

DECLARAÇÃO PRÉVIA DE VONTADE: A VONTADE DOS PACIENTES TERMINAIS À LUZ DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | *LIVING WILL: TERMINAL PATIENTS' WILL ANALYZED THROUGH THE PRINCIPLE OF AUTHONOMY AND HUMAN PERSON DIGNITY*

DENISSON GONÇALVES CHAVES
SYRLLANA COSTA PINHEIRO
THIAGO VALE PESTANA

RESUMO | A declaração prévia de vontade também conhecida como testamento vital, instrumento com recentes discussões no Brasil, funciona como uma das espécies de diretivas antecipadas de vontade de pacientes terminais, que podem vir a utilizar o instituto para dispor de quais tratamentos deseja ou não receber quando não puderem mais exprimir suas vontades. Tal instituto ainda não encontrou espaço no ordenamento jurídico brasileiro, porém o Conselho Federal de Medicina na tentativa de disciplinar a relação médico-paciente à luz do princípio da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana, regulou por meio da resolução nº1995/2012 as diretivas antecipadas trazendo o seu conceito e em quais modalidades elas ocorrem. Através de uma análise do instituto em outros países onde já há regulamentação legal, e análise da Resolução nº1995/2012 do CFM e seus reflexos no judiciário, o presente estudo busca trazer à baila o quanto o tema precisa ser disciplinado por meio de lei, para resguardar o direito do indivíduo como pessoa e suas vontades, assim também como preservação da vida de forma digna.

PALAVRAS-CHAVE | Declaração prévia de vontade. Dignidade da Pessoa Humana. Autonomia Privada. Resolução nº1995/2012

ABSTRACT | The prior declaration of will, also known as a living will, an instrument with recent discussions in Brazil, functions as one of the species of advance directives of terminal patients who may use the institute to decide which treatments they want or not to receive when they do not can more express their wishes. This institute has not yet found space in the Brazilian legal system, but the Federal Council of Medicine in its attempt to discipline the doctor-patient relationship in light of the principle of private autonomy and the dignity of the human person, regulated through resolution nº9595 / 2012 the directives anticipated by bringing their concept and in what modalities they occur. Through an analysis of the institute in other countries where there is already legal regulation, and analysis of the Resolution nº1995 / 2012 of the CFM and its reflexes in the judiciary, the present study seeks to bring to light how much the subject needs to be disciplined by law, safeguard the right of the individual as a person and their desires, as well as the preservation of life in a dignified way.

KEYWORDS | Prior declaration of will. Dignity of human person. Private Autonomy. Resolution nº1995/2012

1. INTRODUÇÃO

Durante longo período, o médico tornou-se conhecido o “médico que cuida da família”, isso porque o mesmo realizava atendimentos domiciliares e por muitas vezes fazia parte do círculo de amizade da família. Com os avanços tecnológicos o médico deixou este papel e assumiu a função de especialista em determinada área da medicina, o que possibilitou a remoção de pessoas gravemente doentes de suas casas para os hospitais, onde seriam realizados todos os métodos terapêuticos possíveis para a manutenção da vida do indivíduo.

Paralelo a esses avanços, percebe-se que a atenção neste momento estava voltada para enfermidade, em como descobrir novas terapias, e não mais ao indivíduo e em como este reagiria ao sofrimento, e até que ponto existia um conforto físico e mental diante de tantos tratamentos que seriam propostos.

Assim, a vontade do paciente passou a ser deixada cada vez mais de lado, a ponto de comprometer a dignidade da sua vida, em um incansável tratamento para manter vivo o indivíduo que não possuía condições de viver. Diante desse histórico, o que se depreende é o prolongamento da vida de pacientes terminais, que dependem de inúmeros aparelhos para sobreviver, assistindo de maneira lenta e por muitas vezes dolorosa a chegada da sua morte.

A declaração prévia de vontade surge, portanto, como um instrumento da manifestação de vontade do paciente terminal, detalhando as indicações positivas ou negativas dos tratamentos que serão ou não realizados no mesmo, respeitando assim a sua autonomia de vontade e garantindo a sua dignidade nos últimos dias de vida.

O médico cumpre o seu papel recomendando aquilo que ao seu entendimento seria adequado, porém, deixa livre ao paciente seu direito de exercer sua autonomia, conforme dispõe o artigo

5º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 “ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante”.

Tem-se como objetivo no presente trabalho, analisar o instituto da declaração prévia de vontade, também conhecido como “testamento vital” e a necessidade de sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que até então, são apenas resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) que dispõe, ainda de maneira tímida sobre o assunto, e que não possuem força de lei. Assim o trabalho procurou analisar os reflexos da criação da resolução na seara judiciária.

Para isso, também usa-se como parâmetro as aplicações desse instituto em países diversos que já possuem a regulamentação em seu ordenamento jurídico.

Cabe também atentar para a necessidade da observância do princípio da autonomia e da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que o princípio da dignidade da pessoa humana foi consagrado como garantia fundamental com previsão legal no art.1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Necessário é que o instituto receba uma atenção minuciosa do legislador, com o intuito de dirimir tantos conflitos que podem surgir pelo simples fato de não haver regulação do tema.

2. DECLARAÇÃO PRÉVIA DE VONTADE NUMA PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo do instituto da Declaração Prévia de Vontade, também conhecido no Brasil por “testamento vital”, que consiste em um documento do qual o indivíduo que se encontra em fase terminal de alguma enfermidade, pode utilizar para dispor sobre quais tratamentos deseja ou não ser submetido, quando se encontrar incapaz para manifestar sua vontade.

De acordo com Godinho (2012, p.956):

O testamento vital (também chamado “testamento biológico”, “testamento de vida” ou “testamento do paciente”) consiste num documento, devidamente assinado, em que o interessado juridicamente capaz declara quais tipos de tratamentos médicos aceita ou rejeita, o que deve ser obedecido nos casos futuros em que se encontre em situação que o impossibilite de manifestar sua vontade, como, por exemplo, o coma (GODINHO, 2012, p. 956).

Há ainda grandes discussões em torno do termo adotado no Brasil: “testamento vital”, pois baseado na origem desse instituto, testamento vital seria uma espécie de Diretivas Antecipadas, assim como é o mandato duradouro, outra forma que não nos ateremos no presente estudo.

Outro ponto, é o uso do termo “testamento”, já que o mesmo remete a um negócio jurídico unilateral de eficácia *causa mortis*, e o testamento em questão, surtiria seus efeitos quando o indivíduo ainda estivesse em vida, mas em estado de total incapacidade.

Porém, o Código Civil de 2002 mesmo não trazendo uma definição exata para testamento, em seu artigo 1.857, §1º preceitua que “são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”, confirmando a possibilidade de disposição de caráter não patrimonial.

Assim, coube a doutrina conceituar o que é testamento. Para Clóvis Beviláqua conceitua-se testamento como:

[...] é o ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável a qualquer tempo, pelo qual alguém, segundo as prescrições da lei, dispõe,

total ou parcialmente do seu patrimônio para depois de sua morte; ou nomeia tutores para seus filhos menores, ou reconhece filhos, ou faz outras declarações de última vontade (BEVILAQUA, 2000, p. 225).

Ultrapassada as questões terminológicas, o tema ainda se divide em um tanto polêmico como também inovador, visto que até o presente momento não encontrou regulação no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, ante a lacuna, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a Resolução nº 1995/2012 que trata das diretivas antecipadas de vontade do paciente.

Todavia, para uma melhor compreensão do instituto, necessário é, uma análise da sua origem e aplicação em alguns países, onde sua utilização já se dá de maneira comum aos pacientes, familiares e médicos.

O primeiro país a enfrentar questões pertinentes ao assunto foi o Estados Unidos da América no ano de 1969, quando da publicação de um artigo científico, criado por Luiz Kutner, que tratava sobre o direito de morrer e que defendia a ideia de que o paciente pudesse tomar decisões sobre seu tratamento, quando a medicina o diagnosticasse com doença incurável.

Propôs ainda, um documento no qual nomeou de *living will*, onde o paciente quando consciente, poderia deixar registrado de forma escrita os tratamentos nos quais não desejava ser submetido em caso de estado vegetativo ou de diagnóstico de incurabilidade, sendo que a vontade do paciente se sobreporia à vontade dos familiares, amigos e até mesmo da equipe médica, devendo tal documento ser assinado por no mínimo duas testemunhas, e entregue ao médico pessoal, ao cônjuge, ao advogado ou alguém de extrema confiança do paciente (PENALVA, 2015).

A criação do documento supracitado, ocorreu devido a

vários casos que ganharam repercussão no país, e ensinaram a regulação da Declaração Antecipada de Vontade (DAV).

No estado do Missouri, Nancy Beth Cruzan, uma americana casada de 25 anos, sofreu um acidente automobilístico e permaneceu em coma por três semanas, evoluindo para um quadro de inconsciência - período em que foi introduzida uma sonda gástrica para alimentação com autorização do marido da paciente - e, posteriormente, para um quadro de estado vegetativo persistente. Após esse diagnóstico, em outubro de 1983, seus pais solicitaram aos médicos que a alimentação e a hidratação artificial que a mantinham viva fossem suspensas. Contudo, os profissionais não acataram a solicitação, informando que para tal suspensão seria necessário que a família obtivesse autorização judicial.

Em junho de 1989, seis anos após o acidente de Nancy, seus pais ajuizaram uma ação no tribunal do Missouri pedindo autorização para a suspensão da nutrição e da hidratação. Respaldaram tal pedido em uma suposta conversa de Nancy com uma colega, quando essa tinha 20 anos, em que a paciente havia dito que não gostaria de ser mantida viva quando tivesse menos da metade de suas capacidades normais. Os pais de Nancy ganharam a causa em primeira instância, mas o Estado recorreu. A Suprema Corte do Missouri alterou a decisão de primeira instância entendendo que os pais de Nancy não tinham competência para decidir em nome da filha uma vez que ela era casada e que não havia prova contundente do

desejo da paciente. Em dezembro de 1989, o caso chegou à Suprema Corte americana que avançou na discussão do direito de morrer, reconhecendo-o a pessoas capazes ou que já tivessem manifestado tal vontade de forma inequívoca. Contudo, negou o pedido dos pais de Nancy por entender que não estava clara a manifestação de vontade da paciente. Mas, poucos meses depois, o caso foi reaberto e o tribunal do Missouri autorizou a retirada da nutrição e da hidratação artificiais (DADALTO, 2015, p. 25-26).

Nesse contexto de grandes repercussões, foi promulgada a legislação federal *do Patient Self Determination Act* (PSDA) em 1990, a Lei de Autodeterminação do Paciente criada por dois senadores J. C. Danforth e D. P. Moynhan, que tem como objetivo estimular a elaboração de diretivas antecipadas pelo paciente. Vale lembrar, que por ser um país em que os Estados possuem independência legislativa, há diversas formas de aplicação do instituto, não existindo um padrão específico, em respeito ao poder de legislar de cada Estado, que por meio de leis estaduais podem conferir maior ou menor amplitude da Lei Federal.

Segundo Assumpção (2014, p.70-71):

A PSDA é ainda mais específica no ponto em que de fato institui as diretrizes antecipadas. Com efeito, reconhece o diploma norte-americano “o direito de formular diretrizes antecipadas relativas à prestação de cuidados em caso de incapacidade”. Ato contínuo, a lei aponta instrumentos de duas ordens: (a) promovidos pelo próprio paciente, aí incluída a nomeação de um agente ou substituto para tomar decisões em seu nome do paciente e o fornecimento de instruções escritas acerca dos cuidados de saúde

do indivíduo;

(b) promovidas pelo centro médico, através da inquirição periódica acerca dos desejos do paciente, documentando-os no prontuário respectivo. (ASSUMPÇÃO, 2014, p.70-71)

A associação Americana de Advogados para melhor esclarecimento das disposições do instituto, resumiu em quatro obrigações básicas que as instituições de saúde devem proceder nos esclarecimentos sobre as diretivas antecipadas.

Na Europa as diretivas antecipadas de vontade, surgiram primeiramente nos países com tradição liberal no que diz respeito à autonomia, quais sejam, Finlândia, Holanda e Hungria. Nos demais países só foi possível a partir da Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina ou também comumente conhecida como a Convenção de Oviedo. A Bélgica em 2002 legislou sobre o tema, logo em seguida a Espanha em novembro do mesmo ano. Em 2005 foi a vez da Inglaterra, País de Gales e França, sendo o mais recente Portugal que regulou o tema em 2012 (DADALTO, 2015, p. 33-35).

A Espanha regulou o tema por meio da Lei nº 41/2002¹, porém não se preocupou em discriminar quais os cuidados podem ou não ser solicitados através das diretivas antecipadas.

Em Portugal a regulamentação se deu por meio da Lei 25/2012. Em seu artigo 2º, 1, dispõe que o documento será feito de forma unilateral e podendo ser revogado a qualquer tempo, discorre ainda que poderá ser realizada por maior de idade e capaz que por qualquer razão vier a se encontrar incapaz. *In verbis*:

1 ESPANHA. Lei nº 41/2002. Disponível em: http://www.msssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/transparencia/ley_autonomia_paciente.pdf. Acesso em: 05 jan.2018.

Artigo 2º:

1 — As diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, são o documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente.²

No que tange a América Latina, o Uruguai diferentemente de Portugal, restringiu as situações clínicas que são cabíveis as diretivas antecipadas, sendo somente em casos de doença terminal, incurável e irreversível. Além disso possibilitou a previsão de um procurador de saúde vinculado às diretivas que estivessem estabelecidas.³

A Argentina por sua vez, editou a Lei nº 26.742/2012 no mês de maio, assegurando a autonomia do indivíduo, ao lhe garantir o direito de aceitar ou rejeitar tratamento médico, justificando ou não sua vontade, e podendo revogar sua manifestação de vontade. O diploma ainda deixa claro que qualquer diretiva que implique na eutanásia não será considerada e, portanto, não deve ser atendida pelos profissionais da saúde.⁴

2 PORTUGAL. **Lei nº 25/2012**. Disponível em: <https://dre.pt/application/dir/pdf1s/2012/07/13600/0372803730.pdf>. Acesso em: 05 jan.2018.

3 URUGUAI. **Lei nº 18.473/2009**. Disponível em: <http://www.impo.com.uy/bases/decretos/385-2013>. Acesso em: 05 jan.2018.

4 ARGENTINA. **Lei nº 26.742/2012**. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197859/norma.htm>. Acesso

3. ANÁLISE DA RESOLUÇÃO Nº1995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Diante de um atraso legislativo sobre o tema, o Conselho Federal de Medicina (CFM), regulou por meio da Resolução nº 1.995/2012 as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, que por seu caráter profissional disciplinar, atenta-se principalmente à proteção médica, do que à normatização do instituto.

Assim, Assumpção elenca três fenômenos que ocorrem quanto à validade da manifestação de autonomia do portador de doença incurável, diante da lacuna normativa:

(a) a insegurança jurídica na atuação diária por parte dos profissionais de saúde, dos pacientes e dos familiares; (b) a iniciativa regulamentar no âmbito administrativo; (c) o ativismo judicial, pela necessidade de atuação do Poder Judiciário para colmatar os vazios normativos (ASSUMPÇÃO, 2014, p. 91).

A resolução lida com um problema que faz parte do cotidiano dos médicos e demais profissionais da saúde, que precisam enfrentar a dura realidade de pacientes em estágio terminal de doenças, que se encontram fora da possibilidade de evolução terapêutica.

Estabelece, portanto, a vinculação do médico à manifestação de vontade do paciente, expressa quando ainda capaz, com o objetivo de garantir o direito do indivíduo de decidir sobre os tratamentos que deseja receber nos últimos momentos de sua vida.

em: 05 jan.2018.

Resolução nº 1995/2012

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como 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.

Art. 2º Nas decisões sobre 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.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§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.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital

ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.⁵

A resolução foi criada com base nos princípios contidos no Código de Ética Médica, que estabelece como um de seus princípios fundamentais o respeito à autonomia do paciente, sem é claro, destituir a autonomia do médico, porém, reconhecendo a necessidade de que as decisões sejam compartilhadas na relação médico-paciente.

Capítulo I - Princípios Fundamentais

XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.⁶

5 Conselho Federal de Medicina. **Código de Ética Médica (Resolução CFM N°1931/2009)**. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20656:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-i-principios-fundamentais&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122. Acessado em: 07 jan.2018.

6 Conselho Federal de Medicina. **Código de Ética Médica (Resolução CFM N°1931/2009)**. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20656:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-i-principios-fundamentais&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122. Acessado em: 07 jan.2018.

Na exposição de motivos para a criação da Resolução nº 1995/2012, a Câmara Técnica de Bioética do Conselho Federal de Medicina pontuou como uma de suas justificativas, “a dificuldade de comunicação do paciente em fim de vida, o que leva a decisões médicas, que são adotadas com participação de outras pessoas que podem desconhecer suas vontades, e em consequência, desrespeitá-las.”

A terminologia usada, “Diretivas Antecipadas de Vontade” caracteriza seu objetivo. Diretiva, no sentido de indicar, dar uma instrução, orientar. Antecipada pois é dita previamente, fora da atual situação. E vontade, que caracteriza manifestação de desejos (GOLDIM, 2012).

O artigo 1º da resolução trata de conceituar as diretivas antecipadas como um conjunto de desejos manifestado expressamente e previamente pelo paciente, sobre os tratamentos que deseja ou não receber quando estiver incapacitado de expressar livre e autonomamente sua vontade.

As reflexões sobre a resolução se iniciam no primeiro artigo, que analisado literalmente, deixa a entender que qualquer paciente quando se encontrar incapaz, e não apenas os terminais, poderão fazer uso das diretivas antecipadas.

Art.1º Definir diretivas antecipadas de vontade como 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.⁷

Todavia, as considerações da resolução foram claras ao dispor da necessidade da regulamentação das diretivas, em face dos pacientes terminais.

7 *Ibidem*, 2012, p. 1.

Considerando que os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, e que essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo.⁸

Chama-se atenção a outro ponto de extrema importância quanto às diretivas antecipadas ainda em seu primeiro artigo, qual seja, a necessidade de discernimento e capacidade do paciente no momento de definições das diretivas, para que estas sejam válidas.

Cabe mencionar que o Código Civil definiu dois conceitos de capacidade, a de “direito ou gozo” e a “de fato ou de exercício”. Para Tartuce (2016) a capacidade de direito é aquela para ser sujeito de direitos e deveres na ordem privada, que todas as pessoas possuem, existindo a pessoa, tal capacidade já está presente, enquanto a capacidade de fato é aquela que algumas pessoas não possuem, que são os incapazes especificados nos art. 3º e 4º do Código Civil.

Assim, a resolução atenta-se para a capacidade de fato ou exercício, já que a capacidade de direito, em regra a pressupõe, pois, a incapacidade é uma exceção.

Com as mudanças advindas da redação do Estatuto da Pessoa com Deficiência publicada em 06 de julho de 2015 e entrando em vigor em janeiro de 2016, grandes implicações há sobre o presente estudo, pois, o código civil considerava absolutamente incapazes, “os que, por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos” e “os que por causas transitórias, não puderem exprimir sua vontade”.

8 *Ibidem*, 2012, p. 1.

Com o advento da Lei nº 13.146/2015, passou-se a considerar como absolutamente incapaz para atos da vida civil apenas os menores de 16 anos, e “aqueles que por causa transitória, ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” no rol dos relativamente incapazes. *In verbis*:

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

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;⁹

Percebe-se a partir de agora uma maior necessidade de regulamentação do instituto, tendo em vista que os enfermos foram retirados da condição de incapacidade absoluta, questionando-se então se as diretivas antecipadas poderão ser realizadas mesmo em situação de incapacidade relativa.

Além disso, o artigo 84, §1º da referida lei, prescreve que a pessoa com deficiência, e aqui se entende por deficiente “aquele que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”, tem assegurado o seu direito ao exercício de sua capacidade, em igualdade de condições, e quando necessário será submetido à curatela.

Porém, a curatela em questão constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, durando o menor tempo possível. Ademais, ainda no artigo 84 da Lei 13.146/15 os curadores são obrigados a prestar anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando

9 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Lei. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 08 jan. 2018.

balanço do respectivo ano, o que representa que a curatela afeta tão somente atos relacionados ao direito de natureza patrimonial.

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.¹⁰

Para Tartuce (2016, p. 84) “a definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto”.

O art.2º, atenta para que no caso de que haja a existência de uma diretiva, que ela seja considerada pelo profissional da saúde, mas sem o cunho de que sejam obrigatoriamente cumpridas.

Art. 2º Nas decisões sobre 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

10 BRASIL. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Lei Nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Brasília, 06 jul. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 08 jan. 2018.

em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.¹¹

Alves, Fernandes e Goldim (2012), afirmam que não é uma sobreposição de uma vontade a outra, mas sim, um equilíbrio entre ambas, onde se reconhece que a relação médico-paciente se realiza com o estabelecimento de corresponsabilidade. Para tanto o parágrafo 2º do referido artigo complementa que o médico deixará de levar em consideração as diretivas, que em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica. O que garante ao médico a possibilidade de se declarar impedido de realizar qualquer procedimento que seja contrário à prática médica.

§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.¹²

A resolução também determina que nenhum parecer, exceto o médico, poderá prevalecer sobre a vontade do paciente, até mesmo de familiares estão fora de questão.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.¹³

Não se pode deixar de mencionar que a resolução no art.2º parágrafo primeiro, estabelece uma forma de diretiva antecipada, comumente conhecida no Brasil como mandato

11 *Ibdem*, 2012, p. 01.

12 *Ibdem*, 2012, p. 02.

13 *Ibdem*, 2012, p. 02.

duradouro, em que o paciente nomeia um terceiro para cumprir sua vontade em momento posterior de incapacidade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.¹⁴

A escolha do outorgado deve ser precedida de extremo cuidado, pois as decisões que serão feitas por ele, devem ser tomadas à luz da autonomia do paciente que lhe outorgou o poder de decisão futuro.

No que diz respeito à escolha do outorgado para o mandato duradouro, DADALTO (2009) afirma que:

Assim, nomear o cônjuge, os filhos, ou os pais é razoável, devido à proximidade e ao afeto que os uni ao paciente, mas, de outro lado, é perigoso, pois estas pessoas possuem valores próprios, que podem diferir dos pacientes, além da proximidade para com estes, o que pode dificultar a tomada de decisões. (DADALTO, 2009, p.57)

Também foi conferida a liberdade ao paciente de registrar no próprio prontuário as suas diretivas antecipadas, devendo o médico fazer tal registro.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.¹⁵

E por último, o parágrafo 5º prevê a possibilidade de o

14 *Ibidem*, 2012, p. 02.

15 *Ibidem*, 2012, p. 02.

médico ter que tomar decisões quando não há documentação de diretivas antecipadas pelo paciente, nem mesmo indicação de um terceiro como representante, e total discordância entre os familiares sobre quais condutas deverão ser tomadas. Assim, o médico poderá tomar sua decisão e justificar junto ao Comitê de Bioética Clínica da instituição, e no caso de sua ausência, justificará junto à Comissão de Ética Médica, ou aos próprios Conselhos Regional ou Federal de Medicina, para que estes o auxiliem na justificativa das condutas que foram tomadas (ALVES, FERNANDES, e GOLDIM, 2012, p.361).

Findada a análise detalhada de cada artigo da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº1995/2012, percebe-se que a tentativa de regulamentar o tema por meio de uma resolução gerou inconformismo, que não encontrou ressonância no Poder Judiciário.

O Ministério Público Federal (MPF) por meio do ajuizamento da Ação Civil Pública de nº 1039-86.2013.4.01.3500 ¹⁶em desfavor do Conselho Federal de Medicina, buscou suspender a aplicação da Resolução nº1995/2012.

Em síntese as alegações do MPF são:

- a) Através de inquérito civil público constatou-se que a resolução do CFM ao regulamentar a atuação dos profissionais da saúde frente a pacientes terminais, incidiu em inconstitucionalidade e ilegalidade;
- b) Que na busca de preencher o vazio normativo deixado pela resolução nº1805/2006, que autorizou os pacientes

16 SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE GOIÁS. **Ação Civil Pública nº1039-86.2013.4.01.3500**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-cfm-paciente-terminal.pdf>. Acesso em: 08 jan.2018.

a optarem pela ortotanásia, a resolução ao invés de facultar ao paciente a designação de um representante legal, instituiu as diretivas antecipadas de vontade externadas pelo próprio paciente e que deverão prevalecer sobre quaisquer pareceres médicos e desejos familiares;

- c) A resolução extrapolou os poderes conferidos pela Lei nº 3.268/57 (que trata dos Conselhos Regionais e Federais de Medicina), pois regulamentou sobre temas que possuem repercussões familiares, sociais e nos direitos de personalidade, sendo que somente a União por meio do Congresso Nacional poderia dispor sobre diretivas antecipadas;
- d) A resolução se omitiu sobre temas essenciais como a capacidade civil do paciente, limite temporal da validade das diretivas e as formas de revogação, violando a segurança jurídica;
- e) Não foi previsto o direito de a família influenciar na formação de vontade e fiscalizar o seu cumprimento, o que vai de encontro com o art.226, caput da Constituição Federal;
- f) O prontuário médico é instrumento inidôneo para o registro das diretivas antecipadas da vontade, pois seu caráter sigiloso impede o controle da atuação do médico.

A liminar foi indeferida, por entender o juiz que o Conselho Federal de Medicina não extrapolou os poderes normativos que foram conferidos por meio da Lei 3.268/57, tendo a resolução apenas regulamentado a conduta ética médica perante a situação fática de o paciente externar sua vontade quantos aos cuidados médicos e os tratamentos que deseja receber ou não, na hipótese de se encontrar em estado terminal e irremediável.

Além disso, afirma que a manifestação de vontade do paciente é livre, em consonância com o art.107 do Código Civil, que somente exige forma especial quando a lei assim estabelecer: “Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.¹⁷

Para que haja validade das diretivas antecipadas de vontade do paciente, segundo o magistrado, será necessário observar os requisitos de validade do negócio jurídico, previstos no art.104 do Código Civil, não sendo necessário que a resolução reitere a previsão legal.¹⁸

Em sentença, o juiz afirma sobre a inexistência de lei sobre as diretivas, e da necessidade que a questão venha a ser tratada pelo legislador, de forma a fixar os requisitos atinentes à capacidade para fazer a declaração, sua forma, modo de revogação e eficácia. Por outro lado, deixou claro que em vista da lacuna normativa sobre o tema, e no caso, não havendo vedação no ordenamento jurídico, o Conselho Federal de medicina não extrapolou os poderes normativos que foram outorgados.

A resolução tem efeitos apenas ético-disciplinar entre os

17 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Lei. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 11 jan. 2018.

18 SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE GOIÁS. Ação Civil Pública nº1039-86.2013.4.01.3500. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-cfm-paciente-terminal.pdf>. Acesso em: 08 jan.2018.

Conselhos de Medicina e os médicos, mas não tem o condão de criar direitos e obrigações, sobretudo nas esferas cível e penal.

No quesito da participação da família, esses não estarão impedidos de buscar tutela judicial caso se oponham as diretivas antecipadas do paciente, nem mesmo pela responsabilização dos profissionais de saúde por eventual ilícito. Neste ponto explica-se que não há motivos para se falar em extrapolação do poder de regulamentar.

Sobre a inconstitucionalidade e ilegalidade suscitada pelo Ministério Público Federal, o entendimento foi de que a resolução se pauta na autonomia da vontade, e no princípio da dignidade da pessoa humana, que segundo o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal é princípio fundamental, e cumulado com o artigo 5º, inciso III da Constituição, ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Inclusive o princípio da autonomia de vontade para decidir sobre os recursos terapêuticos, está inserido no art.15 do Código Civil, “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Não se verificou afronta à segurança jurídica por ausência de previsão de determinadas questões colocadas na inicial

Quanto aos requisitos legais para o paciente decidir o tipo de tratamento a seguir, a fundamentação foi de que o próprio Código Civil disciplina através dos artigos que tratam sobre a capacidade civil e o artigo 107 que dispõe sobre a declaração de vontade. Assim, tendo capacidade civil o paciente poderá fazer a declaração de vontade. O médico não estará obrigado a seguir a declaração.

A resolução não previu nenhuma forma especial para a manifestação de vontade (podendo ser verbal, escrita, etc.) apenas determinando que o médico registre a vontade no prontuário, o que não contraria qualquer lei em vigor. E permitiu ainda a designação de um representante para tal fim, e a

investigação da vontade junto a familiares de que não tenha deixado registro.

3.1 Entendimento jurisprudencial sobre as diretivas antecipadas

Além das decisões expostas acima, se tem referência de apenas três julgados no Rio Grande do Sul pertinentes ao assunto. Segundo Massaroli e Fabro (2016) foi realizada pesquisa em 27 (vinte e sete) Tribunais Estaduais do Brasil, em 5 (cinco) Tribunais Regionais Federais, no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, totalizando 34 (trinta e quatro) Tribunais Brasileiros de pequeno médio e grande porte.

O primeiro julgado diz respeito a uma apelação proposta pela Associação de funcionários públicos do Estado do Rio Grande do Sul que representa a entidade hospitalar, em razão de uma paciente do sexo feminino que deu entrada na entidade hospitalar com um sério quadro de descompensação secundária a insuficiência renal, pré-edema agudo de pulmão, e apresentando-se como responsável o seu neto, que foi notificado da necessidade de realização de hemodiálise.

Ocorre que posteriormente, o filho da paciente se apresenta como o real responsável por ela, e negando a realização do procedimento, por assegurar que esse era o desejo da mesma, que já se encontrava incapaz para exprimir sua vontade. Diante das opiniões divergentes entre o neto e filho sobre quais procedimentos seguir, a entidade hospitalar pleiteou autorização judicial para realizar o procedimento de hemodiálise da paciente, pois do contrário poderia vir a óbito.

Assim, havendo improcedência quanto a esse pedido, a entidade recorreu por meio do recurso de apelação que manteve a negativa dos pedidos sob o argumento do princípio da dignidade da pessoa humana ser um princípio soberano, que se sobrepõe

até mesmo aos textos normativos. Além disso, o tribunal entendeu que era caso de ilegitimidade ativa, pois não pode o Hospital sobrepor-se à vontade da família e, mais especificamente, do representante legal da paciente, para interferir de maneira gravosa na vida da paciente, ainda que com boa intenção e para lhe dar mais algum tempo de vida, porém, a custo de sofrimento que ela não pretende passar.

CONSTITUCIONAL. MANTENÇA ARTIFICIAL DE VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PACIENTE, ATUALMENTE, SEM CONDIÇÕES DE MANIFESTAR SUA VONTADE. RESPEITO AO DESEJO ANTES MANIFESTADO.

Há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade humana, que, aliás, sobrepõe-se, até, aos textos normativos, seja qual for sua hierarquia. O desejo de ter a *“morte no seu tempo certo”*, evitados sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado, notadamente em face de meros interesses econômicos atrelados a eventual responsabilidade indenizatória.

No caso dos autos, a vontade da paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada, notadamente quando a ela se contrapõe a já referida preocupação patrimonial da entidade hospitalar que, assim se colocando, não dispõe nem de legitimação, muito menos de interesse de agir.¹⁹

Após pouco mais de dois anos o tribunal voltou a julgar pedido semelhante, no qual um paciente de sexo masculino, com

19 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível**

a idade de 79 anos em processo de necrose do pé esquerdo, resultante de uma lesão, desde novembro de 2011, se agravando, inclusive com emagrecimento progressivo e anemia acentuada resultante do direcionamento da corrente sanguínea para a lesão tumoral, motivo pelo qual necessitava amputar o membro inferior, sob pena de morte por infecção generalizada.

O paciente em pleno gozo de suas capacidades recusava-se a se submeter ao procedimento de amputação. O médico do caso buscou o auxílio do Ministério Público (MP) para ingressar com medida judicial, tendo seu pedido negado em primeira instância, o MP recorreu ao tribunal através da apelação cível de nº 70054988266 (nº CNJ: 0223453-79.2013.8.21.7000).

Os desembargadores confirmaram a negativa da decisão em primeira instância que já havia transitado em julgado, sob o fundamento de que de acordo com o laudo psicológico do paciente, este desejava morrer para aliviar o sofrimento, e se encontrava em pleno gozo de suas faculdades mentais, afirmando a decisão de que o Estado não pode invadir o corpo da pessoa

nº **70042509562**. ASSOCIAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS DO ERGS – AFPERGS. GILBERTO OLIVEIRA DE FREITAS. Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa. Porto Alegre, RS, 01 de junho de 2011. **Constitucional. Manutenção Artificial de Vida. Dignidade da Pessoa Humana. Paciente, Atualmente, Sem Condições de Manifestar Sua Vontade. Respeito Ao Desejo Antes Manifestado**. Rio Grande do Sul, 01 jun. 2011. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justiça&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70042509562&num_rocesso=70042509562&codEmenta=4200429++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70042509562&comarca=Porto Alegre&dtJulg=01/06/2011&relator=Armínio José Abreu Lima da Rosa&aba=juris. Acesso em: 12 jan. 2018.

e realizar procedimentos mutilatórios de forma impositiva.

Além disso, alegaram que o direito à vida deve estar combinado com o princípio da dignidade da pessoa humana previsto na Constituição Federal, cumulado com o art.15 do Código Civil que assegura ao paciente, não ser submetido a procedimento com risco de vida. Entendendo assim, de acordo com a resolução nº1995/2012 do CFM, de que se deve respeitar a autonomia do paciente, mesmo com risco de vida, haja vista que de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, de nada adianta a vida com sofrimento, pois a pessoa deve gozar sua vida com dignidade.

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL.

1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para “aliviar o sofrimento”; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida.

2. O caso se insere no denominado *biodireito*, na dimensão da *ortotanásia*, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural.

3. O direito à vida garantido no art. 5º, *caput*, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o *direito à vida*, não o *dever à vida*, razão pela qual não se admite que o paciente

seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal.

4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado *testamento vital*, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina.

5. Apelação desprovida.²⁰

Por fim, no ano de 2015 uma paciente precisava realizar um procedimento cirúrgico chamado laparotomia, segundo o médico a não realização com urgência, implicaria na morte da paciente, tendo em vista a gravidade do quadro. A paciente por sua vez, rejeitou realizar o procedimento e manifestou-se acerca de sua vontade. A unidade hospitalar interpôs o recurso

20 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação nº 70054988266**. MINISTERIO PUBLICO. JOAO CARLOS FERREIRA. Relator: Juiz Irineu Mariani. Porto Alegre, RS, 20 de novembro de 2013. **Apelação Cível. Assistência à Saúde. Biodireito. Ortotanásia. Testamento Vital**. Porto Alegre, 20 nov. 2013. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi+a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70054988266&num_processo=70054988266&codEmenta=5557320++++&proxystylesheet=tjrs_index&cliex&ie=UTF8&site=ementario&access=p&oe=UTF8&numProcesso=70054988266&comarca=Viamão&dtJulg=20/11/2013&relator=IrineuMariani&aba=juris. Acesso em: 12 nov. 2018

de Agravo de Instrumento em razão de liminar que teve seu provimento negado, já que a paciente se encontrava em pleno gozo de suas faculdades mentais, e detinha total conhecimento da gravidade do quadro e das consequências ao não se submeter ao procedimento cirúrgico.

Além disso, a madrastra do paciente assinou um termo de responsabilidade e recusa do procedimento, mesmo em discordância com a esposa do mesmo. Conforme o julgado anterior, o julgamento considerou a resolução nº1995/2012 do CFM para respeitar a autonomia de vontade do paciente, observado o já mencionado art.15 do Código Civil.

AGRAVO 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 madrasta 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.²¹

Desse modo, observa-se neste caso concreto que o Poder Judiciário reconhece as diretivas antecipadas de vontade normatizadas pelo Conselho Federal de Medicina, já que no caso relatado acima foi realizada a declaração prévia de vontade da paciente em prontuário médico, além da utilização do mandato duradouro, onde a madrasta se manifestou no lugar do paciente,

21 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70065995078**. FUNDACAO HOSPITAL CENTENARIO. JOSE MARCOS FREITAS DE SOUZA. Relator: Juiz Sergio Luiz Grassi Beck. Porto Alegre, RS, 03 de setembro de 2015. Agravo 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. Porto Alegre. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi+a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70065995078&num_rocesso=70065995078&codEmenta=6464621+++++&proxystylesheet=tjrs_

assinando o termo de responsabilidade, e assim, eximindo a entidade hospitalar e os profissionais da saúde de qualquer eventual responsabilidade.

4. ASPECTOS JURÍDICOS NECESSÁRIOS PARA A REGULAMENTAÇÃO DA DECLARAÇÃO PRÉVIA DE VONTADE, SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como já exposto no presente estudo, a declaração prévia de vontade funciona como uma espécie de diretivas antecipadas de vontade, que no Brasil ainda não encontrou seu espaço no ordenamento jurídico. Porém, as discussões que norteiam a validade deste instituto não são de ordem desconhecida, pelo contrário, são pontos debatidos comumente no que tange aos direitos de personalidade.

De acordo com Tartuce (2016) o Código Civil de 2002 tem como corrente filosófica a primazia de três regramentos básicos: a eticidade, socialidade e operabilidade. A eticidade se distancia do tecnicismo institucional advindo da experiência do Direito Romano, então ao invés de valorizar as formalidades, reconhece a participação dos valores éticos em todo o Direito Privado. A socialidade busca superar o caráter individualista e egoísta que imperava na codificação anterior. E por fim o princípio da operabilidade, que possui dois significados, o primeiro no sentido de simplicidade já que a interpretação e aplicação dos institutos nele previsto foram facilitadas, e o segundo no sentido de efetividade pois em virtude da linguagem empregada, e pelas cláusulas gerais criadas, permite-se a constante incorporação

index&client=tjrs_index&ie=UTF8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70065995078&comarca=Comarca de São Leopoldo&dtJulg=03/09/2015&relator=Sergio Luiz Grassi Beck&aba=juris. Acesso em: 12 jan. 2018

e solução de problemas, seja pela jurisprudência ou através de complementação legislativa.

Assim, a adoção do sistema de cláusulas gerais pelo Código Civil de 2002, possui relação direta com linha filosófica adotada por Miguel Reale “A Teoria Tridimensional do Direito”, em que direito é fato, valor e norma.

Na análise dos institutos jurídicos presentes no Código Civil de 2002, muitos deles abertos, genéricos e indeterminados, o jurista e o magistrado deverão fazer um mergulho profundo nos fatos que margeiam a situação, para então de acordo com os seus valores e da sociedade – construídos após anos de educação e de experiências – aplicar a norma de acordo com os seus limites, procurando sempre interpretar sistematicamente a legislação privada. Fato, valor e norma serão imprescindíveis a apontar o caminho seguido para aplicação do Direito (TARTUCE, 2016, p. 53).

Além disso, é necessário pontuar os principais marcos teóricos do Direito Civil contemporâneo, como o Direito Civil Constitucional, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e o diálogo das fontes.

O direito civil constitucional prevê a necessidade de se fazer uma leitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição. Os próprios constitucionalistas reconhecem o fenômeno de interação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, o que chamam de neoconstitucionalismo.

De acordo com Tartuce (2016), há três princípios básicos que norteiam o direito civil constitucional, o primeiro deles, o princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que se encontra estampado no art. 1º, III da Constituição, como um dos objetivos

da República Federativa do Brasil. Trata-se de um super princípio ou princípio dos princípios. Assim, a partir do modelo Kantiano constitui-se o princípio fundamental da personalização do direito civil. A tutela da dignidade da pessoa humana representa a proteção da liberdade e dos direitos subjetivos na ordem privada.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais por sua vez, é o mecanismo que torna possível o direito civil constitucional.

Essa horizontalização dos direitos fundamentais nada mais é do que o reconhecimento da existência e aplicação dos direitos que protegem a pessoa nas relações entre particulares. Nesse sentido, pode-se dizer que as normas constitucionais que protegem tais direitos têm aplicação imediata (eficácia horizontal imediata). Essa aplicação imediata está justificada pelo teor do art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, pelo qual: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (TARTUCE, 2016, p. 62).

Desse modo, a Constituição deixa de ser uma Carta Política que faz com que ela seja mais direcionada ao legislador e nesse sentido com eficácia vertical, e passe a ser denominada como uma Carta Fundamental, pela sua horizontalidade, ou seja, pela sua abrangência direta às relações interprivadas.

O instituto da declaração prévia de vontade encontra fundamento exatamente na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tendo vista que regulação do mesmo visa respeitar a vontade do paciente quanto à sua vida, e oferecer-lhe o direito de manifestar seus desejos para o que entende de uma vida digna, e influi na aplicação imediata do princípio constitucional de proteção da dignidade da pessoa humana.

Cabe aqui destacar a relação intrínseca entre o princípio da dignidade e o princípio da autonomia, já que a autonomia é entendida como a faculdade de determinar a si mesmo, um atributo que apenas os seres racionais possuem.

Autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade, tal como vista pelo pensamento jurídico moderno. Essa autonomia significa o poder do sujeito de auto regulamentar seus próprios interesses, de “autogoverno de sua esfera jurídica”, e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade. Ela importa o reconhecimento de que cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isto não implique lesão a direitos alheios (ROCHA, 2013, p. 313).

Sendo assim, fica entendida essa autonomia no âmbito das relações existenciais, tais como nas decisões sobre os tratamentos terapêuticos que deseja ou não receber. Nesse contexto, identificada a dignidade da pessoa humana com a autonomia e a habilidade humana de autodeterminação, traz a discussão acerca da bioética envolvendo a terminalidade da vida.

E por fim, o diálogo das fontes que consiste na complementação das normas mesmo que de ramos diferentes, com o objetivo de ter uma visão unitária do ordenamento jurídico, tendo em vista que se vive um momento de criação de muitas

normas jurídicas, que deixa até mesmo o aplicador do direito desnorteado.

A essência da teoria é que as normas não se excluem – supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos – mas se complementam (TARTUCE, 2016, p. 65)

Assim, resta claro que o Código Civil contemporâneo, que cuida acerca dos direitos da personalidade e que estão intrinsecamente ligados ao direito do paciente de escolher os cuidados e tratamentos que deseja ou não receber em fase terminal, não é interpretado como outrora, mas, a sua interpretação é feita à luz da Constituição Federal de 1988 que tem como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana (art.1º,III da CF) e a autonomia (art.5ª, III da CF).

O direito à vida é direito fundamental assegurado pela Constituição, e muitos doutrinadores tem a vida como o pressuposto e fundamento maior de todos os demais direitos, assim confere valor inestimável a vida, pois sem ela não haveria como aplicar os demais direitos e nem mesmo a necessidade de uma configuração estatal. Dessa forma, como direito fundamental de primeira dimensão pressupõe sobremaneira atitudes abstencionistas por parte do Estado como também da comunidade. Nesse sentido que se dá o dever de respeito à vida, cuja sua natureza jurídica contempla sua eficácia *erga omnes* (DINIZ, 2017, p. 46).

Com o advento do Estado democrático de direito e do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental constitucional, a vida passou a ser vista em uma dimensão transcendente ao seu aspecto biológico, conforme o entendimento de Silva:

Vida, no texto constitucional, não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida (SILVA, 2009, p. 197).

Assim, combinado o princípio da dignidade da pessoa humana ao da autonomia privada surgem condições para que o indivíduo possa realizar livremente suas escolhas dentro da legalidade, sem submeter a uma orientação de terceiro que seja contrária à sua:

Não cabe ao Estado, a qualquer seita religiosa ou instituição comunitária, à coletividade ou mesmo à Constituição estabelecer os fins que cada pessoa humana deve perseguir, os valores e crenças que deve professar, o modo como deve orientar sua vida, os caminhos que deve trilhar. Compete a cada homem ou mulher determinar os rumos de sua existência, de acordo com suas preferências subjetivas, respeitando as escolhas feitas por seus semelhantes. Esta é uma ideia central ao Humanismo e ao Direito Moderno: a ideia da autonomia privada, que, como se salientou acima,

constitui uma das dimensões fundamentais da noção de dignidade (ROCHA, 2013, p. 333).

Percebe-se aqui que os aspectos jurídicos que envolvem a necessidade de regulamentação do instituto encontram-se em torno do respeito ao princípio da autonomia privada, que encontra previsão no art. 15 Código Civil de 2002, quando dispõe que “ninguém poderá ser constrangido a submeter-se com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. E em torno da proteção do princípio da dignidade da pessoa humana que se encontra no rol dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise do presente trabalho, percebe-se que o instituto da declaração prévia de vontade juntamente com as demais modalidades de diretivas antecipadas serão objeto de grande discussão na seara jurídica, enquanto o legislador não atentar para a necessidade de regulação por meio de lei.

Cabe mencionar que os aspectos jurídicos que envolvem a necessidade de regulação do tema não podem passar despercebidos, pois, em todo o estudo realizado, verifica-se que se trata a respeito de dois princípios de extrema importância, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e a autonomia privada.

O indivíduo quando capaz, como sustenta a resolução nº 1995/2012 deve ter sua vontade respeitada, tendo em vista estar em pleno gozo de suas faculdades mentais, e assim pode decidir sobre os tratamentos que deseja receber ou não quando vier a se encontrar incapaz para exprimir sua vontade.

Além disso, com as mudanças advindas do novo Estatuto da Pessoa Deficiente, onde a listagem de pessoas taxadas

como relativamente e absolutamente incapaz sofreu grandes mudanças, necessário é que se regule o tema em debate o mais rápido possível, no intuito de delimitar quem pode realizar a declaração prévia de vontade.

Muito se discute que a declaração prévia de vontade seria a formalização da eutanásia, que é proibida em nosso ordenamento. Porém, ao se estudar detalhadamente o instituto, percebe-se que se trata de um documento pelo qual se procederá com a ortotanásia, que vem sendo aceita em nosso entendimento jurisprudencial pátrio.

A ortotanásia consiste na morte ao seu tempo, etimologicamente a palavra significa morte correta, em que *orto* = certo e *thanatos* = morte, situação que o médico respeitando a vontade do paciente retém os tratamentos extraordinários que somente trariam mais desconforto e sofrimento ao doente sem nenhuma melhoria para o mesmo.

Assim, a declaração prévia de vontade funciona como um meio de validade das disposições do paciente sobre os tratamentos aos quais seria submetido ou não, o que respeitaria a vontade do indivíduo, e de quebra, resguardaria os profissionais da saúde de qualquer responsabilidade quando seguissem os desejos do paciente.

Ao realizar análise da Resolução nº1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, verifica-se a tentativa do órgão regulador das condutas do profissional da medicina, de disciplinar a relação médico-paciente, estabelecendo o respeito mútuo que deve haver entre estes. O próprio Código de Ética estabelece que o profissional deve respeitar a vontade do seu paciente, devendo deixar o indivíduo ciente de seu caso.

Desse modo, se até mesmo a classe médica entendeu pela regulação do tema do presente estudo, entende-se que a relação médico-paciente com o tempo passou por várias transformações, e o direito deve se adequar às mudanças que

ocorrem na sociedade, tendo em vista que o mesmo é regulador de fatos, e estes são dinâmicos.

Vale ressaltar, que os direitos que necessitam de regulação são direitos inerentes ao indivíduo, do qual ele não pode renunciar. Existem regulações para as espécies de condutas do indivíduo, mas quando se trata sobre sua própria vida, o mesmo se vê limitado.

Por fim, e não menos importante, o paralelo realizado no presente estudo, sobre a aplicação das diretivas antecipadas em outros países, em que perceberam a necessidade de regulação do instituto, demonstra que a sociedade caminha cada vez mais no interesse de poder exercer seus direitos assegurados por princípios constitucionais no que tange ao direito à vida e à morte.

No Brasil como abordado o tema ainda se encontra tímido e com poucos julgados a respeito, mas o judiciário quando da negação dos pedidos da Ação Civil Pública que tentou impedir os efeitos da resolução do Conselho Federal de Medicina, esclareceu em sentença que as diretivas não caracterizam nenhum ilícito em nosso ordenamento.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cristiane Avancini et al. Diretivas Antecipadas de Vontade: Um novo desafio para relação médico paciente. **Hcpa**, Porto Alegre, v. 32, n. 3, p.358-361, 09 out. 2012. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/hcpa/article/view/33981/22041>. Acesso em: 10 jan. 2018.

ARGENTINA. **Lei nº 26.742, de 24 de maio de 2012**. Modificase la Ley N° 26.529 que estableció los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la Salud. **Lei**. Argentina, 24 maio 2012. Disponível em: [http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/ane-](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/ane)

xos/195000-199999/197859/norma.htm. Acesso em: 05 jan. 2018.

ASSUMPÇÃO, Vínicius de Souza. **DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE**: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida. 2014. 162 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16604/1/DISSERTAÇÃO INTEGRAL.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2014.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Campinas: Red Livros, 2000.

BRASIL. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Lei Nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Brasília, 06 jul. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 08 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. **Lei**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 08 jan. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70065995078**. FUNDACAO HOSPITAL CENTENARIO. JOSE MARCOS FREITAS DE SOUZA. Relator: Juiz Sergio Luiz Grassi Beck. Porto Alegre, RS, 03 de setembro de 2015. Agravo 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. Porto Alegre, Dis-

ponível em:

http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justiça&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70065995078&num_processo=70065995078&codEmenta=6464621++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF8&site=ementario&access=p&oe=UTF8&numProcesso=70065995078&comarca=Comarca de São Leopoldo&dtJulg=03/09/2015&relator=Sergio Luiz Grassi Beck&aba=juris. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70042509562**. ASSOCIAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS DO ERGS – AFPERGS. GILBERTO OLIVEIRA DE FREITAS. Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa. Porto Alegre, RS, 01 de junho de 2011. Constitucional. Manutença Artificial de Vida. Dignidade da Pessoa Humana. Paciente, Atualmente, Sem Condições de Manifestar Sua Vontade. Respeito Ao Desejo Antes Manifestado. Rio Grande do Sul, 01 jun. 2011. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justiça&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70042509562&num_processo=70042509562&codEmenta=4200429++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF8&site=ementario&access=p&oe=UTF8&numProcesso=70042509562&comarca=Porto Alegre&dtJulg=01/06/2011&relator=Armínio José Abreu Lima da Rosa&aba=juris. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação nº 70054988266**. MINISTERIO PUBLICO. JOAO CARLOS

FERREIRA. Relator: Juiz Irineu Mariani. Porto Alegre, RS, 20 de novembro de 2013. Apelação Cível. Assistência à Saúde. Biodireito. Ortotanásia. Testamento Vital. Porto Alegre, 20 nov. 2013. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=-cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justiça&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70054988266&num_processo=70054988266&codEmenta=5557320++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF8&site=ementario&access=p&oe=UTF8&numProcesso=70054988266&comarca=Viamão&dtJulg=20/11/2013&relator=Irineu+Mariani&aba=juris. Acesso em: 12 nov. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **RESOLUÇÃO**

Nº1995/2012: Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília: Diário Oficial da União, 2012. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 07 jan. 2018.

DADALTO, Luciana. História do Testamento vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. **Mirabilia: Medicinae**, p. 25-26, jun. 2015. Disponível em: <http://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018

DINIZ, Maria Helena. **O ESTADO ATUAL DO BIODIREITO**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

ESPANHA. **Lei nº 41/2002, de 14 de novembro de 2002**. LEY 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. **Lei**. Espanha, 15 nov.

2002. Disponível em: http://www.msssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/transparencia/ley_autonomia_paciente.pdf. Acesso em: 05 jan. 2018.

GODINHO, Adriano Marcelete. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, [S. L.], p.956-957, jan. 2012. Disponível em: http://www.academia.edu/2576044/Diretivas_antecipadas_de_vontade_testamento_vital_mandato_duradouro_e_sua_admissibilidade_no_ordenamento_brasileiro. Acesso em: 15 dez. 2017.

PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração Prévia de Vontade do Paciente Terminal**. 2009. 185 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PenalvaLD_1.pdf. Acesso em: 09 jan. 2018.

PORTUGAL. **Lei nº 25/2012, de 16 de julho de 2012**. Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV). **Lei**. Portugal, 16 jul. 2012. p. 3728-3730. Disponível em: <https://dre.pt/application/dir/pdf1s/2012/07/13600/0372803730.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2018.

ROCHA, Bárbara Rodrigues da. AUTONOMIA EM FACE DO DIREITO DE MORRER: UMA ABORDAGEM DO TESTAMENTO VITAL NO DIREITO BRASILEIRO. **CONPEDI**, Curitiba, p.313-333, 29 maio 2013. Semestral. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b3f445b0ff5a783e>.

Acesso em: 15 jan. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2016.

URUGUAI. **Decreto nº 385/013, de 10 de dezembro de 2013**. REGLAMENTACION DE LA LEY 18.473, REFERENTE A LA REGULACION DE VOLUNTAD ANTICIPADA EN TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS MEDICOS QUE PROLONGUEN LA VIDA EN CASOS TERMINALES. **Lei**. Uruguai, 10 dez. 2013. Disponível em: <http://www.impo.com.uy/bases/decretos/385-2013>. Acesso em: 05 jan. 2018.

Recebido em | 15/06/2018

Aprovado em | 19/11/2018

Revisão Português/Inglês | Aline Borges da Silva

SOBRE OS AUTORES

DENISSON GONÇALVES CHAVES

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Bacharel em Direito pela UFMA. Professor na UFMA. Professor na Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA). Professor na Faculdade de Imperatriz (FACIMP). Pesquisador no Grupo de Pesquisa Cultura, Direito e Sociedade. Coordenador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI) E-mail: denissongoncalves@gmail.com.

SYRLLANA COSTA PINHEIRO

Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). E-mail: syrllanacosta@gmail.com.

THIAGO VALE PESTANA

Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Mestre em Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade do Vale do Taquari (UNIVATES). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA) E-mail: thiagopestana@hotmail.com.