²

Ao se analisar a Resolução nº 1.995/2012 percebe-se que os três modelos de exercício da autonomia em terminalidade foram adotados, cada uma no seu âmbito de aplicabilidade, a depender da situação em que o paciente se encontra e da existência ou não de disposições prévias.

Nota-se a adoção do modelo da autonomia pura no art. 2º, caput, dessa resolução, pois privilegia o desejo manifestado previamente pelo paciente, enquanto ainda era capaz, previsto em sua DAV. Esse artigo dispõe que em relação as decisões envolvendo “cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade”.³⁴³

Não obstante, no parágrafo 1º desse mesmo artigo³⁴⁴, a resolução faz menção ao modelo de julgamento substituto, pois menciona que o médico deve levar em consideração as informações prestadas pelo representante, ressaltando que essa

³⁴¹ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3, p. 465. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855>. Acesso em: 23 nov. 2015.

³⁴² PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade**. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 55.

³⁴³ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1.931**, de 17 de setembro de 2009. Brasília, DF: 2012. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122>. Acesso em: 24 fev. 2016.

³⁴⁴ § 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

informação deve estar em conformidade com a vontade do paciente, sendo essa a principal característica do modelo de julgamento substituto.

A partir da análise desse dispositivo, entende-se que para haver a aplicação do §1º do art. 2º da resolução, além da ausência do testamento vital dispendo sobre suas decisões pessoais, é preciso também que o paciente tenha realizado um mandato duradouro, nomeando alguém para tomar as decisões, de acordo com suas preferências, quando se encontrar incapaz de decidir.³⁴⁵

Não parece haver, na hipótese, uma contradição, haja vista que houve uma preferência do paciente ao escolher, ao invés de declarar expressamente sua vontade para valer quando não estivesse plenamente capaz, o fizesse mediante um representante.³⁴⁶

Ademais, no parágrafo 2º, desse artigo³⁴⁷, a resolução traz a possibilidade de descumprimento, pela equipe médica, dos ditames estabelecidos pelo paciente em sua DAV, assim como o afastamento do representante para decidir em substituição ao enfermo, nos casos em que essas escolhas forem contrárias às disposições determinadas pelo Código de Ética Médica, adotando assim, o modelo dos melhores interesses.³⁴⁸

Em breve análise do dispositivo, é possível que se chegue à conclusão precipitada de que o modelo de melhores interesses prevaleceria diante dos demais, em função de o médico poder desrespeitar as disposições contidas na DAV, tanto no que tange ao testamento vital, quando ao mandato duradouro. Porém tal pensamento não merece guarida, tendo em vista que a Resolução 1.995/2012 privilegia, em verdade, o respeito a autodeterminação do paciente, sendo este o principal objetivo da resolução.³⁴⁹

A previsão do modelo de melhores interesses é trazida com a finalidade de proteger a equipe médica, para que ela não tenha que agir de modo a violar os ditames previstos no Código de Ética Médica, ao cumprir o estabelecido nas DAV. Então, em verdade, há a “admissão da vontade do paciente no limite da obediência aos ditames

³⁴⁵ AGUIAR, Mônica. **Modelos de autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro: Reflexões sobre a Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina**. Curitiba: Clássica, Coleção Conpedi/Unicuritiba: Direito civil, v.6, 2014, p. 218.

³⁴⁶ *Ibidem, loc. Cit.*

³⁴⁷ § 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

³⁴⁸ AGUIAR, Mônica. *Op. Cit.*, 2014, p. 218.

³⁴⁹ *Ibidem, loc. Cit.*

ético-profissionais”. Então, ele deve ser adotado apenas nos casos em que houver ausência de DAV ou de designação de paciente, ou disposições contrárias ao Código de Ética Médica.³⁵⁰

Cumprido ressaltar que apenas pode-se falar em possibilidade de recusa de tratamentos no âmbito da prática da ortotanásia, tendo em vista a proibição expressa que o ordenamento jurídico brasileiro confere à prática da eutanásia. Portanto, para haver essa indicação de que se trata de ortotanásia, é preciso que haja consulta prévia ao médico, conforme já foi mencionado no presente trabalho.

Dessa forma, apesar de haver disposição sobre os três modelos de exercício da autonomia em terminalidade na Resolução 1.995/2012 do CFM, há um privilégio na adoção do modelo de pura autonomia, pois o enfoque da resolução é a defesa da autonomia do paciente no que tange a possibilidade de escolher a quais tratamentos deseja ser submetido ou não. E, apenas quando não for possível a aplicação desse modelo que se optará pelos demais, a depender da situação.

5.2.2 Papel e Responsabilização do Médico

A principal discussão envolvendo os médicos e as DAV é o papel da equipe médica na realização das DAV, assim como sua atuação quando elas forem existentes.

Primeiramente, cumpre salientar que antigamente na relação médico-paciente prevalecia o paternalismo, este caracterizado pela defesa de que cabia ao médico realizar as escolhas sobre os tratamentos médicos a que o paciente iria se submeter, pois ele que detém o conhecimento técnico para tanto, devendo decidir em nome do melhor interesse e da beneficência do enfermo. Todavia, houve uma transformação de pensamento, passando-se do paternalismo para o respeito a autodeterminação do sujeito, de modo que cabe a ele tomar as decisões envolvendo sua saúde.³⁵¹

³⁵⁰ AGUIAR, Mônica. **Modelos de autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro: Reflexões sobre a Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina**. Curitiba: Clássica, Coleção Conpedi/Unicuritiba: Direito civil, v.6, 2014, p. 218.

³⁵¹ LIMA, Maria de Lourdes Feitosa; REGO, Sérgio Tavares de Almeida; SIQUEIRA-BATIST, Rodrigo. Processo de tomada de decisão nos cuidados de fim de vida. **Revista Bioética**. São Paulo: 2015, v.23, n. 1, p. 36. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/983>. Acesso em: 23 nov. 2015.

O art. 2º, §4º da Resolução 1.995/2012 do CFM dispõe que “o médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente”.³⁵²

Nota-se que a resolução não foi plenamente eficiente ao determinar o papel do médico em relação as DAV. Não cabe ao médico apenas registrar no prontuário as DAV, quando o enfermo informar que as realizou. Em verdade, o papel da equipe médica deve ser muito mais ativo, e se inicia no processo de elaboração das DAV, pois eles que possuem os conhecimentos técnicos sobre as enfermidades e tratamentos, devendo, portanto, passar todas as informações necessárias ao paciente, de modo a auxiliá-lo no processo de elaboração das DAV, pois este é vulnerável tecnicamente.³⁵³

É recomendado, inclusive, que o médico autorize o paciente a mencioná-lo na DAV, para que a equipe médica que executará o documento, se necessário, faça contato, mas frise-se que essa menção só pode ser realizada com expressa autorização do médico.³⁵⁴

Portanto, conclui-se pela imprescindibilidade de participação do médico na realização das DAV, dando todas as informações necessárias ao paciente, para que ela possa realmente expressar os desejos do sujeito, assim como garantir que não contenha disposições contrárias ao ordenamento jurídico e aos ditames presentes no Código de Ética Médica.³⁵⁵

A resolução ainda traz outro dever do médico, qual seja, o de respeitar a autonomia do paciente, através do cumprimento de suas vontades estabelecidas na DAV, conforme dispõe o caput do art. 2º. Em consequência do princípio da autonomia, cabe a equipe médica cumprir os ditames estabelecidos na DAV elaborada pelo enfermo, não podendo impor suas convicções pessoais e nem tomar decisões de per si, quando existir a DAV.

³⁵² BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1.931**, de 17 de setembro de 2009. Brasília, DF: 2012. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122>. Acesso em: 24 fev. 2016.

³⁵³ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3, p. 469. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855>. Acesso em: 23 nov. 2015.

³⁵⁴ *Ibidem*, loc. Cit.

³⁵⁵ DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n.1, p. 110. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/791>. Acesso em: 23 nov. 2015.

Contudo, o Código de Ética Médica traz em suas disposições o direito do médico de objeção de consciência, que consiste na ausência de obrigação do médico de atuar em desconformidade com os ditames da sua consciência. Logo, em que pese haja a obrigação de seguir as escolhas estabelecidas pelo paciente em sua DAV, caso ela represente contrariedade aos valores do médico, ele poderá se escusar a cumpri-las. Porém, será necessário o encaminhamento do paciente a outro médico, para que sua autodeterminação não reste prejudicada e ocorra o descumprimento da DAV.³⁵⁶

No tocante a essa temática, questiona-se também a possibilidade de responsabilização do médico na prática da ortotanásia, por acatar às diretrizes contidas nas DAV. Ou seja, o médico que não realiza tratamento extraordinário no paciente, porque este o havia recusado expressamente na DAV, deve ser responsabilizado civilmente pela morte do enfermo?³⁵⁷

Primeiramente, cumpre explicitar que para a caracterização da responsabilidade civil médica, que, em regra, é subjetiva, são necessários três elementos, o dano, a culpa e o nexo de causalidade. Essa culpa pode ser configurada através da negligência, imprudência ou imperícia, conforme prevê o art. 951 do CC/02.³⁵⁸

Considera-se negligência a omissão do médico com relação aos comportamentos recomendáveis pela prática. Logo, haverá negligência médica quando o profissional, conhecedor das técnicas recomendáveis, deixa de aplicá-las a seu paciente, atua com desleixo ou, mesmo, o abandona à própria sorte, recomendando alta médica ou não realizando os exames necessários, entre variadas outras hipóteses. A imprudência caracteriza-se por um ato comissivo do médico, que, por qualquer motivo, não toma as devidas cautelas – por ele conhecidas – ao tratar um paciente. Os cuidados e regras ignorados pelo médico imprudente existem para resguardar o paciente de possível empecilho que possa resultar no insucesso do procedimento. Portanto, ao ignorar esses cuidados instituídos pela prática, o médico assume o risco do insucesso. Por fim, a imperícia é a falta de conhecimento ou habilitação técnica do médico.³⁵⁹

A partir desses conceitos, não há que se falar, em regra, em negligência, imperícia ou imprudência por parte do médico na prática da ortotanásia, porque esta está

³⁵⁶ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855>. Acesso em: 23 nov. 2015. P.470.

³⁵⁷ CRUZ, Maria Luiza Monteiro da; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3, p. 406. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/850>. Acesso em: 23 nov. 2015.

³⁵⁸ BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406**. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

³⁵⁹ CRUZ, Maria Luiza Monteiro da; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. *Op.cit.*, 2013, p. 409.

respaldada no respeito ao direito de autodeterminação do paciente, no consentimento informado dele, assim como no atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, buscando fornecer ao enfermo qualidade de vida, ainda que seja a seu final.

Ademais, não há como se configurar nexos de causalidade entre a morte do paciente e a omissão médica, pois o enfermo já se encontra em estado terminal, sendo sua morte iminente e inevitável. Além disso, os cuidados essenciais à saúde do paciente são mantidos, apenas os tratamentos extraordinários, que não trazem nenhum tipo de benefício, podem ser afastados. Portanto, também inexistente o nexo de causalidade.³⁶⁰

Quanto ao dano, esse é inexistente, pois decorre da violação de um bem juridicamente protegido. E no caso do respeito à vontade do paciente, afastando-se a utilização dos tratamentos extraordinários, levando a sua morte natural, não há violação a nenhum bem jurídico, nem mesmo a vida, porque a morte não decorreu da ausência de intervenção médica, pois essa só prolongaria a vida do enfermo, associada a muito sofrimento.³⁶¹

Por fim, não há qualquer desrespeito ao ordenamento jurídico brasileiro ou prática de comportamento ilícito no ato omissivo do médico para atender às disposições estabelecidas pelo paciente conforme o seu consentimento, pois já restou demonstrada a constitucionalidade das DAV. “Trata-se, portanto, de comportamento ético do médico e de exercício do direito à autonomia do paciente”.³⁶²

A contrário senso, há de se pensar na possibilidade de responsabilização do médico pelo descumprimento dos preceitos estabelecidos nas DAV do paciente, pois figuraria culpa médica, na modalidade negligência, por ignorar um documento válido e que foi elaborado em conformidade com o ordenamento jurídico. Esse desrespeito às DAV pode causar dano moral ao paciente, pois seus direitos e sua dignidade são desrespeitados.³⁶³

Em consonância a tudo que foi exposto, não há que se falar em responsabilização civil do médico pelo cumprimento das disposições contidas na DAV do paciente,

³⁶⁰ CRUZ, Maria Luiza Monteiro da; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3, p. 406. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/850>. Acesso em: 23 nov. 2015.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 410.

³⁶² *Ibidem*, loc. Cit.

³⁶³ *Ibidem*, loc. Cit.

culminando na prática da ortotanásia, pois, em verdade há respeito a sua autonomia, e busca pela manutenção da qualidade de vida, com conseqüente proteção da sua dignidade.

5.3 LIMITES AO EXERCÍCIO DO DIREITO A AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE EM ESTADO TERMINAL

Conforme já foi explicitado nos capítulos anteriores, a autonomia é um princípio constitucionalmente protegido, associado ao direito que o indivíduo tem de exercer sua liberdade, criando normas jurídicas a partir do exercício de sua vontade.

Sabe-se que a DAV tem como principal fundamento a proteção do exercício de autodeterminação do paciente, através do seu processo de tomada de decisões no que tange a recusa ou não de certos tratamentos médicos extraordinários. Contudo, a proteção conferida a autonomia no âmbito da realização das DAV não pode ser absoluta, tendo em vista que ela deve respeitar alguns limites.

A primeira limitação sofrida por esse instituto está relacionada ao conteúdo. As diretivas antecipadas de vontade não podem possuir disposições contrárias ao previsto no ordenamento jurídico brasileiro, também não podem versar sobre tratamentos contraindicados à doença do paciente ou tratamentos que já tenham sido modificados pela Medicina. Ademais, a DAV é limitada pela objeção de consciência do médico, adotada no Código de Ética Médica.³⁶⁴

Ou seja, a tomada de decisões pelo paciente, no pleno exercício de sua autonomia, não pode violar dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, pois o Brasil possui um sistema normativo integrado que deve sempre ser observado e respeitado. Portanto, é inadmissível que no processo decisório do paciente, este atue em desconformidade com os preceitos legais, violando a norma jurídica vigente, pois haveria a prática de ilicitude, o que deslegitimaria o exercício da autodeterminação do paciente.

Em relação aos tratamentos obsoletos ou contraindicados à doença do paciente, há de salientar que se trata de premissa lógica, tendo em vista que seria inadmissível um

³⁶⁴ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 187.

documento que legitimasse que a pessoa pudesse escolher qualquer tipo de tratamento para lhe ser conferido, pois isso afastaria a importância e legitimidade da Medicina no estudo dos avanços das enfermidades e de suas respectivas curas, assim como tornariam ineficazes as pesquisas envolvendo essa temática.

No que tange à objeção de consciência médica, também não pode ser imposta a vontade do enfermo sobre os preceitos e princípios do médico que as realizará, porque isso seria privilegiar a liberdade/autonomia de um indivíduo em detrimento da liberdade do outro.

A autonomia, assim como qualquer direito fundamental ou princípio, não é absoluta, pois, diante de um conflito de princípios ou garantias fundamentais deverá ser feita uma ponderação de bens e interesses, de modo a relativizar casuisticamente a aplicação de um dos princípios em prol do outro.

Diante disso, entende-se que a principal limitação sofrida pelo direito de autodeterminação do paciente está associada a criação de danos a terceiros.

O ser humano desde os primórdios sentiu a necessidade de viver em sociedade, pois notou-se a necessidade de relação entre os indivíduos para garantir a sobrevivência da espécie, assim como o seu desenvolvimento.

Portanto, assumindo essa necessidade como pressuposto o relacionamento interprivado entre indivíduos livres clama por regulamentação e compete ao Estado, como entidade que representa a coletividade, estabelecer os limites de atuação individual a fim de garantir a paz e harmonia sociais.³⁶⁵

Resta clara a necessidade de limitação das liberdades individuais para a manutenção da vida em sociedade, mas essas limitações precisam ser legítimas, impostas pelo Estado, e visando ao máximo o respeito a autonomia do indivíduo, já que esta constitui princípio constitucional norteador do ordenamento jurídico brasileiro.

Então, a principal limitação sofrida pelo exercício da autonomia privada do paciente na elaboração das DAV, além do respeito aos ditames constitucionais e infraconstitucionais, é a obrigação de respeito a própria autonomia dos demais sujeitos da sociedade, como uma forma de realização da dignidade humana de todos.

³⁶⁵ PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada**: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 199.

Uma vez que a autodeterminação não pode ser vista em seu aspecto individualista, mas sim numa visão de correlação com as liberdades das demais pessoas.³⁶⁶

Desse modo, não é possível que o sujeito elabore uma DAV com disposições que possam ferir direitos de outros indivíduos, lhe causando danos, ora materiais e, principalmente, morais. É preciso sempre se pensar no exercício da autonomia privada buscando a satisfação de interesses próprios que lhe tragam benefícios, sem causar prejuízos aos demais.

5.4 APLICAÇÕES DOS PRESSUPOSTOS DA CAPACIDADE E DA VULNERABILIDADE NO EXERCÍCIO DO PODER DECISÓRIO DO PACIENTE

Após a conceituação e esclarecimentos a respeito dos institutos da capacidade e da vulnerabilidade, cumpre determinar suas aplicações na elaboração e utilização das DAV.

Em relação à capacidade, como já foi visto, o Código Civil a divide em duas espécies, capacidade de direito, que todos possuem, pois decorre da própria existência, e a capacidade de fato, que está associada a possibilidade de exercício dos direitos do indivíduo, e nem todos os sujeitos a possuem.

A principal aplicação do instituto civil da capacidade no que tange a elaboração das DAV diz respeito ao discernimento. Embora o CC/02 estabeleça que para o exercício dos direitos é necessário que o indivíduo seja plenamente capaz, ou seja, possua capacidade de fato, não se pode aplicar esse entendimento às situações existenciais, principalmente no que tange a tomada de decisões pelo paciente.

Como se sabe, a capacidade civil foi pensada no âmbito das relações patrimoniais, em que não há uma maior preocupação com as vontades e emoções dos sujeitos. Dessa forma, para as relações existenciais, a utilização da classificação dada pelo CC/02 não é suficiente, principalmente em relação aos pacientes terminais, pois estes se encontram momentaneamente incapazes, mas, na maioria das vezes, já foram capazes.

³⁶⁶ PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada**: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 218-219.

Assim, o requisito essencial para a elaboração das DAV é o discernimento e não a capacidade civil plena conforme determina o ordenamento jurídico, essa sendo mera formalidade. O discernimento associado ao exercício do poder decisório pelo paciente é o sujeito estar em pleno gozo de suas faculdades mentais no momento da elaboração de suas DAV.

“No caso concreto, deve-se verificar se à época da manifestação do consentimento o paciente estava em pleno gozo de suas funções cognitivas e não se este se enquadrava no conceito de pessoa capaz civilmente”.³⁶⁷

Ademais, o discernimento também está associado a informações, ou seja, o paciente deve ser devidamente informado, por profissional competente que detenha conhecimento técnico sobre o assunto, acerca dos possíveis tratamentos médicos que podem ser dispensados e que não trazem benefícios aos pacientes terminais.

Portanto, na elaboração das DAV, é preciso analisar se o sujeito encontra-se em pleno gozo de suas faculdades mentais, assim como se este está devidamente informado sobre os tratamentos que estão sendo recusados e suas implicações e ciente dos benefícios, riscos e prejuízos decorrentes de suas escolhas.

No que se refere à vulnerabilidade, sabe-se que ela possui três sentidos diversos. Primeiramente, pode ser compreendida como característica de alguns seres humanos que a possuem, o que os torna frágeis perante os demais. No segundo sentido, é vista como condição universal humana que iguala todos os indivíduos. E, por fim, é vista como princípio preconizando que todos os sujeitos estão predispostos a serem feridos e a ferirem os demais, pois é condição da essência humana a vulnerabilidade.

A aplicação do instituto da vulnerabilidade na tomada de decisões pelo paciente em estado terminal, está associada a necessidade de sua proteção.

As doenças causam uma série de limitações ao indivíduo, ora limitações físicas e ora limitações psicológicas, o que torna o sujeito fragilizado. O paciente em estado terminal se encontra ainda mais debilitado, tendo em vista que sua doença é incurável

³⁶⁷ DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n.1, p. 109. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/791>. Acesso em: 23 nov. 2015.

e sabe-se da iminência de sua morte, sendo verdadeiramente um sujeito extremamente vulnerado.³⁶⁸

Em razão disso, os pacientes terminais, por se encontrarem vulnerados, necessitam do máximo de proteção possível, seja essa proteção concedida pelo ordenamento jurídico, ou pela equipe médica ou por seus entes queridos. O importante é que essa proteção seja dada no âmbito do respeito e realização de suas vontades.

Não é possível permitir que, em razão da condição do sujeito, suas decisões sejam ignoradas e que outras pessoas decidam por ele, sem seu consentimento, e em desconformidade com o que está estabelecido em sua DAV.

Também não é legítimo a utilização do argumento de que cabe aos médicos nessas situações tomarem as decisões, pois os pacientes encontram-se fragilizados, e a equipe médica detém os conhecimentos técnicos necessários para tomar as melhores decisões.

Ou seja, é preciso conferir aos pacientes terminais uma assistência especial, de modo a proteger a sua autonomia privada, através do respeito aos ditames estabelecidos em sua DAV e às suas decisões. Dessa forma, irá se manter a dignidade do enfermo que se encontra vulnerado, por estar acometido por grave doença, que por si só o limita.

³⁶⁸ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *In*: MARQUES, Cláudia Lima (Coor.). **Revista de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: BRASILCON, 2015, a. 24, v. 99, p.114.

6 CONCLUSÃO

Antigamente, não havia um grande desenvolvimento da ciência médica, de sorte que a cura de muitas doenças não era conhecida, assim como os tratamentos não eram tão eficazes, portanto, o prolongamento do processo natural de morte era praticamente impossível.

Com o passar do tempo, a medicina foi evoluindo, de modo que surgiram a cura de muitas doenças, assim como foram criados muitos tratamentos capazes de prolongar ao máximo a vida do indivíduo. Também houve um avanço dos aparelhos tecnológicos de saúde capazes de substituir as funções biológicas do organismo dos seres humanos. Em razão disso, cresceu o uso dessas novas tecnologias e tratamentos, que levou ao prolongamento exagerado da vida dos pacientes, nem sempre com uma consequente melhoria do seu estado clínico, e dissociado da manutenção da qualidade de vida dos enfermos.

Nesse contexto, os pacientes que se encontram em processo de fim de vida são os mais vulneráveis a serem submetidos a esses tratamentos desnecessários, visando apenas o adiamento da morte.

O presente trabalho diferencia as situações de fim de vida em que é possível falar em tomada de decisões pelo paciente, afastando a utilização de procedimentos que apenas prolongam o seu sofrimento, sem trazer benefícios, através do uso da sua autonomia privada.

A primeira situação é a do paciente terminal, que possui uma enfermidade incurável, estando na iminência da morte, não havendo procedimentos ou tratamentos que possam reverter esse quadro. Já o estado vegetativo persistente é caracterizado pela total ausência de consciência e interação com os estímulos externos que lhe são apresentados, combinado com períodos de vigília e a preservação das funções hipotalâmicas e autonômicas suficientes para sobrevivência. Por fim, a demência avançada é relativamente recente, pois surgiu com o crescente envelhecimento populacional, decorrente do aumento da expectativa de vida dos seres humanos. Ela está associada a perda da autoconsciência, dificuldades na função motora, muita dor e principalmente prognóstico de recuperação neurológica irreversível.

Ademais, demonstrou-se a diferenciação entre eutanásia, ortotanásia e distanásia. A eutanásia consiste na morte provocada por um terceiro, seja por ação ou omissão, adiantando a morte do sujeito que se encontra em estado grave e não quer mais sofrer, sendo prática vedada pelo ordenamento jurídico, pois é considerada crime pelo Código Penal Brasileiro. A ortotanásia, por sua vez, é a morte no tempo certo, não havendo intervenção médica, ou seja, haverá apenas a morte natural do paciente. Essa é uma prática permitida e que embasa a possibilidade de recusa de tratamentos médicos extraordinários que apenas levam a prática da distanásia, que visa evitar a morte pelo máximo de tempo que for possível, não havendo preocupação com o sofrimento e a qualidade de vida do paciente.

As diretivas antecipadas de vontade, em suas duas espécies, testamento vital e mandato duradouro, surgiram nos Estados Unidos e foram legalizados no âmbito federal desse país pela lei *Patient Self Determination Act*, que reconheceu o direito de autodeterminação do paciente.

As DAV são instrumentos de autodeterminação do paciente, que podem expressar previamente sua vontade sobre quais tratamentos médicos ele será submetido, caso se encontre em situação de fim de vida, momento este em que estará incapaz para expressar autonomamente suas decisões. Elas são imprescindíveis na defesa da autonomia privada do paciente, assim como no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Através das DAV só é possível a recusa a tratamentos extraordinários, ou seja, aqueles que apenas prolongam a vida do paciente, conseqüentemente adiando a morte, sem trazer benefícios ao mesmo, e na maioria das vezes, ampliando o seu sofrimento.

O mandato duradouro é um documento que pode ser realizado por qualquer pessoa, enquanto estiver no pleno gozo da sua capacidade, para outorgar poderes a um ou mais terceiros, chamados de procuradores, para tomar as decisões relativas à saúde do outorgante, pois este se encontra, temporária ou permanentemente incapaz, em decorrência de uma enfermidade apresentada. O mandato duradouro utiliza o modelo do julgamento substituto, pois o sujeito nomeia um terceiro para tomar as decisões por ele, de acordo com os seus valores, desejos e vontades.

Já, o testamento vital é um documento por meio do qual um sujeito declara a quais tratamentos poderá ou não ser submetido, caso em algum momento da sua vida se encontre em estado terminal irreversível, com sua capacidade absolutamente comprometida, através do exercício do seu poder de autodeterminação. O testamento vital traz como norte o modelo chamado de autonomia pura, que privilegia a vontade do paciente previamente manifestada.

O pressuposto mais importante, no que tange as diretivas antecipadas, é a autonomia privada, associada a liberdade para tomar as decisões do paciente e de perseguir os seus interesses. A autonomia privada está associada a possibilidade/poder que os sujeitos possuem de regular suas próprias relações jurídicas, criando verdadeiros negócios jurídicos, de acordo com suas vontades.

Antigamente o termo utilizado era autonomia da vontade, defendido pelo Estado Liberal, havendo a prevalência dos interesses individuais em detrimento da autonomia estatal, devendo o Estado atuar de forma a não intervir nas relações pessoais dos sujeitos. Este modelo de autonomia foi substituído pela autonomia privada, trazida pelo Estado Democrático de Direito, que é caracterizada pela autodeterminação do indivíduo no que tange às decisões envolvendo sua vida, mais especificamente sua saúde.

Além disso, a autonomia privada que o sujeito possui de decidir de modo livre e consciente está estritamente ligada ao consentimento informado, livre e esclarecido, no âmbito das situações de saúde que envolvem a relação médico-paciente. O consentimento determina que a equipe médica forneça todas as informações sobre o estado clínico do paciente antes da tomada das decisões, de modo que ele compreenda completamente as informações que lhe foram dadas, manifestando seus desejos de forma livre, sem vícios externos ou intervenção de terceiros.

No tocante a capacidade, o código civil a divide em duas espécies. A capacidade de direito, que todos os sujeitos possuem, pois é decorrência lógica da existência, sendo essa a capacidade de adquirir direitos e deveres. Já a capacidade de fato está associada a possibilidade de exercício dos direitos adquiridos de forma autônoma, mas nem todos os sujeitos a possuem, sendo alguns sujeitos considerados legalmente incapazes.

Existe a incapacidade relativa, em que os sujeitos dependem de assistência para o exercício dos atos da vida civil, e se praticados sem ela, o ato poderá ser anulado, e existem as pessoas absolutamente incapazes, que necessitam de representação, e todos os atos praticados por elas individualmente, serão considerados nulos.

Ademais, o Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe algumas mudanças no tratamento das incapacidades, ele excluiu do rol de absolutamente incapazes os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática de atos da vida civil e do rol de relativamente incapazes os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

No que tange a vulnerabilidade, ela está associada a susceptibilidade que o indivíduo tem de ser ferido, em decorrência das relações sociais existentes, que gera uma desigualdade entre os sujeitos, a depender das suas escolhas culturais, políticas, condição econômica, etnia, religião, entre outras. Nada obstante, há a possibilidade de aplicação da vulnerabilidade em outra esfera que não a patrimonial, qual seja a esfera existencial. Ou seja, criou-se o conceito de vulnerabilidade existencial que traduz o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, através da aplicação de normas especiais para salvaguardar a esfera extrapatrimonial do sujeito.

Por fim, demonstrou-se a possibilidade de aplicação do instituto das diretivas antecipadas de vontade no ordenamento jurídico brasileiro vigente, ainda que inexista legislação específica tratando sobre a temática. Essa conclusão decorre da interpretação integrativa do sistema jurídico, pois as DAV possuem compatibilidade com as normas constitucionais e infraconstitucionais. Isso ocorre, porque as DAV estão diretamente associadas e visam proteger os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da autonomia, bem como a proibição de tratamento desumano, e estão em harmoniza com a disposição infraconstitucional que proíbe a obrigação dos indivíduos de se submeterem a tratamentos ou intervenções cirúrgicas, com risco de vida.

Defendeu-se também a existência do “direito à morte digna”, pois a morte é uma das etapas da vida, e como o direito à vida é direito fundamental, constitucionalmente protegido, e, mais ainda, há a proteção da dignidade humana, a morte também estaria protegida nesse âmbito. Assim sendo, as decisões no tocante a quais tratamentos médicos o paciente quer se submeter ou não seria uma decorrência lógica do

exercício do direito à vida. Logo, não há dúvidas do amparo constitucional das DAV, principalmente por versarem sobre o direito fundamental à vida ou à morte digna.

De mais a mais, sabe-se da vinculatividade das DAV, que devem ser respeitadas por todos, desde a equipe médica até os familiares, em decorrência da aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que preconiza que eles também devem ser aplicados e respeitados nas relações privadas entre particulares.

Em relação a Resolução nº 1.995/2012 do CFM, ela foi a primeira regulamentação existente no Brasil tratando sobre a possibilidade de o paciente manifestar sua opinião, no exercício de sua autonomia, no que tange a submissão a certos tratamentos médicos.

Não há que se questionar a constitucionalidade dessa resolução, tendo em vista que a sua temática central são as diretivas antecipadas de vontade, as regulando, ainda que no plano administrativo, e como essas são constitucionais, não há que se negar a validade da resolução. Ademais, a Resolução nº 1.995/2012 está totalmente embasada na defesa da ortotanásia, através do respeito a vontade do paciente, não havendo que se falar na prática de eutanásia.

A resolução também dispôs sobre os três modelos de exercício da autonomia em terminalidade, mas há um claro privilégio na adoção do modelo de pura autonomia, pois o enfoque da resolução é a defesa da autonomia do paciente. Além disso, cabe ao médico registrar no prontuário do paciente as DAV, e, ainda mais, auxiliá-lo no processo de sua elaboração, passando todas as informações necessárias ao enfermo, em razão dos conhecimentos técnicos que possui.

Salientou-se também a inexistência de responsabilização civil do médico pelo cumprimento das disposições contidas na DAV, por ausência de culpa, nexo de causalidade e dano. A contrário senso, há de se pensar na possibilidade de responsabilização do médico pelo descumprimento dos preceitos estabelecidos nas DAV do paciente, pois configuraria culpa médica, podendo causar danos morais ao enfermo.

Na análise da autonomia, concluiu pela necessidade de sua proteção na realização e exercício das DAV, associada a observância de alguns limites, que são os preceitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico, a objeção de consciência do médico, a proibição de prever a aplicação de tratamentos contraindicados à doença do paciente

ou tratamentos que já tenham sido modificados pela Medicina e a sua principal limitação, que é a não criação de danos a terceiros, devendo haver o respeito a autodeterminação de todos os sujeitos.

Por fim, a capacidade necessária para a elaboração das DAV não é a formal, ou seja, a capacidade civil plena prevista no Código Civil, mas sim o discernimento, que é o sujeito estar em pleno gozo de suas faculdades mentais, além de possuir as informações necessárias para a elaboração do documento, que devem ser dadas e esclarecidas por médicos. Em relação à vulnerabilidade, é preciso conferir aos pacientes terminais uma assistência especial, de modo a proteger a sua autonomia privada, através do respeito aos ditames estabelecidos em sua DAV e as suas decisões, como forma de manter a dignidade do enfermo, pois esse se encontra vulnerado, por estar acometido por grave doença, que por si só o limita.

REFERÊNCIAS

ADONI, André Luis. Bioética e biodireito: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito à morte digna. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, v. 818, a. 92.

AGUIAR, Mônica. **Modelos de autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro: Reflexões sobre a Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina**. Curitiba: Clássica, Coleção Conpedi/Unicuritiba: Direito civil, v.6, 2014.

ALMEIDA, Leonor Duarte. Suscetibilidade: novo sentido para a vulnerabilidade. **Revista Bioética**. 2010, v. 18, n. 3., p. 539. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/issue/view/36>. Acesso em: 28 abr. 2016.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Éverton Willian. Entre autonomia privada e dignidade: testamento vital e “como se vive a própria morte” – os rumos do ordenamento brasileiro. In: REZENDE, Elcio Nacur; OLIVEIRA, Francisco Cardozo; POLI, Luciana Costa (Coords.). **XXII Encontro Nacional do CONPEDI**. Curitiba: UNICURITIBA, 2013.

AMARAL, Francisco. **Direitos civil**: introdução. 6. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANJOS, Márcio Fabri dos. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. In: GARRAFA, Volnei (Editor). **Revista Brasileira de Bioética**. São Paulo: Sociedade brasileira de bioética, v. 2, n. 2, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A terminalidade da vida. In: CEDENHO, Antônio (dir.). **Revista Tribunal Regional da Terceira Região**. São Paulo: 2013, n. 116, p. 41-56.

_____. **Direito Civil**: teoria geral, tomo 1. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARBOSA, Amanda Souza; BRITO, Anne Lacerda de. A viabilidade e o conteúdo do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Teoria do Fato Jurídico. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**. Belo Horizonte: 2015, a.4, n.10. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/index.php/publicacoes/periodicos/listar-periodicos/assinatura-revista-farum-de-direito-civil-ae-rfdc/>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

BARBOZA, Heloísa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. *In*: PEREIRA, T. S.; OLIVEIRA, G. (Coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009.

BEUCHAMP, TL; CHILDRESS, JF. **Princípios de ética biomédica**. Pudenzi, Luciana (trad.). São Paulo: Loyola, 2002.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direito de morrer dignamente**: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. Biodireito – Ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: RT, 2001.

_____. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406**. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

_____. **Código de Ética Médica**: Código de Processo Ético Profissional, Conselhos de Medicina, Direitos dos Pacientes. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/library/modulos/publicacoes/pdf/CodigoEticaMedica2013.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 21 nov. 2015.

_____. Justiça Federal do Estado de Goiás. Decisão Liminar em Ação Civil Pública nº 0001039-86.2013.4.01.3500. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/liminar-cfm-paciente-terminal.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2016.

_____. **Decreto nº 99.710**. Brasília, Senado, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 23 abr. 2016.

_____. **Lei nº 8.069**. Brasília, Senado, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 23 abr. 2016.

_____. **Lei 13.146**. Brasília, Senado, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 23 abr. 2016.

_____. Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1.931**, de 17 de setembro de 2009. Brasília, DF: 2012. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122>. Acesso em: 24 fev. 2016.

_____. **Resolução 196/1996**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Saúde, 1996. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/arquivos/resolucoes/23_out_versao_final_196_ENCEP2012.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2016.

_____. Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1.995**, de 9 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília, DF: 2012. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=10938&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1995&situacao=VIGENTE&data=09-08-2012>>. Acesso em: 18 set. 2015.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; BARCELLOS, Igor Awad. O direito de viver a própria morte e sua constitucionalidade. **Ciência e Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro: 2013, v. 18, n. 9, p. 2695. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=63028227024>>. Acesso em: 04 mai. 2016.

CARAMELLI, P.; BARBOSA, M. T. Como diagnosticar as quatro causas mais frequentes de demência?. **Revista brasileira de psiquiatria**. São Paulo: 2002, v. 24, n. 01. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbp/v24s1/8850.pdf>>. Acesso em: 22. Fev. 2016.

CARNEIRO, António Vaz; ANTUNES, João Lobo; FREITAS, António Falcão de. **Relatório sobre o estado vegetativo persistente**. São Paulo: Conselho Nacional de ética para as ciências da vida, 2005. Disponível em: <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273055807_P045_RelatorioEVP.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2016.

CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos jurídicos-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CASTANHATO, Camila. MATSUSHITA, Thiago Lopes. **Caso Terri Schiavo: Reflexões sobre a morte**. Publica Direito. Disponível: <

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/05_876.pdf
>. Acesso: 21 nov. 2015.

CRUZ, Maria Luiza Monteiro da; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/850>. Acesso em: 23 nov. 2015.

DADALTO, Luciana. Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade. **Revista Eletrônica de Direito Civil**. 2013, n.4, a.2. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Dadalto-civilistica.com-a.2.n.4.2013.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

_____. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**. São Paulo: 2009, v.17, n.3. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515>. Acesso em: 23 nov. 2015.

_____. Declarações prévias de vontade em caso de terminalidade: estudos acerca da utilização do testamento vital como forma de prevenir demandas médicas e proteger a autonomia do paciente. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (Coords.). **Dos Hospitais aos Tribunais**. São Paulo: Del Rey, 2013.

_____. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). **Revista de Bioética y Derecho**. Barcelona: mai/2013. n.28.

_____. História do Testamento Vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. *In*: ANGOTTI NETO, Hélio (org.). **Revista Mirabilia Medicinae**. Jan/2015, v.4. Disponível em: <<http://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

_____. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n.1. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/791>. Acesso em: 23 nov. 2015.

_____. **Testamento Vital**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____.; TEXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. In: BARBOZA, Heloiza Helena; MENEZES, Raquel Aisengart; PEREIRA, Tania da Silva. Vida, morte e dignidade humana. São Paulo: GZ editora, 2010.

_____.; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. São Paulo: 2013, v.21, n. 3. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855>. Acesso em: 23 nov. 2015.

DIAS, André Gonçalo. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In: DIAS, Jorge Figueiredo e al (org). **Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001, v. 2.

DIAS, Roberto. **O direito fundamental à morte digna**: uma visão constitucional da eutanásia. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FELÍCIO, Jônia Lacerda; PESSINI, Leo. Bioética da Proteção: vulnerabilidade e autonomia dos pacientes com transtornos mentais. **Revista Bioética**. 2009, v. 17, n. 2, p. 207. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/issue/view/13>. Acesso em: 28 abr. 2016.

GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: Uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Jus Podivm, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. São Paulo: Saraiva, v.1, ed. 10, 2012.

GUIMARÃES, Maria Carolina S.; NOVAES, Sylvia Caiuby. Autonomia reduzida e vulnerabilidade: liberdade de decisão, diferença e desigualdade. **Revista Bioética**. 1999, v. 7, n. 1. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/288>. Acesso em: 28 abr. 2016.

GUTIERREZ, PL. O que é o paciente terminal. **Revista Associação Médica Brasileira**, v.47, n.2, 2001.

KNOBEL, Marcos; SILVA, Ana Lúcia Martins da. O paciente terminal: vale a pena investir no tratamento?. **Einstein**. São Paulo: 2004, v. 2, n. 2. Disponível em: <[http://www.einstein.br/biblioteca/artigos/Vol2Num2/O%20paciente%20terminal%2020\(Marcos\).pdf](http://www.einstein.br/biblioteca/artigos/Vol2Num2/O%20paciente%20terminal%2020(Marcos).pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2016.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *In*: MARQUES, Cláudia Lima (Coor.). **Revista de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: BRASILCON, 2015, a. 24, v. 99.

KOVÁCS, Maria Júlia. A caminho da morte com dignidade no século XXI. **Bioética**. Brasília: v. 22, n. 1, 2014. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/886>. Acesso em 22 fev. 2016.

_____. Autonomia e o direito de morrer com dignidade. **Bioética**. Brasília: v.6, n. 1, 1998.

LIMA, Maria de Lourdes Feitosa; REGO, Sérgio Tavares de Almeida; SIQUEIRA-BATIST, Rodrigo. Processo de tomada de decisão nos cuidados de fim de vida. **Revista Bioética**. São Paulo: 2015, v.23, n. 1. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/983>. Acesso em: 23 nov. 2015.

MARENGO, M. O. ; FLAVIO, D. A.; SILVA, R. H. A. . *Terminalidade de Vida: Bioética e Humanização em Saúde*. **Medicina**. São Paulo: USP, 2009, v. 42.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Terminalidade da vida e limitação consentida de tratamento: um olhar jurídico sobre a Resolução 1805/2006 do CFM. *In*: Feitosa, Raymundo Juliano; GALUPPO, Marcelo Campos; MEZZAROBBA, Ordes (Coords.). **XVI CONPEDI, 2007, Belo Horizonte, Anais do CONPEDI**. Florianópolis: FUNJAB, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: Plano da validade. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, Maria Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *In*: GARRAFA, Volnei (Editor). **Revista Brasileira de Bioética**. São Paulo: Sociedade brasileira de bioética, v. 2, n. 2, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: Introdução ao direito civil. 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada**: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

PORTUGAL. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Portugal: Comissão Nacional da UNESCO, 2005. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. **Cadernos de Saúde Pública**. Rio de Janeiro: 2006, v.22, n.8, pp. 1749-1754. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102311X2006000800024>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento N° 70065995078. Primeira Câmara Cível. Relator: Sergio Luiz Grassi Beck. Julgado em 3 set. 2015. Disponível:< <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/230669134/agravo-de-instrumento-ai-70065995078-rs>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer**: eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, ed. 2, 2011.

SÁNCHEZ, GONZÁLES, Miguel Ángel. Testamentos vitais e diretivas antecipadas. Tradução de Diaulas Costa Ribeiro. *In*: RIBEIRO, Diaulas Costa |(org.). **A relação médico-paciente**: velhas barreiras, novas fronteiras. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2010.

SANT'ANA, Maurício Requião de. **Autonomia, incapacidade e transtorno mental**: uma revisão pela promoção da dignidade. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

_____. **Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades**. ConJur. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

SÃO PAULO. **Lei 10.241**, de 17 de março de 1999. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências.

São Paulo, SP: 1999. Disponível em:
<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/saudelei10241.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

SCARPELLI, Ana Carolina; FERREIRA, Efigênia Ferreira e; ZARZAR, Patrícia Maria Pereira de Araújo. Vulnerabilidade socioeconômica versus autonomia na pesquisa em saúde. **Revista Bioética**. 2007, v. 15, n. 2, p. 301. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/issue/view/4>. Acesso em: 28 abr. 2016.

SCHRAMM, - Fermin Roland. A saúde é um direito ou um dever? Autocrítica da saúde pública. *In*: GARRAFA, Volnei (Editor). **Revista Brasileira de Bioética**. São Paulo: Sociedade brasileira de bioética, v. 2, n. 2, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: Volume único. 6. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2016.

TORRE, José Henrique Rodrigues. Ortotanásia não é homicídio e nem eutanásia. *In*: MORITZ, Rachel Duarte (org). **Conflitos bioéticos do viver e do morrer**. Brasília: CFM, 2011.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Adequação de nome e sexo e a vulnerabilidade do transexual. *In*: VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Minorias sexuais: direitos e preconceitos**. Brasília: Consulex, 2012.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o Direito penal brasileiro. **Revista Bioética**. Brasília: 2008, v. 16, n. 1. Disponível em:
<http://revistabioetica.cfm.org.br/infex.php/revista_bioetica/article/view/56>. Acesso em: 26 fev. 2016.

_____. **Da eutanásia ao prolongamento artificial**: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005.