

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

ANA LAURA TEIXEIRA MARTELLI THEODORO

**Diretivas antecipadas de vontade: uma abordagem teórica acerca de sua força
vinculante**

São Paulo
2021

ANA LAURA TEIXEIRA MARTELLI THEODORO

**Diretivas antecipadas de vontade: uma abordagem teórica acerca de sua força
vinculante**

Versão Original

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito.

Área de Concentração: Direito Civil

Orientador: Professor Titular Doutor Nestor Duarte.

São Paulo
2021

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Martelli Theodoro, Ana Laura Teixeira

Diretivas Antecipadas de Vontade: Uma abordagem teórica acerca de sua força vinculante. ; Ana Laura Teixeira Martelli Theodoro ; orientador Nestor Duarte -- São Paulo, 2021.

202

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

1. Diretivas Antecipadas de vontade. 2. Força vinculatória. 3. Diretivas antecipadas: negócio jurídico. 4. Quebra das diretivas antecipadas. 5. Responsabilidade civil pelo descumprimento. I. Duarte, Nestor, orient. II. Título.

Nome: MARTELLI THEODORO, Ana Laura Teixeira.

Título: Diretivas Antecipadas de Vontade: Uma abordagem teórica acerca de sua força vinculante.

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

A Deus,
Aos meus pais,
Ao meu marido,
Ao meu filho,
A mim.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, arquiteto do Universo, que me amou primeiro e sempre esteve presente em todos os momentos da minha vida, sustentando-me, fortalecendo-me e guardando-me durante todo o tempo.

Aos meus pais, que mesmo em suas simplicidades e sem muitos recursos financeiros, sempre demonstraram às filhas a importância dos estudos e despertaram o amor pelos livros. Nunca deixaram faltar o que realmente importa: amor, presença e apoio. Por todas as vezes que foram meus sustentáculos em meio às lágrimas, cansaço, medo e desânimo e meu real motivo pelas batalhas superadas e lutas vencidas. Minha grande rede de apoio para a realização desse sonho que não é somente meu, mas nosso.

Ao meu sobrinho, meu filho do coração a quem eu amo muito e quero o bem e à minha irmã, que nesses dias difíceis de pandemia tem superado seus limites físicos e psicológicos na linha de frente de uma dolorosa batalha.

Ao meu marido e filho. Meu marido que sempre esteve presente, desde a defesa na monografia de graduação, provas, seleção de mestrado e defesa de dissertação. Esforço para o ingresso no doutorado, provas, qualificação, desenvolvimento do trabalho e agora a defesa. Somos um. Amor, paciência, cumplicidade e amizade. Meu filho, a expressão de que amor dói, abraço cura, olhar acalma.

Aos meus amigos e minhas amigas, que compreenderam as ausências e emprestaram os ombros quando necessário.

À instituição Toledo Prudente, que faz parte da minha história acadêmica, profissional e pessoal. Lá aprendi não apenas o Direito, mas valores importantes à formação do ser humano, construí amizades verdadeiras e vivo em constante aprendizagem. Ao professor Sérgio que me enveredou para a área acadêmica, sempre apoiou, aconselhou e sempre esteve presente. Ao professor Gesse, por sempre ter acreditado em mim.

À Universidade Estadual de Londrina e aos professores tão queridos e competentes que tive, sempre a terei como minha casa.

À Universidade de São Paulo e aos grandes professores, por terem me proporcionado uma experiência ímpar e alargado meus horizontes. À minha querida e eterna inspiração, Professora Giselda Hironaka, pelos ensinamentos, acolhimento e direcionamento.

Ao meu querido orientador, sempre presente e atencioso, que me auxiliou de forma protagonista na elaboração deste trabalho. Sou muito agraciada por tê-lo como orientador.

À minha banca examinadora, pela dispensação de tempo e pelas contribuições que certamente serão apresentadas.

“Foi para a liberdade que Cristo nos libertou. Portanto, permaneçam firmes e não se deixem submeter novamente a um jugo de escravidão.” (Gálatas 5:1)

“Minha luta diária é para ser reconhecida como sujeito, impor minha existência numa sociedade que insiste em negá-la.”
(Djamila Ribeiro)

RESUMO

MARTELLI THEODORO, Ana Laura Teixeira. **Diretivas antecipadas de vontade**: uma abordagem teórica acerca de sua força vinculante. 2021. 202 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

A proposta do presente estudo consistiu na análise teórica de questões atinentes às diretivas antecipadas de vontade (DVA) e partiu de seu fundamento jurídico, especialmente a tutela constitucional da pessoa humana e a influência da construção do consentimento informado para as relações médico-paciente e seus reflexos nas decisões para finais de vida. Considerações históricas a respeito de seu surgimento e a experiência estrangeira na disciplina legislativa também contribuíram para o desenvolvimento da tese, particularmente o tratamento normativo em países como França, Espanha, Itália, Portugal e Estados Unidos da América, da mesma maneira que a ausência de disciplina legislativa no Brasil foi abordada. Na sequência, o estudo ocupou-se da análise das diretivas antecipadas de vontade à luz da teoria do negócio jurídico. Isto porque a tese tinha como objetivo investigar se a ausência de disciplina legislativa específica repercutiria na força vinculante e efetividade dessas diretrizes para o fim da vida. Ao apreciá-las no âmbito dos regulamentos dos negócios jurídicos, pode-se extrair um conceito de diretivas, elencar seus elementos essenciais: capacidade do declarante, declaração de vontade sem defeitos e idoneidade do objeto. Tomando-se por base as normas cogentes limitadoras existentes para o tema, definiu-se o cabimento dessa manifestação de vontade e foram realizadas algumas definições teóricas pertinentes, tais como morte, eutanásia, suicídio assistido, ortotanásia, distanásia, paciente terminal e cuidados paliativos para, em ato contínuo, construir o objeto do conteúdo das diretivas, aquilo que se pode ou não incluir em suas cláusulas, bem como estabelecer critérios de interpretação desse negócio jurídico unilateral. Após realização da adequação das diretivas antecipadas de vontade na categoria jurídica negocial, passou-se a apreciar as hipóteses de seu inadimplemento e as consequências de sua inobservância. Ao se considerar o inadimplemento por causas imputáveis ao destinatário, mormente o médico, foram identificados os pressupostos para sua responsabilização tanto na esfera penal, quanto administrativa e também civilmente. No âmbito de responsabilização civil, além dos pressupostos para a responsabilidade, foi objeto de estudo a questão da transmissibilidade por direito hereditário do direito ao crédito, inclusive daqueles decorrentes de violação de direitos existenciais. Por fim, foram apreciadas as hipóteses de concorrência dos familiares para a inobservância das diretivas previamente elaboradas pelo paciente e apontou-se a importância da participação desses familiares no processo de elaboração e confecção desse instrumento como forma de reduzir as chances de inobservância da vontade por influência dos familiares. Para tanto, foram utilizadas pesquisas doutrinárias, autores nacionais e estrangeiros, análises de legislação nacional e estrangeira e jurisprudência brasileira e internacional.

Palavras-chave: Diretivas antecipadas de vontade. Conteúdo das diretivas. Força vinculatória. Violação ao direito de autodeterminação.

ABSTRACT

MARTELLI THEODORO, Ana Laura Teixeira. **Advanced Healthcare Directives: A theoretical approach about their binding force.** 2021. 202 f. Thesis (Doctoral in Law) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2021.

The proposal of this study consisted in the theoretical analysis of questions related to the advanced healthcare directives and it started from its legal basis, especially about the constitutional protection of the human person and the influence of construction of the informed consent for the patient-physician relationship and their impacts in the final life decisions. Historical considerations concerning of its appearance and the foreign experience on the legislative discipline that also contributed to the development of this thesis, particularly the legislation in countries as France, Spain, Italy, Portugal and United States of America in the same way that the absence of this legislation on Brazil was approached. Subsequently, the study took care of the advanced directives analysis according to the contracts theory. That is because the thesis had as objective to investigate if the absence of specific legislation would prejudice the binding force and effectiveness of these directives to the end of life. In assessing them in within the legal business regulation, we can extract a directive concept, and we can list their essential aspects: the declarant competence, declaration of will without defects and suitability of the object. From the binding limited norms to this theme, it was defined the place of this demonstration of will and it realized some theoretical pertinent definitions, such as death, euthanasia, assisted suicide, orthothanasia, dysthanasia, terminally ill patient and palliative cares and then to build the matter object of the directives, what it can or cannot be included in the clauses, also to establish interpretation requirements of this one-sided legal act. After achieving the advanced healthcare directives in the category of legal business, it started to value the hypothesis of their default and the consequences for infringing them. When we consider the default caused by the recipient, especially the physician, we identified the prerequisites for its liability in the criminal sphere, as much in the administrative and civil. Considering the civil liability, beyond the prerequisites for the liability, it was the object of the study the question about the transfer by hereditary right of the credit entitlement, moreover, to that ones that occurred by violation of existential rights. Finally, we valued the hypothesis of relatives competition for infringing the anticipated directives previously developed by the patient and it was pointed the importance of these relatives collaboration in the process of elaborating and making this instrument as a way of reducing the chances of infringement of the will due to the relatives influence. For this purpose, it was based on doctrinaire researches, national and international authors, analysis of national and foreign legislation and Brazilian and international jurisprudence.

Keywords: Advanced Healthcare Directives. Directives content. Binding force. Violation to the right of selfdetermination.

RIASSUNTO

MARTELLI THEODORO, Ana Laura Teixeira. **Direttive anticipate di volontà: un approccio teorico sulla sua forza vincolante.** 2021. 202 f. Tesi (Dottorato in Diritto) – Facoltà di Giurisprudenza, Università di São Paulo, São Paulo, 2021.

Lo scopo del presente studio è consistito in un'analisi teorica di questioni attinenti alle direttive anticipate di volontà e è partito dalla sua base giuridica, specialmente la tutela costituzionale della persona umana e l'influenza della costruzione del consenso informato per i rapporti medico-paziente e i loro riflessi alle decisioni per la fine della vita. Considerazioni storiche riguardanti la sua nascita e l'esperienza straniera nella disciplina legislativa hanno anche contribuito allo sviluppo della tesi, in particolare il trattamento normativo in paesi come Francia, Spagna, Italia, Portogallo e Stati Uniti d'America allo stesso modo dell'assenza di disciplina legislativa in Brasile è stata affrontata. Successivamente, lo studio si è occupato dell'analisi delle direttive anticipate di volontà alla luce della teoria del negozio giuridico. Questo perché la tesi si proponeva di indagare se l'assenza di una specifica disciplina legislativa avrebbe avuto un impatto sulla forza vincolante e sull'efficacia di queste linee guida per la fine della vita. Apprezzandole nell'ambito dei regolamenti dei negozi giuridici, si può estrarre un concetto di direttive, elencare i suoi elementi essenziali: capacità del dichiarante, dichiarazione di volontà senza vizi e idoneità dell'oggetto. A partire dalle norme cogenti esistenti per il tema, è stata definita l'adeguatezza di questa manifestazione di volontà e sono state realizzate alcune definizioni teoriche pertinenti, come morte, eutanasia, suicidio assistito, ortotanasia, distanasia, paziente terminale e cure palliative per costruire in continuazione l'oggetto del contenuto delle direttive, cosa può o non può essere incluso nelle sue clausole, nonché stabilire criteri per l'interpretazione di questo negozio giuridico unilaterale. Dopo la realizzazione dell'adeguatezza delle direttive anticipate di volontà nella categoria dei negozi giuridici, si è cominciato a apprezzare le ipotesi di un suo inadempimento e le conseguenze della sua inadempienza. Nel considerare l'inadempienza per cause imputabili al destinatario, in particolare al medico, sono state identificate le ipotesi per la sua responsabilità sia in ambito penale, sia amministrativo che civile. Nell'ambito della responsabilità civile, oltre alle ipotesi di responsabilità, è stato studiato il tema della trasferibilità per diritto ereditario al credito, comprese quelle derivanti da violazioni dei diritti essenziali. Infine, sono state apprezzate le ipotesi di concorrenza dei familiari per l'inosservanza delle direttive precedentemente elaborate dal paziente ed è stata evidenziata l'importanza della partecipazione di questi familiari al processo di elaborazione e realizzazione di tale strumento come modalità di ridurre le possibilità di inosservanza della volontà dall'influenza dei familiari. Per questo, sono state utilizzate ricerche dottrinali, autori nazionali e stranieri, analisi della legislazione nazionale e straniera e giurisprudenza brasiliana e internazionale.

Parole chiave: Direttive anticipate di volontà. Contenuto delle direttive. Forza vincolante. Violazione del diritto all'autodeterminazione.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP	- <i>Advanced Care Planning</i> (Planejamento Antecipado do Cuidado)
AVC	- Acidente Vascular Cerebral
CCB	- Código Civil Brasileiro
CDC	- Código de Defesa do Consumidor
CEM	- Código de Ética Médica
CENSEC	- Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados
CF	- Constituição da República Federativa do Brasil
CFM	- Conselho Federal de Medicina
CNECV	- Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
Creneb	- Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia
DAV	- Diretivas antecipadas de vontade
FM/USP	- Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo
LF	- Lei Fundamental
MP	- Ministério Público
POLST	- <i>Physician Orders for Life-Sustaining Treatment</i>
RCP	- Ressuscitação cardiopulmonar
SIDA	- Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
SUS	- Sistema Único de Saúde
UNESCO	- Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
UTI	- Unidade de Tratamento Intensivo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	FUNDAMENTOS DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	19
2.1	A Proteção Constitucional à Pessoa	19
2.2	Considerações introdutórias sobre as diretivas antecipadas de vontade (DAV)	29
2.3	Evolução histórica das diretivas antecipadas de vontade	36
2.4	Das Modalidades de Diretivas Antecipadas de Vontade	40
2.5	A experiência estrangeira acerca das diretivas antecipadas de vontade	46
2.6	As diretivas antecipadas no Brasil	57
3	DIRETIVAS ANTECIPADAS E A TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO	62
3.1	Diretivas antecipadas: negócio jurídico ou ato jurídico em sentido estrito? Requisitos de existência, validade e eficácia	62
3.1.1	Capacidade do declarante	67
3.1.2	Declaração de vontade sem defeitos	74
3.1.3	Idoneidade do objeto	79
3.2	O cabimento das diretivas antecipadas e definições teóricas pertinentes: morte, eutanásia, suicídio assistido, ortotanásia e cuidados paliativos	82
3.3	O conteúdo das diretivas antecipadas de vontade e sua interpretação	99
4	O DESCUMPRIMENTO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	121
4.1	Noções de cumprimento: o cumprimento e o princípio da boa-fé	121
4.2	Consequências do descumprimento por fatos imputáveis ao destinatário da declaração	126
4.2.1	Responsabilidade penal e administrativa	129
4.2.2	Responsabilidade civil do médico, procurador para cuidados de saúde e familiares	141
5	CONCLUSÃO	178
	REFERÊNCIAS	187

1 INTRODUÇÃO

Os cuidados de saúde, cercados pelo desenvolvimento de novas tecnologias e ciências médicas, possibilitaram o oferecimento de uma vida mais longa, entretanto, em muitos casos, sem preservar sua qualidade. Isto é evidenciado nos casos de emprego desproporcional de meios de tratamento de doentes terminais, por exemplo, obstinação terapêutica ou distanásia.

Ocorre que, após os eventos com experimentos humanos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial, tornou-se necessária uma discussão a respeito do consentimento do paciente antes da realização de procedimentos médicos e/ou tratamentos, o que adquiriu *status* de norma jurídica. Antes disso, prevalecia a relação verticalizada entre médico e paciente, e aquele era concebido como o titular de todo o conhecimento para o exercício de seu *mister*. Sob nova ótica, ganhou importância a discussão em derredor da autonomia e do consentimento do paciente e à sua volta inúmeras hipóteses, especialmente aquelas relativas ao fim da vida, mormente quando o doente já não tem condições de exprimir sua vontade.

O avanço dos meios tecnológicos possibilitou o prolongamento da vida humana e, em alguns casos, a morte é uma questão de escolha. Todavia, este prolongamento não significa necessariamente qualidade de vida, pois em muitos casos ocorre uma simples preservação dos sinais vitais do paciente, que acaba, por vezes, em encompridar a dor e o sofrimento ao doente terminal com condições indignas de vida.

Emerge inevitavelmente o debate a respeito da separação entre a existência de sinais de vida e a existência de personalidade, de vida digna. Em dias atuais, permissível a sustentação de que as novas possibilidades científicas acarretaram o deslocamento no âmbito da filosofia moral que embasa a bioética, do realce da santificação da vida humana para o destaque na disponibilidade da vida biológica, compreendida esta como simples suporte fenomênico daquela¹.

A consagração da teoria vitalista da santidade da vida, no dizer de Fernando Araújo, avoca ao menos três problemas jurídicos:

O primeiro, o problema da autonomia, da necessidade de determinação da vontade real ou presumida que pode associar-se a uma vida biológica “sem qualidade”; o segundo, o conflito de interesses, o da repercussão do prolongamento de uma mera vida biológica sobre a esfera de liberdade dos outros, sobre a sua capacidade econômica, sobre o seu sofrimento, sobre a própria qualidade de sua experiência de vida; o terceiro, o da racionalidade econômica, o da necessidade de coadunar a solução justa com a solução possível, dada a escassez de recursos capazes de

¹ ARAÚJO, Fernando. **A procriação assistida e o problema da santidade da vida**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 116.

sustentarem uma mera vida biológica – escassez de camas, de remédios, de máquinas, de pessoal, não devendo todavia perder-se de vista que é o grau de progresso tecnológico que condiciona, e pode aumentar, o grau de disponibilidade de recursos.²

Assim, partindo-se da premissa da superação da teoria vitalista da santidade da vida, permitindo-se certa autonomia em relação à disponibilidade da vida biológica, quando despida de qualidade de experiência de vida e com sofrimento, delibera-se a respeito da autonomia do indivíduo a definir antecipadamente sobre situação futura de convalescência em que não poderá exprimir sua vontade.

Neste cenário surgem as diretivas antecipadas de vontade, podendo se apresentar sob a forma de um documento escrito em que o próprio declarante constitui diretrizes para situações de fim de vida ou na modalidade de constituição de um mandato duradouro com a indicação de procurador de cuidados de saúde. A primeira modalidade pode ser conceituada como um documento escrito no qual uma pessoa dispõe acerca da sua vontade quanto aos cuidados médicos que pretende receber ou não receber, caso perca a capacidade de exprimir os seus desejos, ou esteja em tal estado de incapacidade que não possa decidir por si.

De outra banda, encontra-se o mandato duradouro a fim de constituir o procurador para cuidados de saúde, consistente no representante eleito pelo paciente à ocasião em que se encontrava de posse de suas capacidades intelectuais e volitivas, no intuito de legitimá-lo para a tomada de decisões necessárias em matéria de saúde quando o outorgante deparar-se com a impossibilidade de expressar sua vontade.

Em termos históricos, a primeira diretiva antecipada de vontade foi originária nos EUA, pela *Euthanasia Society of America*, em 1967, no entanto, a denominação *Living Wills* foi utilizada somente em 1969 em artigo científico produzido pelo advogado e defensor de direitos humanos Luis Kutner. Em termos de legislação, o estado da Califórnia foi precursor ao legalizá-la em 1976, até se chegar ao ano de 1997, com todos os estados americanos disciplinando de alguma forma o estatuto das diretivas antecipadas, em especial o mandato duradouro. Desde então, neste país, há crescentes debates sobre o consentimento e a autonomia do paciente, com surgimento de novos instrumentos que indicam antecipadamente, ou ao menos se aproximam o máximo possível da vontade do enfermo, tais como o *Advance Medical Care Directiva*, *Value History* e *Combine Directive*.

Na década de 90, alguns países europeus instituíram legislação sobre o tema, entre eles Finlândia, Holanda, Bélgica e Hungria. Em 2002, a França disciplinou a relação médico-

² ARAÚJO, 1999, p. 122-123.

paciente, destacando a importância da participação do paciente nas decisões médicas, incrementada em 2005 com a previsão dessa manifestação por intermédio das diretivas antecipadas de vontade (DAV), até se chegar a 2016 com edição de lei que disciplina os direitos de pessoa em fim de vida e alterando o Código Civil Francês, com o propósito de incluir as DAV. Portugal, por sua vez, iniciou o debate legislativo em 2006, sendo a respectiva legislação aprovada apenas em 2012.

No direito brasileiro o que existe é uma resolução do Conselho Federal de Medicina – Resolução CFM 1995/2012, que disciplina as diretivas antecipadas de vontade. No entanto, por ser norma expedida no âmbito do poder disciplinar do Conselho de Classe vincula apenas os profissionais a ela subordinados. A dita resolução foi objeto de discussão na Ação Civil Pública nº 0001039-86.2013.4.01.3500, proposta pelo Ministério Público do Estado de Goiás, em que se questionava sua constitucionalidade, no entanto, o pronunciamento judicial reconheceu sua conformidade com os preceitos constitucionais.

Portanto, no Brasil, em que pese a existência desse pronunciamento de reconhecimento da conformidade da resolução com a ordem judicial, inexistente disciplina legislativa específica a respeito das diretivas antecipadas de vontade. Essa situação, além de implicar discussões concernentes à formalização dessas diretivas e seu conteúdo, demanda especial atenção à sua força vinculante e às consequências do incumprimento das disposições deixadas pelo doente a serem observadas em uma situação em que não possa exprimir sua vontade.

O debate a respeito da força vinculante e as consequências do incumprimento das diretivas se fazem pertinentes ao passo que fortalecerá o instituto de modo a conferir maior segurança ao paciente de que sua vontade será observada caso não possa exprimi-la.

Isto porque, no atual cenário, busca-se o prestígio da vontade do paciente, o reconhecimento de certa autonomia para decidir quais técnicas e tratamentos se sujeitará ou não e certamente que a insipiência sobre as consequências de sua inobservância resultará no enfraquecimento das diretivas antecipadas na sociedade brasileira, em detrimento à autonomia privada do paciente e ao direito de uma morte digna.

A manifestação da vontade de modo antecipado encontra correlação ao consentimento informado, sendo este, em muitos países, elevados à categoria de direitos fundamentais do indivíduo. A respeito do tema:

A doutrina do consentimento informado para a prática de um acto médico deriva, no ordenamento jurídico português, da protecção dos direitos especiais de personalidade: do direito à integridade físico-psíquica com o qual se relaciona o

exercício da liberdade da vontade (autodeterminação); e decorrem, antes de mais, do texto constitucional, atenta a protecção do direito à integridade pessoal prevista no art. 25º da CRP, protecção que se estende ao “desenvolvimento da personalidade”.³

Dessa forma, no direito português, como em outros países, a tutela do direito ao consentimento do paciente encontra-se inserida no campo dos direitos da personalidade do indivíduo e se relaciona com a própria dignidade da pessoa humana, ante a liberdade individual e capacidade de autodeterminação.

Entre as muitas questões que permeiam as DAV, pode-se destacar seus aspectos éticos, no sentido de que cada pessoa detém autodeterminação e que muitas vezes esses interesses conflitam com a beneficência do médico responsável pelo tratamento ou técnica.

Oliveira⁴ aponta que, “*de facto, alguns médicos têm alguma relutância em respeitar a vontade do doente anteriormente manifestada – nomeadamente na forma escrita – porque esta vontade pode questionar o melhor interesse do doente, bem como ser de discutível validade*”.

Nestes termos, dispõe o artigo 5º, do Capítulo II da Convenção de Oviedo – Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina no Conselho da Europa –, que qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. E, em seu artigo 9º, ao disciplinar a vontade anteriormente manifestada, assevera que “*A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta*”⁵.

No Brasil, a resolução do Conselho Federal de Medicina que trata sobre o assunto, afirma que as diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares (art. 2º, § 3º), no entanto, prevê que o médico somente deixará de levar em consideração tais diretivas se porventura estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código da Ética Médica (§2º).

Conjuntamente a esses elementos que podem ser deliberados em sede de diretivas antecipadas está a análise daquilo que ocasionalmente pode contrariar os preceitos estipulados

³ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente. Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 49-51.

⁴ OLIVEIRA, Mariana Bandeira de. **Diretivas antecipadas de vontade**: muitas questões e ainda mais respostas. 2014. Dissertação (Mestrado Integrado em Medicina) - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. p. 9. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/37296/1/Diretivas%20antecipadas%20de%20vontade%20muitas%20questoes%20e%20ainda%20mais%20respostas.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.

⁵ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina**. Oviedo, Astúrias, 04 abr. 1997. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/16.htm>. Acesso em: 27 abr. 2020.

no Código de Ética Médica. Afora o conteúdo e sua pretensa contrariedade ao Código de Ética Médica, importa destacar, ainda, a questão da atualidade da vontade do paciente.

Relativamente ao mandato duradouro, apesar de revelar algumas circunstâncias mais favoráveis à declaração de autonomia corporal, tais como sua possível falta de atualidade, quer em relação à vontade contemporânea do paciente, quer nas questões relativas ao surgimento de novas técnicas, há a demanda de quem pode ser constituído procurador dos cuidados de saúde e, em havendo coexistência entre a declaração de autonomia corporal e mandato duradouro, qual deve prevalecer.

Não é inédita a possibilidade de terceiras pessoas tomarem decisões em nome do doente. Afinal, é o que acaba por suceder com os incapazes, caso em que a decisão transita para os seus representantes legais, em regra os familiares. Sucede, porém, que as pessoas que nos estão ligadas biologicamente não são necessariamente aquelas que melhor nos conhecem, e podem inclusivamente sufragar valores totalmente contraditórios com os nossos. Este perigo está em princípio arredado no caso do Procurador de Cuidados de Saúde em virtude das particularidades da sua escolha.⁶

Como se denota, as diretivas antecipadas de vontade suscitam inúmeras hipóteses. Em diversos países existe a disciplina legislativa ao tema, conforme já citado em notas anteriores. Contudo, no Brasil, a situação é agravada em razão da ausência dessa disciplina, havendo apenas uma resolução do Conselho de Classe de profissionais da medicina. E, ainda assim, tal resolução é alvo de diversas críticas ante as impropriedades técnicas trazidas em seu bojo.

Essa ausência de disciplina legislativa agrava ainda mais as questões levantadas, gerando incertezas, insegurança e enfraquecimento das diretivas; por conseguinte, em muitos casos, gera a inobservância da autonomia e autodeterminação do paciente, em face do receio por parte da equipe médica de responsabilização, inclusive penal.

Entretantes, não se pode olvidar que as diretivas antecipadas de vontade já são realidade brasileira e sua discussão ganhou maior destaque na atual realidade pandêmica. Alguns dados estatísticos, demonstram que no âmbito de Estado de São Paulo, em 2008 foram registradas 35 (trinta e cinco) diretivas, saltando para 232 (duzentos e trinta e dois) no ano de 2012, havendo o maior número em 2015 com 731 (setecentos e trinta e um) registro e 549 (quinhentos e quarenta e nove) no ano de 2020⁷. Conforme se extrai de sua obra, Georges Ripert já advertia: “Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vingando ignorando o Direito”.

⁶ RAPOSO, Vera Lúcia. Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 125, p. 171-219, jan./mar. 2011. p. 177. Disponível em: file:///C:/Users/anh/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/0FZNEGQ8/Directivas_Antecipadas_de_Vontade_-_Em_Busca_da_Lei_Perdida.pdf. Acesso em: 06 fev. 2019.

⁷ UOL: CRESCE nº de brasileiros que registram últimos desejos em caso de doença. **Cartório Notarial do Brasil, Seção São Paulo**, 03 fev. 2021. Disponível em: <https://www.cnbsp.org.br/noticias/20646/uol-cresce-n-de-brasileiros-que-registram-ultimos-desejos-em-caso-de-doenca?filtro=1>. Acesso em: 10 mar. 2021.

Em vista disso, apesar da postura do legislador, a doutrina não pode ignorar o instituto e certamente enfrentará maiores desafios ao tratar do tema. O trabalho ocupou-se da investigação se a disciplina existente é capaz de responder aos anseios do instituto, particularmente no tange à sua força vinculante e às consequências de seu descumprimento.

Na intenção de buscar possíveis soluções às hipóteses suscitadas, o segundo capítulo desta tese debruçou-se no estudo da proteção constitucional à pessoa humana, partindo dos direitos fundamentais relacionados às DAV, da garantia ao direito de autodeterminação do indivíduo, bem como a postura estatal diante dessa tutela. Em segundo momento, foi abordada a evolução histórica da relação médico-paciente e o surgimento do direito/dever de consentimento informado. Nesse capítulo também houve a preocupação com a apreciação histórica das diretivas antecipadas de vontade do mesmo modo que sua disciplina em alguns países, tais como França, Itália, Espanha, Portugal e Estados Unidos da América, finalizando com a disciplina jurídica dessa matéria no direito pátrio.

Ante a ausência de disciplina legislativa específica, fez-se pertinente a análise da natureza jurídica das diretivas antecipadas de vontade, o que foi objeto do terceiro capítulo da presente tese. Assim, buscou-se definir se essa manifestação prévia de intentos para o fim de vida poderia ser enquadrada em uma das categorias jurídicas já definidas pela norma civilista vigente. Nesse sentido, partiu-se do estudo dos atos jurídicos em sentido estrito, bem como da teoria dos negócios jurídicos para identificar a natureza jurídica dessas diretrizes. Feito isso, uma vez definida sua natureza, procurou-se estabelecer os requisitos e pressupostos dessa categoria jurídica, a saber, requisitos de existência, validade e eficácia.

Na sequência, ainda no terceiro capítulo, foram apreciadas as hipóteses de cabimento das diretivas antecipadas de vontade. Para tanto, foram revisitadas algumas considerações conceituais pertinentes, tais como os critérios para definições e declaração de morte da pessoa natural, a caracterização e classificações da eutanásia e da ortotanásia, do mesmo modo que se buscou identificar as medidas que se amoldam ao conceito de cuidados paliativos e aquelas consideradas tratamentos fúteis e inúteis. Essa passagem por tais questões teóricas foram imprescindíveis para a definição do conteúdo das diretivas antecipadas, bem como o estabelecimento das hipóteses limítrofes e a construção de critérios para interpretação de suas cláusulas, na hipótese dessas diretrizes serem reveladas em documento escrito.

Por fim, no quarto capítulo empenhou-se em demonstrar a força vinculatória das diretivas antecipadas de vontade e quais as consequências da inobservância da última vontade do paciente. Esse capítulo teve como ponto de partida a noção de cumprimento, descumprimento e cumprimento defeituoso da obrigação. As consequências do

descumprimento dessa vontade por fatos imputáveis ao devedor/médico também foram objeto de estudo, destacando-se a responsabilidade penal, administrativa e cível. Concernente à responsabilidade penal, foi realizada a investigação a respeito da existência de um tipo penal que poderia configurar, em tese, a violação da vontade e o consentimento prestado antecipadamente pelo paciente.

No que toca à responsabilidade administrativa, foram identificadas a legislação disciplinar aplicada ao tema, bem como os deveres médicos previstos em estatutos de servidores públicos e no Código de Ética Médica. Assim, foram definidas as infrações e as respectivas penalidades administrativas com apresentação de algumas decisões administração exaradas no âmbito do Poder Disciplinar do Conselho de Classe.

Esse capítulo se encerra com a possibilidade de responsabilidade civil dos profissionais de saúde, mormente da classe médica. Para tanto, foi apreciado o tipo de obrigação da relação médico-paciente, se de meio ou resultado, se responsabilidade contratual ou extracontratual. Ainda nesse capítulo buscou-se identificar os eventuais danos decorrentes da inobservância das diretivas antecipadas de vontade, tanto danos materiais, quanto danos morais. Relativamente a estes últimos danos, considerando-se o contexto das diretivas antecipadas, que são elaboradas para produção de efeitos em uma situação de incapacidade de se exprimir superveniente, comumente para as hipóteses de fim de vida, não raras vezes o paciente acaba por falecer, não podendo pleitear em seu próprio nome esses danos.

Desta feita, abordou-se a natureza jurídica dos danos morais, bem como a possibilidade ou não da transmissão do crédito gerado, por conseguinte, o cabimento ou não da propositura da respectiva ação indenizatória pelos herdeiros do paciente que não teve sua vontade observada. Nesse contexto, foram analisadas as situações previstas na legislação portuguesa, o tratamento conferido pelos tribunais italianos, a viabilidade ou não dessa matéria ser objeto de ação nos tribunais norte-americanos e, por fim, foi apreciada a legislação civilista brasileira vigente e o entendimento dos tribunais pátrios.

Para a construção do presente trabalho foi utilizado o método dedutivo, mediante pesquisas em doutrina nacional e estrangeira, pesquisa jurisprudencial dos tribunais pátrios e estrangeiros e análise de estruturas jurídicas e normativas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro para categorização das diretivas antecipadas de vontade.

2 FUNDAMENTOS DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

2.1 A Proteção Constitucional à Pessoa

O corpo normativo da constituição pode ser composto por declarações, direitos e garantias, que possuem atributos e funções distintas. A primeira delas – as declarações – contempla normas relativas à Nação, assim compreendida sociedade politicamente organizada, juntamente com seus organismos estatais e respectivas autoridades. Portanto, esse conjunto de normas destinadas à Nação abrange aquelas correlatas à sua forma de organização política, bem como aos estados-membros e municípios, integrantes do Estado⁸.

Por sua vez, os direitos exprimem os atributos, as faculdades e as liberdades asseguradas aos sujeitos que integram determinado Estado. Ressalta-se que alguns desses direitos são inerentes à própria natureza do ser humano e sua previsão na norma constitucional apenas representa a positivação, ou seja, não encontram sua fonte no texto constitucional, bem como a ausência de previsão não implica sua inexistência, visto que são próprios do ser humano, portanto, preexistentes a qualquer norma. Assim, subsistem os direitos fundamentais.

Finalmente, as garantias pressupõem a disponibilização de mecanismos constitucionais que efetivem a tutela, proteção e preservação de direitos. Isto implica dizer que as garantias constituem mecanismos de segurança para a salvaguarda dos direitos públicos subjetivos, dos direitos fundamentais, previamente previstos no texto constitucional⁹.

Por conseguinte, extrai-se que os direitos expressos na norma constitucional são oponíveis tanto ao Estado quanto ao particular, suscetíveis de violação, tanto por um quanto por outro. Diferentemente, a garantia pode ser exigida apenas perante o Estado, a fim de que este, por intermédio do Poder Judiciário, confira proteção ao direito fundamental violado, bem como cesse essa violação.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, em seu artigo 5º, inciso X, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pela violação, quer de natureza patrimonial, quer extrapatrimonial desses direitos. Entretanto, ao elencar tais direitos não implica dizer que o legislador constitucional pretendeu vincular a indenização por danos morais somente a estes

⁸ CAMPOS, Germán Bidart. **Derecho Constitucional**: realidad, normatividad y justicia em el derecho constitucional. Buenos Aires: Ediar, 1968. 2 v. p. 73.

⁹ Ibid., p. 74-75.

casos. Trata-se de exemplificação e outras hipóteses não arroladas ali, também implicam o dever de indenizar por danos morais.

Pode-se verificar que a norma constitucional elencou outras situações de tutela do ser humano, que também podem ensejar violação, conseqüentemente indenização por danos morais, tais como o direito à integridade física e a vedação de tortura (art. 5º, inciso III), à incolumidade do corpo do preso (art. 5º, inciso XLIX), à inviolabilidade da casa (art. 5º, inciso XI), o sigilo da correspondência, das comunicações telefônicas e telegráficas (art. 5º, XII), à igualdade perante à lei (art. 5º, inciso I). Além disso, a própria constituição prevê que esses direitos e garantias previstos expressamente no texto constitucional são meramente exemplificativos e não excluem outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, §2º).

A tutela constitucional da pessoa, em alguns países, configura-se como “direito ao desenvolvimento da personalidade”. Essa nomenclatura fora utilizada pela Lei Fundamental da Alemanha, em seu artigo 2º, nº 1¹⁰, e também pela Constituição da República Portuguesa, no artigo 26, nº 1¹¹, que dispõe:

A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e à reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

Em sede de fiscalização preventiva, o presidente da República Portuguesa requereu ao Tribunal Constitucional a análise da constitucionalidade e legalidade de proposta de referendo a respeito da despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado.

Essa consulta deu origem ao acórdão nº 228/98, que ao relacionar os interesses constitucionalmente tutelados, vida intrauterina e direito ao livre desenvolvimento da personalidade da gestante, destacou que neste último estão inseridos o conceito de autonomia

¹⁰ Art. 2º, nº 1: “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral” (tradução livre). No original: “*Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt*”. DEUTSCHLAND. Deutscher Bundestag. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. Disponível em: https://web.archive.org/web/20080912134535/http://www.bundestag.de/parlament/funktion/gesetze/grundgesetz/gg_01.html. Acesso em: 27 fev. 2020.

¹¹ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. 02 abr. 1976. Disponível em: <https://dre.pt/crp-parte-i>. Acesso em: 15 mar. 2019.

individual e a autodeterminação, além de assegurar a cada um a liberdade de “[...] traçar o seu próprio plano de vida [...]”¹².

Em Portugal, o conceito de direito ao desenvolvimento da personalidade perpassa sobre a ideia constitucional de liberdade que, por sua vez, é apreciada por duas concepções teóricas: a concepção ampla ou teoria da liberdade geral de ação e a concepção restrita, também denominada teoria do conteúdo nuclear.

A teoria da liberdade geral de ação ou concepção ampla compreende que o conteúdo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade alcança todas as formas de conduta humana, até mesmo aquelas que não se consideram importantes para a formação e expressão da pessoa¹³. Por sua vez, a teoria do conteúdo nuclear concebe que o conteúdo desse direito abarca as formas de conduta humana em que o ser humano expresse a verdadeira essência de sua personalidade, por exemplo, o domínio da criação ideal ou cultural. Assim, alguns contornos dos direitos da personalidade carecem de proteção diferenciada, núcleo da personalidade¹⁴.

Dessa forma, a concepção ampla da tutela da liberdade (teoria da liberdade geral) confere proteção constitucional da autonomia individual mais extensa, contudo de forma menos intensa. Isto porque, ante a amplitude de seu conteúdo, favorece a existência de colisão de direitos ou interesses constitucionalmente tutelados, que devem ser solucionados por meio de ponderação racional de bens, por conseguinte, institui uma carga de prevalência relativa desses direitos.

Por outro lado, a teoria restrita (conteúdo nuclear) estrutura-se de modo menos extensos quanto ao seu conteúdo, entretanto, de forma mais intensa, visto que a redução do alcance de interesses tutelados contribui para a diminuição dos casos de colisão ou conflitos de bens.

No intuito de harmonizar a proteção dispensada por essas teorias ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, surgiu a teoria da liberdade geral da ação, com conteúdo essencial inviolável. Essa nova teoria adotada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfG), abstrai do conteúdo do art. 19, nº 2, da LF¹⁵, a significação daquilo que seria essencial ao direito ao desenvolvimento da personalidade.

¹² PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. **Acórdão nº 228/98**. Lisboa, 17 de abril de 1998. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html>. Acesso em: 27 fev. 2020.

¹³ MOTA PINTO, Paulo. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Portugal-Brasil ano 2000. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 160.

¹⁴ Ibid., p. 167 e ss.

¹⁵ Art. 19. nº 2: “Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência”. ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Tradução de Assis Mendonça. Berlin: Parlamento

Sob a ótica da teoria da liberdade geral da ação com conteúdo essencial inviolável, existe uma relação sistemática dos conceitos “conteúdo essencial” e “conteúdo da dignidade humana”; por essa razão,

[...] enquanto houver justificação dogmática para a existência de um conteúdo essencial, que revela um específico conteúdo de dignidade humana do direito [ao desenvolvimento da] personalidade, não pode este ser reduzido a mero ponto de referência para a ponderação de interesses.¹⁶

Robert Alexy¹⁷ aponta que cada um tem o direito *prima facie* de que o Estado não impeça suas ações ou omissões, dever esse extraído da norma dos direitos fundamentais. Do mesmo modo que existe uma permissão *prima facie* de fazer ou de não fazer o que quiser.

Certamente que esses direitos e/ou permissões *prima facie* de fazer ou não fazer o que se quiser podem esbarrar em razões suficientes que justificam sua limitação, tais como direito de terceiros e interesses coletivos. Por sua vez, inexistindo essas razões suficientes, a redução dos direitos e permissões *prima facie* configuram restrições arbitrárias e inconstitucionais.

Portanto, para o autor, cabe ao legislador argumentar e enunciar as razões suficientes a justificar uma restrição, por conseguinte, existe uma prioridade *prima facie* da liberdade sobre as leis restritivas da liberdade¹⁸.

Para alguns autores existe uma prioridade *prima facie* da liberdade sobre as leis restritivas de liberdade, isto porque em casos de leis que implicam restrições e/ou reduções da liberdade, recai sobre o legislador o ônus de fundamentar as razões relevantes e suficientes a legitimar a restrição, geralmente essas razões recaem sobre direitos de terceiros ou interesses coletivos. Valendo-se das lições de Martin Koppert, Pinto Oliveira¹⁹ aponta que, em matéria de direitos fundamentais, o princípio da liberdade deve prevalecer nos casos em que o legislador não consiga apresentar razões plausíveis, fundamentadas no interesse coletivo ou na existência de interesses de terceiros capazes de justificar a limitação ou redução do conteúdo da liberdade.

Ademais, prossegue o autor, nos casos de divergência entre a autodeterminação ético-existencial e a autodeterminação ético-política, o legislador não poderia se valer de

Federal Alemão, 2019. (Versão alemã de 23 maio de 1949). No original: “*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden*”. DEUTSCHLAND, 2020.

¹⁶ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento”**: ensaio sobre um caso de constitucionalização do direito civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 83.

¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria & Direito Público). p. 103-106.

¹⁸ Ibid., p. 103-106.

¹⁹ OLIVEIRA, 2002, p. 93.

argumentos relacionados a estas para redução ou limitação daquelas, particularmente no que toca ao seu conteúdo de dignidade humana.

E aquela mesma prioridade de prevalência da liberdade sobre as leis restritivas de liberdade seria aplicada nos casos de tensão entre autodeterminação ético-existencial e autodeterminação ético-política, que poderia ser compreendida de duas formas distintas. A primeira seria a concepção de que a prioridade definitiva da autodeterminação ético-existencial sobre a autodeterminação ético-política implicaria um princípio geral de resolução de conflito entre as duas concepções, por intermédio do qual os princípios e valores relacionados à autodeterminação ético-existencial prevaleceriam prioritariamente sobre aqueles atinentes à autodeterminação ético-política²⁰.

A segunda forma de interpretação dessa prioridade seria a compreensão, ainda que de alcance mais restrito comparada à concepção anterior, da indisponibilidade do conteúdo essencial ou conteúdo de dignidade humana do direito geral da personalidade, ou seja, haveria uma prioridade dos princípios e valores reverberados no conteúdo essencial ou conteúdo da dignidade humana da autodeterminação ético-existencial²¹.

Ao discorrer sobre as restrições aos direitos, liberdades e garantias pessoais, Canotilho destaca duas concepções principais, a teoria da interna ou também denominada teoria dos limites imanentes, sobrecarregada de “vínculos comunitários”, inerentes ao ideal nacional-socialista²² e, de outra banda, a teoria externa ou ainda conhecida como teoria da intervenção e de limites, que busca desagregar direitos e restrições²³. Portanto, no dizer do autor, uma apresenta “*recorte idealístico-objectivo e outra de inspiração jusnaturalista-iluminista*”²⁴.

Relativamente ao tema objeto de investigação, pode-se verificar que as limitações recaem sobre o alcance da liberdade de autonomia pessoal do indivíduo para as disposições das diretivas antecipadas. Por ausência de previsão legislativa específica a respeito do tema, no Brasil essas questões atinentes aos limites decorrem de normas implícitas e, de certa forma, genéricas, como a proteção à vida, mesmo na esfera penal, pautadas em condutas típicas de homicídio e o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio²⁵.

²⁰ OLIVEIRA, 2002, p. 94.

²¹ Ibid., p. 94.

²² A ideia de comunidade, de dever e de sacrifício da utilidade privada no conteúdo dos direitos é fator marcante dessa concepção, até mesmo os anseios da comunidade são fatores externos que limitam naturalmente o direito.

²³ Essa corrente, em que pese ser encabeçada por constitucionalista nacional-socialista, afirma que os direitos de liberdade inicialmente são ilimitados, visto que seu conteúdo se insere na vontade do indivíduo, o que deve ser limitada e controlada é a intervenção estatal.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 194-197.

²⁵ Essas questões relativas aos tipos penais serão mais bem apreciadas no item 3.2 desse trabalho, que versa sobre o cabimento das diretivas antecipadas sob uma análise de questões teóricas pertinentes.

Contudo, essas normas não são suficientes para inúmeras indagações tangentes à autonomia pessoal do indivíduo para dispor a respeito de situações de terminalidade de vida, mormente em sede de diretivas antecipadas de vontade.

No Brasil, o fundamento constitucional para a justificação das diretivas antecipadas de vontade reside no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, estampado no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil (CF). Esse sobreprincípio constitui um dos fundamentos da República. Do mesmo modo, as diretivas antecipadas encontram respaldo no direito fundamental à liberdade individual, com natureza jurídica de direito fundamental, inserido no *caput*, do artigo 5º do mesmo diploma.

Ante a lacuna legislativa e as provocações relativas ao tema atinente a situações de fim de vida, após a superação da discussão concernente à possibilidade ou não de o Estado realizar limitações ou reduções do alcance da liberdade do cidadão, faz-se pertinente a apreciação do conceito de autonomia e autodeterminação do indivíduo para, então, encontrar o fundamento teórico das diretivas antecipadas de vontade, bem como os limites da interferência estatal em seu processo de elaboração e conteúdo.

Em primeiro momento, cabe registrar hipóteses a respeito da vida privada, que não pode ser confundida com direito à privacidade ou intimidade. Roxana Borges utiliza a expressão no sentido amplo relacionado à liberdade jurídica, também em sentido amplo que legitima as pessoas ao direito de conduzir a própria vida por si mesmas, sem interferências, quer estatais quer de ordem privada, condicionada essa liberdade a não causar dano a outrem²⁶.

Nesse sentido, ao direito ao respeito à vida privada é atribuída uma conotação de liberdade privada ou de liberdade de condução da própria vida, efetivados pela própria tutela dos direitos da personalidade²⁷.

Não se pode dissociar autonomia individual do conceito de liberdade, ao passo que aquela alcança a compreensão do próprio indivíduo disciplinar suas regras consoante seus valores e ideais sem ingerências ou intervenções, portanto, constitui um ato de liberdade. Na visão de Dworkin, a autonomia assegura a proteção da capacidade do indivíduo em regular e conduzir sua vida em conformidade com sua percepção individual de seu próprio caráter, possibilitando a autocriação no sentido de que cada pessoa seja responsável por sua própria vida, observando sua personalidade. No dizer do autor: “Permite que cada um conduza a sua

²⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005. (Coleção Prof. Agostinho Alvim). p. 112.

²⁷ *Ibid.*, p. 112.

própria vida, em vez de se deixar conduzir ao longo desta, de modo que cada qual possa ser, na medida em que um esquema de direitos possa tornar isso possível, aquilo que fez de si próprio”²⁸.

A autonomia pessoal, que compreende a capacidade psicológica do indivíduo em tomar decisões sobre sua vida, levando-se em conta suas crenças, desejos e valores, que integram sua identidade e pelas quais se posiciona no mundo, quando em contato com os temas relacionados aos cuidados com a saúde e o fim de vida, permeia o debate sobre a validade ou não das manifestações, o espaço de liberdade do paciente em aceitar ou recusar procedimentos e interferências médicas, bem como a possibilidade da intervenção estatal, quer no âmbito legislativo²⁹, quer mediante atuação do Poder Judiciário aos casos que lhe são levados. Esse debate, geralmente, avoca questões relacionadas ao interesse do particular com interesses da comunidade na preservação de valores objetivos, tensionando, assim, o exercício da autonomia do doente com direitos ou valores da comunidade, busca-se tutelar o bem jurídico “mais valioso”.

Dessa forma, diferentemente do que se pode concluir em uma primeira análise, os direitos da personalidade não constituem gênero, cujo direito à vida privada seria espécie, mas aqueles direitos revelam-se como finalidade destes, visto que, no âmbito da liberdade privada, cada indivíduo pode conduzir sua própria vida e desenvolver livremente sua personalidade³⁰.

Adriano de Cupis destaca os direitos da personalidade como direitos essenciais, visto que implicam a “medula da personalidade”³¹. Ao discorrer a respeito de seu objeto, o autor destaca que, partindo do pressuposto de que esses direitos guardam maior relevância que outros direitos subjetivos e de essencialidade à pessoa humana, podem ser identificados como orgânicos, dada a sua estreita relação com a pessoa e revela como bens de maior valor³².

Nesse sentido, ao indicar essa categoria de direitos como direitos essenciais ou mínimos necessários, cuja ausência implica esvaziamento da personalidade, sem valor concreto, haja vista que os demais direitos subjetivos desassistiriam o indivíduo e a pessoa não existiria como tal.

Por outro lado, existe a tese que os classifica como direitos inatos. Essa concepção compreende os direitos da personalidade como direitos inerentes à natureza humana e, nessa

²⁸ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 319.

²⁹ Ressalta-se que no Brasil não existe disciplina legal específica sobre as diretivas antecipadas de vontade. Portanto, essa matéria reserva o protagonismo do Poder Judiciário.

³⁰ BORGES, 2005, p. 112.

³¹ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quórum, 2008. p. 24.

³² Ibid., p. 24.

esteira, cabe ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em nível constitucional ou legal. Quando inseridos no campo constitucional, validando-se como liberdades públicas, também se dotam de proteção própria. Para essa corrente, esses direitos existem antes e independentemente do direito positivo, visto decorrer da própria natureza humana. Na seara da legislação infraconstitucional, esses direitos adquirem proteção específica, mas, do mesmo modo, existem independentemente da positivação³³.

Os direitos da personalidade podem ser qualificados como direitos gerais, ao passo que todos deles gozam – extrapatrimoniais³⁴ e absolutos – e recaem sobre a vida da pessoa, a sua saúde física, integridade física, honra, liberdade física e psicológica, nome, imagem, a reserva sobre a intimidade da sua vida privada, enfim, podem ser resumidos a direitos necessários de conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa³⁵.

A diferença entre as duas concepções é que uma decorre de pensamento positivista, ou seja, os direitos da personalidade decorrem do reconhecimento pelo Estado em seu ordenamento jurídico, ao passo que a outra os concebe como direitos que decorrem da própria natureza humana. A positivação implica apenas os meios específicos para sua tutela³⁶.

A Constituição Federal inseriu em seu art. 5º, logo, em matéria afeta aos direitos e garantias fundamentais individuais, alguns direitos de personalidade, contudo, apenas em sede de rol exemplificativo. Entre eles se destacam aqueles inseridos no *caput*, o direito à vida, à liberdade, à segurança e, nos incisos, o direito à intimidade, vida privada, honra, imagem, assegurando até mesmo o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, direitos autorais, participações individuais em obras coletivas e reprodução da imagem e da voz humanas. No plano infraconstitucional, sem prejuízo de legislações específicas, o Código Civil Brasileiro (CCB) disciplina os direitos da personalidade nos art. 11 ao 21.

Sem embargo de outros direitos da personalidade, limitar-se-á àqueles afetos ao objeto do trabalho. O primeiro deles é apontado pela doutrina como o mais importante de todos, visto que nenhum outro bem pode ser concebido separado dele, compreendendo um direito essencial³⁷.

³³ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 7-8.

³⁴ Apesar de serem direitos extrapatrimoniais, sua violação poderá ensejar condenação de prestação pecuniária, com fundamento no art. 12, do CCB, que dispõe a possibilidade de fazer cessar a ameaça ou lesão a direito da personalidade e a reclamação de perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

³⁵ MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 207.

³⁶ Entre os defensores da concepção positivista ou direitos da personalidade adquiridos está Adriano de Cupis, quanto aos direitos inatos, destaca-se Carlos Alberto Bittar.

³⁷ DE CUPIS, 2008, p. 74.

O direito à vida, na qualidade de direito da personalidade, revela-se desde a concepção³⁸ sob condição do nascimento com vida e adere ao seu titular até a extinção da personalidade que ocorre com a morte.

A doutrina, dentre eles Bittar, assinala que, na qualidade de direito da personalidade, aplica-se todo o estatuto jurídico próprio, inclusive a indisponibilidade e irrenunciabilidade do direito. Por conseguinte, afirmam que o que existe é um direito à vida e não sobre a vida, logo, revela-se como direito de caráter negativo, ou seja, todos devem se abster de lesioná-lo. Em vista disso, qualquer declaração de vontade que resulte na renúncia ou cerceamento desse direito será tida por ineficaz³⁹, visto que não se pode tolher a vida humana por si, ou por terceiro, ainda que sob o consentimento^{40,41}.

Ao lado do direito à vida, entre os bens mais elevados, está o direito à integridade física, que diversamente daquele que recai sobre o direito à existência propriamente dito, o direito à integridade física acrescenta a esta existência, a incolumidade física⁴². O fundamento constitucional encontra-se no art. 5, *caput*, inserido no conceito de segurança⁴³, assim como nos incisos III, XLVII e XLIX, do mesmo artigo, que versam, respectivamente, sobre a vedação da tortura e outros tipos de tratamentos desumanos ou degradantes, proíbe a pena de morte ou cruéis e garante aos presos o respeito à integridade física e moral. Em termos de legislação infraconstitucional a respeito do tema, destaca-se o art. 13, do CCB, que dispõe a impossibilidade de disposição do próprio corpo⁴⁴ quando implicar redução permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes, ressalvada a hipótese de transplante na forma da lei especial⁴⁵.

³⁸ No Brasil não há normas permitindo o aborto, salvo alguns casos excepcionais previstos na legislação penal e do caso emblemático julgado pelo Supremo Tribunal Federal, envolvendo fetos anencefálicos. É vedado o aborto exercido no âmbito da autonomia reprodutiva da mulher.

³⁹ Em que pese o autor valer-se da expressão “ineficaz”, entende-se ser mais adequado emprego do termo inválido, visto que, conforme será apreciado no capítulo seguinte, no âmbito das diretivas antecipadas de vontade, essa declaração se extrapolar os limites de seu conteúdo configurará objeto ilícito, logo, atua no plano da validade dos negócios jurídicos.

⁴⁰ BITTAR, 2008, p. 71.

⁴¹ Aliás, os autores citam que o suicídio não compreende faculdade do indivíduo e o enxergam como abuso do direito à vida. Novamente, firmam que os atos jurídicos que tenham por objeto a disposição desse direito não têm eficácia, ou quando tenham, esta será reduzida, além de serem desprovidos de proteção jurídica. DE CUPIS, 2008, p. 74.

⁴² Ibid., p. 76.

⁴³ A compreensão do termo segurança recai sobre o aspecto pessoal, o corpo da pessoa e sua incolumidade física e mental devem ser protegidos.

⁴⁴ Contudo, no artigo seguinte autoriza a disposição do corpo após a morte para objetivo científico ou altruístico, bem como assegura a revogação a qualquer tempo.

⁴⁵ Esse tema será melhor apreciado na seção sobre questões teóricas pertinentes e o conteúdo jurídico das diretivas antecipadas, com análise das disposições penais decorrentes da prática de eutanásia e a possibilidade de disposição no âmbito da ortotanásia.

No mesmo sentido, o art. 15 do mesmo código, que assegura que ninguém será compelido a sujeição, com risco de vida, à tratamento médico ou intervenção cirúrgica⁴⁶. Bittar adverte que, ao contrário do direito à vida, o direito à integridade física e mental é disponível sobre certas condições, num processo de conciliação entre os interesses do indivíduo, os da família e da sociedade. Alcança os atributos naturais e adquiridos pela pessoa, tanto no aspecto físico, quanto mental, afastando qualquer ato danoso ao corpo ou à mente⁴⁷.

Cabe observar que o direito à vida e à integridade física e mental são os direitos relacionados ao tema das diretivas antecipadas de vontade, ladeados pelo direito à liberdade. Todos, além de figurarem direitos fundamentais previstos no art. 5º, da carta constitucional, inserem-se na disciplina dos direitos da personalidade. Conforme registrado neste trabalho, a doutrina tende a oferecer certa resistência à disposição desses direitos, contudo, o registro da autonomia individual sobre esses direitos carece de análise. Na contramão dessa resistência, há aqueles que advertem a necessidade de uma releitura da classificação desses direitos como indisponíveis ante os avanços científicos e as novas necessidades humanas⁴⁸.

Ao examinar o tema, Roxana Borges assevera que o exercício da autonomia jurídica individual sobre o direito ao próprio corpo pressupõe a combinação do fundamento da dignidade da pessoa humana, estampado no art. 1º, inciso III, no art. 5º, *caput*, inviabilidade do direito à vida e do direito à liberdade e no art. 199, §4º, disponibilidade de partes do corpo humano, todos da Constituição Federal. Segue adiante:

Em qualquer das hipóteses de disposição de partes do corpo os limites da autonomia privada devem ser observados, ou seja, o ato não pode ultrapassar o que é permitido pela Constituição Federal, pelas leis e pela ordem pública, além de observar a dignidade humana como valor fundamental de todos os atos jurídicos. A declaração de vontade deve ser feita, preferencialmente, de forma escrita, e deve estar detalhada quanto à extensão do ato de disposição, sua finalidade, o âmbito da intervenção a ser feita no corpo, dentre outros aspectos⁴⁹.

⁴⁶ Nesta seara, o consentimento informado do paciente adquire relevo e destaque. Por essa razão, será melhor explorado na seção que trata a respeito.

⁴⁷ BITTAR, 2008, p. 76-77.

O autor prossegue ao destacar as situações de intervenções médicas, em que se torna obrigatória a anuência do paciente ou de seu representante, ressalvado nos casos de estado de necessidade. Nesse sentido, é possível o interessado recusar sujeitar-se a tratamento doloroso ou perigoso, inclusive relativo às partes em tese disponíveis, opor-se a intervenção ou administração de técnicas médicas ou dentárias, exceto em situações de interesse público, v.g. vacinação coletiva. Prossegue o autor, ao asseverar que o moribundo pode recusar-se à internação, independentemente do local, hospital, casa de saúde. Conclui que, ao interessado compete definir a ação aplicável às suas particularidades físicas, sendo defeso ao profissional da saúde coagi-lo a submissão de tratamento ou intervenção, sob pena de responsabilidade civil e penal. Ibid, p. 78-79.

⁴⁸ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988. p. 31-56, p. 40.

⁴⁹ BORGES, 2005, p. 172.

A autonomia, no âmbito jurídico, revela-se como um princípio da esfera privada da vida em sociedade, em termos de que a vontade é fonte criadora de normas e, nesse sentido, obviamente traz-se à baila a necessidade de discussão a respeito dos limites de interferência e intervenção do Estado na vida pessoal de seus cidadãos.

Como visto em notas anteriores, existe um direito *prima facie* de liberdade do cidadão, que pode ser restringido a partir de direito de terceiros ou interesses coletivos, como ocorre nos casos de vedação ao aborto⁵⁰ e da eutanásia. Contudo, essas limitações não podem constituir práticas estatais arbitrárias. E nesse cenário, observados os limites constitucionais e infraconstitucionais, o interessado poderá dispor sobre questões relativamente à terminalidade de vida, mormente em sede de diretivas antecipadas de vontade, cujo conteúdo e alcance serão oportunamente desenvolvidos no capítulo 3.

2.2 Considerações introdutórias sobre as diretivas antecipadas de vontade (DAV)

Uma análise pertinente a respeito do tema seria a natureza jurídica das diretivas antecipadas de vontade. Parcela da doutrina as compreende como ato jurídico em que seus efeitos ficam diferidos para um momento posterior.

Diretivas antecipadas de vontade podem ser conceituadas como instruções que uma pessoa dá antecipadamente, relativas aos tratamentos e às intervenções médicas que autoriza ou se recusa a receber no final da vida, que produzirão efeitos em uma situação superveniente de impossibilidade do paciente de expressar sua vontade ou incapacidade, provisória ou permanente, de tomar decisões por si e para si. Por se tratar de documento prévio a uma situação de incapacidade superveniente, o autor desse documento no momento de sua elaboração deve estar em pleno gozo de sua capacidade e faculdades mentais.

Além disso, sua definição guarda relação com a forma como a vontade é exteriorizada. Ao considerar que a vontade revelada nas diretivas é anterior à situação de fato de incapacidade, pode-se emergir, de algum modo, na incerteza da conformação dessa vontade previamente estipulada com a vontade atual diante da situação concreta. Por essa razão, alguns autores afirmam que essas diretivas esbarram no princípio do consentimento informado, vez que foram estabelecidas em circunstâncias diversas do cenário da doença.

Posto que, para haver a configuração do consentimento informado, seguindo recomendação da *British Medical Association*, o paciente carece compreender em que

⁵⁰ Não se pode ignorar que o ordenamento jurídico autoriza o aborto terapêutico e sentimental, nos moldes do art. 128, do Código Penal Brasileiro.

consiste seu tratamento, assimilar os benefícios, riscos, as alternativas, conhecer as consequências da não sujeição ao tratamento e se encontrar desembaraçado de pressões⁵¹.

Não se pode olvidar que o ser humano por diversas vezes foi explorado como verdadeiro objeto de estudo para ciência, até mesmo em alguns casos sem anuência e necessidade própria. Um dos exemplos que se pode citar é o caso do Hospital Israelita de doenças crônicas de Nova York em que foram injetadas células cancerosas vivas em idosos doentes no ano de 1963. Tem-se, ainda, que entre 1950 e 1970, nas repartições do hospital estatual de Willowbrook (NY), injetaram hepatite viral em crianças com retardo mental. Também vale citar o caso ocorrido no estado do Alabama em que desde o ano de 1940 foram deixados sem tratamento quatrocentos negros sífilíticos para o desenvolvimento da pesquisa da história natural da doença. Essa pesquisa perdurou até 1972, mesmo havendo a descoberta da penicilina em 1945⁵².

Do mesmo modo, destacam-se os experimentos humanos realizados na 2ª Guerra Mundial, ao passo que, a partir de então, começou a discussão sobre a necessidade ou não da obtenção do consentimento do paciente para intervenção médica.

Todavia, também não se pode ignorar que o desenvolvimento da ciência é algo extremamente necessário – a exemplo dos episódios com diversas pandemias que a sociedade infelizmente experimentou.

Assim, de uma banda encontra-se imprescindibilidade do incremento da ciência, de outra tem-se a dignidade da pessoa humana que deve nortear qualquer tomada de decisão. E daí emerge a indagação: Haveria possibilidade de instrumentalização da vida humana, no sentido de que o desenvolvimento da humanidade em sua totalidade admite que alguém seja utilizado como instrumento ou seria este um limite?

Após a 2ª Guerra Mundial, diversas comunidades científicas iniciaram um movimento pelo desenvolvimento da ciência em benefício da humanidade, contudo sem reduzir o ser humano como simples objeto de experimentos. Condutas de pesquisadores que realizavam seus experimentos sem o conhecimento do participante, e em alguns casos estes procedimentos o sujeitava a situação de risco, causou revolta na sociedade e impulsionaram para a necessidade de esclarecimento do sujeito da pesquisa, além de destacar os riscos e benefícios envolvidos e a indispensabilidade da expressa manifestação do consentimento na participação do procedimento.

⁵¹ BRITISH MEDICAL ASSOCIATION. **Getting consent adults with capacity as a medical student**. Wales, England, 01 mai. 2020. Disponível em: <https://www.bma.org.uk/advice-and-support/ethics/medical-students/ethics-toolkit-for-medical-students/adults-with-capacity-and-consent>. Acesso em: 16 abr. 2019.

⁵² BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios da ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 9-10.

O Tribunal de Nuremberg, de 9 de dezembro de 1946, julgou vinte e três pessoas consideradas criminosas de guerra em razão dos experimentos desumanos realizados. Em 19 de agosto de 1947, foram divulgados as sentenças e um documento que foi denominado como Código de Nuremberg, que se tornou um marco histórico, uma vez que inaugurou recomendações internacionais a respeito dos aspectos éticos envolvidos na pesquisa em seres humanos⁵³.

Portanto, a partir da discussão a respeito do consentimento do paciente, em homenagem ao respeito pela pessoa e assegurada sua participação na tomada de decisão quer nos cuidados assistenciais, quer nos de investigação, a relação médico-paciente passou por um processo de reconstrução.

Isto porque, pode-se destacar a relação médico-paciente ao longo do tempo, que inicialmente foi marcada por uma relação vertical, que muitos autores destacam como paternalista. O médico detentor do conhecimento médico-científico realizava a tomada de decisões unilateralmente e o paciente, por sua vez, apenas cumpria as determinações médicas.

E um dos marcos históricos para a contribuição de diversos princípios médicos, bem como do próprio Código de Ética da Medicina e da própria visão paternalista da medicina foi o Código Hipocrático⁵⁴. A relação médico-paciente era constituída, como já afirmado, pelo monopólio da vontade do médico que, dotado de conhecimento específico e linguagem própria, impunha o tratamento, ignorava a capacidade de discernimento e autonomia do paciente na eleição do tratamento e decisões atinentes à sua própria saúde.

Sob a regência dos princípios hipocráticos, particularmente da beneficência e da não-maleficência, o médico tinha o dever de tratar seus pacientes da melhor forma que sabia e podia, observando a *leges artis* (regras da arte médica) e nas hipóteses em que os conhecimentos e/ou recursos técnicos não possibilitavam avançar no tratamento, tinha o dever de, ao menos, não causar dano. O médico era visto como “pai”, detentor de uma sabedoria e

⁵³ O item 1 do documento dispõe: 1. O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente. CÓDIGO de Nuremberg. **Centro de Bioética do CREMESP**, 30 set. 2002. Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=DiretrizesDeclaracoesIntegra&id=2>. Acesso em: 7 abr. 2020.

⁵⁴ A literatura médica aponta como marco histórico e divide a origem na medicina em período Pré-Hipócrates, o surgimento de Hipócrates e seu legado e o período Pós-Hipócrates. O juramento hipocrático é utilizado até hoje pelos formandos de medicina.

um poder de decisão absolutamente inquestionáveis e ao paciente, por sua vez, semelhante a um “filho”, cabia obedecer, não interferir, nem questionar, muito menos recorrer. Nessa concepção, o consentimento do doente estava implícito no ato de procura pelo médico.

No tratamento, o doente era tido como um ser passivo, visão hipocrática que era conjugada com outras duas atitudes: uma maternal, ao passo que buscava tornar a doença suportável e tolerável, e outra sacerdotal, em que o médico era concebido como um ser divino, detentor do poder sobre a vida e a morte⁵⁵.

Outro marco histórico para a relação médico-paciente foi o surgimento do Cristianismo que, com o ensinamento de amor ao próximo e igualdade entre os homens, ensejou alterações até nos cuidados médicos. A atividade médica passou a ser regulamentada em termos de deveres médicos, não se limitando apenas aos aspectos técnicos, mas também religiosos, inclusive com a aplicação de penalidades em caso de infrações. Neste período, apesar de limitar a autonomia do médico, na qualidade de técnico e como cidadão, conservou a concepção de paternalismo médico⁵⁶.

A Deontologia Médica adveio da influência dos princípios da fé cristã e dos novos conhecimentos impulsionados pela era científica moderna e, nesse cenário, os médicos buscaram a realização de uma interlocução entre a religião, que se ocupava da vida do espírito e a medicina que, por sua vez, cuidava da vida do corpo⁵⁷. Contudo, o paternalismo ainda operava, entretanto, num panorama mais burocrático que pessoal.

Nestes períodos sobressaiam os tratamentos desiguais, empenhados ao paciente conforme sua condição econômica social. Aqueles que possuíam condições econômicas favoráveis eram atendidos por seu médico particular em domicílio, ao passo que os menos favorecidos eram atendidos em enfermarias e hospitais nos mosteiros. Essa situação perdurou até a revolução industrial, visto que os mais pobres ainda eram encaminhados aos hospitais, a classe média valia-se do sistema de medicina em domicílio e os mais ricos frequentavam os consultórios médicos a fim de gozar de um tratamento mais científico.

Com a eclosão da revolução industrial, insatisfeitos com o cenário de injustiça político-social e médica, a classe operária iniciou um movimento de conscientização de seus direitos à saúde e aos cuidados médicos adequados. A partir desse movimento, em meados do século XIX, a medicina passou a conceber o doente como indivíduo⁵⁸.

⁵⁵ SILVESTRE, Margarida. **Embriões Excedentários**: entre a técnica, a lei e a ética. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.p. 33-34.

⁵⁶ Ibid., p. 34.

⁵⁷ Ibid., p. 34.

⁵⁸ Ibid., p. 35.

Contudo, o paternalismo médico apenas foi contestado efetivamente após a segunda metade do século XX, no panorama de melhoria das condições sociais, evolução cultural e acesso a informação, em que a autonomia da pessoa foi sobrelevada, além de compreender o paciente como alguém capaz de decidir aquilo que concebia melhor para si. Surge, então, o que atualmente se denomina consentimento informado.

Em sede de matéria de consentimento informado nos tribunais, é possível destacar alguns julgados que compuseram a contribuição histórica para a sua construção conceitual. Em 1967, a sentença prolatada no caso *Slater versus Baker & Stapleton* é tida como o primeiro pronunciamento judicial inglês sobre o tema. Neste caso, tribunal inglês responsabilizou dois médicos, visto que sem o consentimento prévio do paciente, a fim de tratar uma fratura mal consolidada, quebraram-lhe o osso e colocaram um aparelho ortopédico⁵⁹.

Nos tribunais americanos, por sua vez, os primeiros julgados a respeito da autodeterminação do indivíduo na relação médico-paciente ocorreram no início do século XX. Em 1906, o Supremo Tribunal de Illionis julgou o caso *Pratt versus Davis*, com o intuito de que “o consentimento presumido foi limitado aos casos de urgência por risco de vida e àqueles em que o paciente, no uso de suas faculdades intelectuais e volitivas, livre e conscientemente, deixa nas mãos do médico o encargo de tomar as decisões médicas que o possam afectar”⁶⁰.

Apesar dos julgados anteriores influenciarem o desenvolvimento teórico do consentimento informado, as consequências de sua inobservância apenas foram deliberadas no julgado *Schloendorff versus Society of New York Hospital*, com sentença prolatada pelo Tribunal Supremo de Nova Iorque, em 1914, em que o juiz Benjamin Cardozo afirmou: “Todo ser humano adulto e mentalmente saudável têm o direito de determinar o que deve ser feito com seu próprio corpo”⁶¹ (tradução livre) e assim definiu que a realização de intervenção cirúrgica sem o consentimento do paciente comete ato ilícito, passível de indenização⁶².

Na Europa, as consequências da intervenção médica sem consentimento do paciente podem ser encontradas no *Tribunal Correccional de Lyon*, datadas de 1859, estampadas em condenações direcionadas aos médicos que realizaram atos de experimentos em menores. Este

⁵⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico paciente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 57.

⁶⁰ Ibid., p. 57-58.

⁶¹ “Every human being of adult years and sound mind has a right to determine whats shall be done with his own body”.

⁶² PEREIRA, op. cit., p. 58. O presente caso versava sobre a retirada de um tumor fibroide do abdômen de um paciente que fora realizado em procedimento que tinha por objetivo apenas o diagnóstico (laparotomia exploratória) e que o paciente havia manifesto previamente a intenção de não ser operado.

tribunal compreendia que as obrigações do médico diante da ciência limitavam-se ao devido respeito ao combalido, especialmente aos menores que não detêm capacidade para exercer o livre consentimento. Em 1942, a *Cour de Cassation*, em decisão datada de 28 de janeiro de 1942, asseverou que o médico deve, ressalvados os casos de força maior, obter consentimento do doente antes de qualquer intervenção cirúrgica⁶³.

Em que pese esses julgados serem datados anteriormente, apenas com o Código de Nuremberg de 1947, como já registrado em notas anteriores, foram formuladas as primeiras notas teóricas a respeito das normas éticas concernentes à experimentação humana, a necessidade de informação prévia, da capacidade para decidir e a ausência de coação⁶⁴. Contudo, a força normativa e legal desse documento não foi *incontinenti* reconhecida e incorporada nas legislações nacionais.

Esses ideais apenas compuseram a relação médico-paciente e foram incorporados nas legislações nacionais com a Declaração de Helsinque de 1964⁶⁵. Apesar de se encontrar particularmente centrada na experimentação em seres humanos, nesta declaração foi reconhecida a proteção especial às populações mais vulneráveis, dentre eles as pessoas incapazes de consentir⁶⁶, do mesmo modo que a prestação do consentimento por escrito.

⁶³ PEREIRA, 2004, p. 58.

⁶⁴ Código de Nuremberg, item 1: 1. O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomar uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante que eventualmente possam ocorrer em razão da participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente. EXPERIMENTAÇÃO Humana (Código de Nuremberg – 1947). Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/codigo_nuremberg.pdf. Acesso em: 27 abr. 2020.

⁶⁵ Essa declaração passou por diversas formulações, e a última foi realizada no ano de 2013, em Fortaleza, Brasil.

⁶⁶ Declaração de Helsinque: “Art. 25. A participação de pessoas capazes de dar consentimento informado para serem participantes sujeitos de investigação médica tem de ser voluntária. Embora possa ser apropriado consultar membros da família ou líderes comunitários, nenhuma pessoa capaz deve ser selecionada para um projeto de investigação sem que livremente o aceite. Art. 26. Na investigação médica em seres humanos capazes de consentir, cada potencial sujeito tem de ser informado adequadamente das finalidades, métodos, fontes de financiamento e possíveis conflitos de interesse, ligações institucionais do investigador, benefícios expectáveis, potenciais riscos do estudo e incômodos que lhe possam estar associados, ajudas após o estudo, bem como outros aspetos relevantes do estudo. O potencial participante tem de ser informado do direito a recusar-se a participar no estudo ou de, em qualquer altura, revogar o consentimento de participar sem represálias. Deve ser dada atenção especial às exigências específicas de informação de certos potenciais participantes assim como aos métodos usados para prestar a informação. Após assegurar-se de que o potencial participante compreendeu a informação, o médico ou outro profissional qualificado deve então obter o consentimento livre e informado do potencial participante, preferencialmente por escrito. Se o consentimento não pode ser feito por escrito, o consentimento verbal tem de ser formalmente documentado e testemunhado. Deve ser dada a todos os participantes em investigações médicas a opção de serem informados dos efeitos gerais e resultados do estudo. Art. 30. A investigação envolvendo sujeitos que são

Seguidamente à Declaração de Helsinque, todas as declarações e convenções no âmbito da Bioética passaram a incluir o consentimento informado em seus textos. Urge destacar a Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, que dedicou todo um capítulo sobre o tema⁶⁷, assim como a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO)⁶⁸, além de que foi

incapazes física ou mentalmente de dar consentimento, por exemplo, doentes inconscientes, apenas pode ser feita se a condição física ou mental que os impede de dar o consentimento informado for uma característica necessária da população investigada. Em tais circunstâncias, o médico deve procurar o consentimento informado do representante legal. Se tal representante não está disponível e se a investigação não pode ser adiada, o estudo pode prosseguir sem consentimento informado desde que as razões específicas para incluir sujeitos com uma condição que os impede de dar consentimento estejam expressas no protocolo de investigação e o estudo tenha sido aprovado por uma comissão de ética para a investigação. O consentimento para permanecer na investigação deve ser obtido logo que possível do sujeito ou do seu representante legal". DECLARAÇÃO de Helsínquia da Associação Médica Mundial (Versão de outubro de 2013). **ISPUP – Instituto de Saúde Pública da Universidade do Porto**, Porto, Portugal. Disponível em: <https://ispup.up.pt/docs/declaracao-de-helsinquia.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.

⁶⁷ “CAPÍTULO II. Consentimento. Artigo 5º Regra geral: Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos. A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento. Artigo 6º Protecção das pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento: 1 - Sem prejuízo dos artigos 17 e 20, qualquer intervenção sobre uma pessoa que careça de capacidade para prestar o seu consentimento apenas poderá ser efectuada em seu benefício directo. 2 - Sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei. A opinião do menor é tomada em consideração como um factor cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade. 3 - Sempre que, nos termos da lei, um maior careça, em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei. A pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização. 4 - O representante, a autoridade, a pessoa ou a instância mencionados nos nº 2 e 3 recebem, nas mesmas condições, a informação citada no artigo 5º. 5 - A autorização referida nos nº 2 e 3 pode, em qualquer momento, ser retirada no interesse da pessoa em questão. Artigo 7º Protecção das pessoas que sofram de perturbação mental: Sem prejuízo das condições de protecção previstas na lei, incluindo os procedimentos de vigilância e de controlo, bem como as vias de recurso, toda a pessoa que sofra de perturbação mental grave não poderá ser submetida, sem o seu consentimento, a uma intervenção que tenha por objectivo o tratamento dessa mesma perturbação, salvo se a ausência de tal tratamento puser seriamente em risco a sua saúde. Artigo 8º Situações de urgência: Sempre que, em virtude de uma situação de urgência, o consentimento apropriado não puder ser obtido, poder-se-á proceder imediatamente à intervenção medicamente indispensável em benefício da saúde da pessoa em causa. Artigo 9º Vontade anteriormente manifestada: A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta”. CONSELHO DA EUROPA, 1997.

⁶⁸ Art. 6 - “1. Qualquer intervenção médica de carácter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada. Quando apropriado, o consentimento deve ser expresso e a pessoa em causa pode retirá-lo a qualquer momento e por qualquer razão, sem que daí resulte para ela qualquer desvantagem ou prejuízo. 2. Só devem ser realizadas pesquisas científicas com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa. A informação deve ser suficiente, fornecida em moldes compreensíveis e incluir as modalidades de retirada do consentimento. A pessoa em causa pode retirar o seu consentimento a qualquer momento e por qualquer razão, sem que daí resulte para ela qualquer desvantagem ou prejuízo. Excepções a este princípio só devem ser feitas de acordo com as normas éticas e jurídicas adoptadas pelos Estados e devem ser compatíveis com os princípios e disposições enunciados na presente Declaração, nomeadamente no artigo 27ª, e com o direito internacional relativo aos direitos humanos. 3. Nos casos relativos a investigações realizadas sobre um

elaborado pelo Comitê Internacional de Bioética da UNESCO um extenso relatório sobre o consentimento informado.

Assim, no que toca ao seu conceito e sua função, o consentimento informado constitui um instrumento viabilizador dos interesses e objetivos médico-terapêuticos e de efetivação dos aspectos individuais e volitivos do paciente⁶⁹.

Dessa forma, o médico não apenas deve abster-se de realizar intervenções sem o consentimento do doente, mas também de violar seus deveres para com este, se ocultar qualquer fato pertinente e necessário para fundamentar seu consentimento, posto que não pode minimizar os riscos conhecidos de um procedimento ou operação a fim de assegurar o consentimento de seu paciente, sob pena de ser demandado judicialmente.

No dizer de João Vaz Rodrigues, as pedras angulares do consentimento informado podem ser indicadas como a explicação clara e suficiente, a disponibilidade para o esclarecimento das dúvidas suscitadas, ou seja, os requisitos básicos para o consentimento informado são a verdade e suficiência, que só poderão ser alcançados no diálogo entre médico e paciente⁷⁰.

Essa análise do consentimento informado constitui mecanismo imprescritível ao passo que possibilita substrato teórico para a construção das diretivas antecipadas de vontade. Isto porque as próprias diretivas antecipadas de vontade guardam relação com o direito do paciente de consentir livremente e munido de todas as informações para a realização de qualquer interferência médica, que será mais aprofundado no capítulo 3. Além disso, esses institutos têm como suporte e viabilizam o exercício da autonomia e autodeterminação da pessoa humana, como demonstrado em notas anteriores.

2.3 Evolução histórica das diretivas antecipadas de vontade

As diretivas antecipadas de vontade surgiram do anseio de reforçar o alcance do princípio da autonomia do indivíduo ante a constante evolução tecnológica médico-científica, especialmente no âmbito da sustentação e prolongamento da vida humana.

O primeiro país a dispensar atenção sobre o tema foi Estados Unidos. As primeiras discussões incidiram sobre o consentimento informado do paciente e a vedação da violação do

grupo de pessoas ou uma comunidade, pode também ser necessário solicitar o acordo dos representantes legais do grupo ou da comunidade em causa. Em nenhum caso deve o acordo colectivo ou o consentimento de um dirigente da comunidade ou de qualquer outra autoridade substituir-se ao consentimento esclarecido do indivíduo". UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. 2006. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por. Acesso em: 27 abr. 2020.

⁶⁹ PEREIRA, 2004, p. 56.

⁷⁰ RODRIGUES, 2001, p. 222-223.

princípio da autonomia do paciente até se chegar ao alcance da legitimidade do exercício de uma autonomia prospectiva.

Apesar do advento legislativo no estado da Califórnia ter ocorrido em 1976, não se pode ignorar a jurisprudência norte-americana a respeito do tema existente anteriormente a essa disciplina legal.

O interesse da população americana acerca da matéria foi despertado pelos meios midiáticos com a veiculação de notícias relativas a dois casos judiciais em que famílias se empenhavam em uma batalha judicial a fim de interromper o tratamento de membro da família artificialmente mantido vivo, mas sem qualquer perspectiva de retornar de seu estado de inconsciência.

Um dos casos inaugurais sobre a matéria foi a sentença proferida pelo Supremo Tribunal de New Jersey, em 31 de março de 1976, no caso Karen Ann Quinlan, que importou o fomento do surgimento de correntes doutrinárias na seara das diretivas antecipadas de vontade. Esse caso figurou como emblemático, pois, pela primeira vez, houve o debate acerca da retirada do suporte ventilatório em doentes inconscientes.

O caso em questão versava sobre a situação de uma jovem de 21 anos, que em abril de 1975, por questões ignoradas deixou de ventilar durante dois longos períodos. Essa privação de oxigênio no organismo da paciente ensejou danos cerebrais irreversíveis, por consequência a jovem entrou em coma e posteriormente em estado vegetativo.

Passados cinco meses de internamento, os genitores da paciente solicitaram ao hospital que suspendessem os suportes artificiais que sustentavam a vida da jovem, pois segundo suas alegações, essa seria a vontade da filha. Contudo, o médico recusou o pedido da família, visto que a paciente ainda estava viva na acepção do critério da morte cerebral e essa interrupção implicaria na morte da paciente.

Diante do impasse, os pais de Karen buscaram solução nos tribunais e requereram sua nomeação como tutores da filha, fato que levaria à legitimação da representação, por conseguinte poderiam invocar seus direitos à integridade física e privacidade, bem como pleito de interrupção do tratamento de suporte artificial das funções vitais da paciente.

Em sede de primeira instância, o pedido dos genitores da jovem foi indeferido⁷¹, contudo, ao ser levado ao Supremo Tribunal de New Jersey, houve a reversão e o tribunal, munido de avaliação médica que concluiu pela inexistência de qualquer possibilidade de

⁷¹ O fundamento da decisão versou sobre o alcance da representação exercida pelos pais, tendo compreendido que o instituto não abrange a tutela de interesses pessoais, mas tão somente a proteção de interesses patrimoniais. Por essa razão, decidiram que o critério que deveria prevalecer era o do melhor interesse do paciente.

restabelecimento das atividades cognitivas da paciente, por sua vez aprovada pelo Comitê de Ética do Hospital, pronunciou-se favoravelmente ao pleito dos pais, com sentença proferida em 31 de março de 1976.

O Tribunal considerou que nos conflitos entre a recusa de tratamento pelo paciente e a proteção da vida humana, aquele deve prevalecer em relação a este. Compreendeu que o direito à privacidade da paciente legitima sua decisão de recusa terapêutica⁷². Ao ponderar acerca da situação de incapacidade da paciente, concluiu que a única forma de garantir o direito à privacidade da jovem seria possibilitar o exercício deste direito aos pais⁷³, consubstanciado no critério do “*substituted judgement*”.

Ademais, o Supremo Tribunal de New Jersey entendeu que a recusa ao tratamento não se confunde com homicídio, visto que o indivíduo tem o direito de decidir sobre questões relacionadas com os cuidados de saúde e na impossibilidade de exprimir sua vontade ou diante de sua incapacidade de o fazer deverá ser assegurada a oportunidade de um representante realizar a substituição desse exercício.

Outro caso que destacou a importância dessa declaração prévia foi o de Nancy Cruzan, que se envolveu em um grave acidente automobilístico no ano de 1983 e, apesar de respirar sem a ajuda de aparelhos, dependia de sonda nasogástrica para ser alimentada e hidratada. Seus genitores pediram aos médicos a suspensão das intervenções de suporte vital, contudo, não lograram êxito. Com isso, requereram autorização judicial para a cessação aos métodos de alimentação e hidratação artificiais que mantinham Nancy viva, visto que essa seria a vontade de sua filha.

O tribunal em primeira instância pronunciou-se favoravelmente aos pedidos dos pais da moça, no entanto, havia um curador nomeado pelo judiciário e este interpôs recurso ao Supremo Tribunal de Missouri que, por sua vez, julgou improcedente o pedido dos genitores

⁷² “Presumivelmente o direito é amplo o suficiente para abranger a decisão de um paciente em negar tratamento médico sob certas circunstâncias, da mesma forma que é amplo o suficiente para abranger a decisão da mulher em encerrar a gravidez sob certas condições. [...] Nem é tal direito de privacidade esquecido pela Constituição de Nova Jersey” (tradução livre).

“*Presumably this right is broad enough to encompass a patient’s decision to decline medical treatment under certain circumstances, in much the same way as it is broad enough to encompass a woman’s decision to terminate pregnancy under certain conditions. [...] Nor is such right of privacy forgotten in the New Jersey Constitution*”. SUPREME COURT OF NEW JERSEY. **In the Matter of Karen Quinlan, an Alleged Incompetent** [no number in original]. 70 N.J. 10; 355 A.2d 647; 1976 N.J. LEXIS 181; 79 A.L.R.3d. March 31, 1976. p. 23. Disponível em: https://euthanasia.procon.org/wp-content/uploads/sites/43/in_re_quinlan.pdf. Acesso em: 19 jun. 2019.

⁷³ “A única maneira prática de prevenir a destruição de direitos é permitir ao guardião e à família de Karen prestarem seu melhor julgamento, tema para as qualificações a seguir indicadas, assim, se ela poderia exercê-los nessas circunstâncias” (tradução livre).

“*The only practical way to prevent destruction of the right is to permit the guardian and family of Karen to render their best judgment, subject to the qualifications hereinafter stated, as to whether she would exercise it in these circumstances*”. Ibid., p. 24-25.

da paciente, porquanto não existia nenhum documento de “*living will*” e a vontade de Nancy deveria ser comprovada cabalmente.

Inconformados, os pais de Nancy levaram o caso ao Supremo Tribunal dos Estados Unidos consubstanciado na violação do direito constitucional de recusa a um tratamento médico. Contudo, em pronunciamento datado de 25 de junho de 1990⁷⁴, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos confirmou a decisão do Tribunal de Missouri, fundamentado na impossibilidade de verificação com segurança da real vontade de Nancy Cruzan.

Esse caso conferiu precedente destacável a respeito do exercício de autonomia corporal no âmbito federal norte-americano.

Passados alguns anos, houve a necessidade de uniformar a disciplina da matéria, emergindo assim a edição do *Patient Self-Determination Act*, em 1990⁷⁵, que alterou os títulos XVIII (Medicare) e XIX (Medicaid) da lei de segurança social para exigir de hospitais, instalações de enfermagem qualificadas, agências de saúde doméstica, programas de hospício e organizações de manutenção da saúde as seguintes posturas: (1) informar os pacientes de seus direitos a lei de estado para tomar decisões a respeito de seus cuidados médicos; (2) indicar no prontuário do paciente se executou uma diretiva prévia; (3) não discriminar pessoas que tenham executado uma diretiva antecipada; (4) assegurar o cumprimento da legislação estatal em relação às diretivas antecipadas; e (5) educar o seu pessoal e a Comunidade sobre questões relativas às diretivas antecipadas.

Do mesmo modo, relativamente ao Secretário de Saúde e Serviços Humanos determina as seguintes diretrizes: (1) organizar com o Instituto de Medicina da Academia Nacional de Ciências para um estudo sobre o contexto em que as decisões dirigidas de cuidados de saúde são feitas e realizadas; e (2) desenvolver e implementar um projeto de demonstração em Estados selecionados para informar o público sobre a opção de executar diretivas antecipadas e o direito de um paciente de participar e tomar decisões diretas de saúde⁷⁶.

⁷⁴ U.S. SUPREME COURT. **Cruzan v. Director, MDH, 497 U.S. 261 (1990) 497 U.S. 261.** June 25, 1990. Disponível em: <https://euthanasia.procon.org/wp-content/uploads/sites/43/cruzanvdirector.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

⁷⁵ UNITED STATES OF AMERICA. **H.R.4449 - Patient Self Determination Act of 1990.** 04 mar. 1990. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/101st-congress/house-bill/4449/text>. Acesso em: 19 jun. 2019.

⁷⁶ “Ato de autodeterminação do paciente de 1990 – Título da Reparação XVIII (Madicare) e XIX (Medicaid) do Ato de Seguridade Social para que hospitais, casas de saúde, agências de serviços de saúde, casas de repouso e organizações de manutenção de saúde sejam obrigados a: (1) informar pacientes de seus direitos sobre as leis Estaduais para fazer decisões concernentes a seus cuidados médicos; (2) indicar na ficha médica do paciente se ele ou ela realizou uma diretiva antecipada; (3) não discriminar as pessoas que realizaram uma diretiva antecipada; (4) assegurar o cumprimento da lei Estadual referente às diretivas antecipadas; e (5) ensinar seus funcionários e a comunidade quanto às questões referentes às diretivas antecipadas. Orienta a Secretaria de Saúde e Serviços Humanos a: (1) organizar com o Instituto de Medicina da Academia Nacional

A edição dessa norma corroborou sobretudo os direitos dos doentes e contribuiu para a promoção das diretivas antecipadas de vontade. Atualmente, diversos estados americanos possuem disciplina legislativa a respeito do “*living will*” e todos já regulamentaram a figura do procurador para cuidados com saúde – “*health care proxy*”.

2.4 Das Modalidades de Diretivas Antecipadas de Vontade

O instrumento jurídico das diretivas antecipadas de vontade faculta ao indivíduo a elaboração de um documento prévio em que designa suas orientações e vontades, mormente, as intervenções e tratamentos médicos que autoriza sua sujeição, do mesmo modo que aquelas que recusa, em uma situação superveniente de incapacidade.

Poderá se apresentar de dois modos mais comuns, mas que não se esgotam em si mesmos. A primeira forma de exteriorização das diretivas consiste na produção de um documento escrito em que relata as intervenções médicas que autoriza ou rejeita sua submissão, impropriamente denominado testamento vital, mas que neste trabalho optou-se pela utilização do termo declaração de autonomia corporal.

O subscritor das diretivas também pode elaborar um documento que em vez de ocupar-se em descrever seu desejo nas diversas situações que porventura poderá sobrevir, apenas indica um procurador para cuidados com saúde, também conhecido como mandato duradouro. Importa sublinhar que essas modalidades não são excludentes entre si, podendo no mesmo documento haver a narração de situações prenunciadas pelo indivíduo e a indicação do procurador.

No gênero diretivas antecipadas de vontade, pode-se destacar o impropriamente denominado testamento vital, assim compreendido como documento em que o indivíduo

de Ciências para um estudo concernente ao contexto no qual decisões direcionadas aos cuidados de saúde são feitas e desenvolvidas; e (2) desenvolver e implementar um projeto demonstrativo em Estados para informar o público da opção de realizar as diretivas antecipadas e o direito do paciente de participar e direcionar as decisões sobre cuidados médicos”.

“Patient Self Determination Act of 1990 - Amends titles XVIII (Medicare) and XIX (Medicaid) of the Social Security Act to require hospitals, skilled nursing facilities, home health agencies, hospice programs, and health maintenance organizations to: (1) inform patients of their rights under State law to make decisions concerning their medical care; (2) indicate in the patient’s medical record whether he or she has executed an advance directive; (3) not discriminate against persons who have executed an advance directive; (4) ensure compliance with State law regarding advance directives; and (5) educate their staff and the community on issues concerning advance directives. Directs the Secretary of Health and Human Services to: (1) arrange with the Institute of Medicine of the National Academy of Sciences for a study regarding the context in which directed health care decisions are made and carried out; and (2) develop and implement a demonstration project in selected States to inform the public of the option to execute advance directives and a patient’s right to participate in and direct health care decisions”. UNITED STATES OF AMERICA, 1990.

expressamente descreve os cuidados de saúde que autoriza ou não receber em um panorama em que não pode exprimir sua vontade.

Essa modalidade de diretiva constitui um documento escrito que permite que uma pessoa descreva as suas vontades no que toca aos cuidados médicos que autoriza ou não serem ministrados sob condições de incapacidade de manifestação de vontade ou nas hipóteses de se encontrar em estado em que não seja capaz de tomar sua própria decisão.

Muito se critica a respeito da nomenclatura *testamento vital*⁷⁷, isto porque o *testamento* pressupõe produção de efeitos apenas após a morte do testador, ao passo que o *testamento vital* é elaborado para gerar efeitos em vida do autor, no entanto, apesar da impropriedade técnica, essa expressão persiste na doutrina brasileira e portuguesa. Contudo, parece ser mais técnica a expressão *declaração de autonomia corporal*, que será utilizada neste trabalho.

Luciana Dadalto o conceitua como documento de manifestação prévia de vontade, em que uma pessoa capaz delibera sobre a suspensão de tratamentos a serem utilizados na hipótese em que o subscritor estiver em estado terminal, em estado vegetativo permanente ou com uma doença crônica incurável e, diante desse cenário, esteja incapacitada de exprimir sua vontade livre e consciente⁷⁸.

Dessa forma, verifica-se, por intermédio da *declaração de autonomia corporal*, que o indivíduo assevera seu direito à autodeterminação pessoal, pois neste documento manifesta sua vontade de forma livre, lícita e esclarecida, no intuito de que seja utilizada como parâmetro para atuação médica futuramente no contexto de enfermidade que impossibilite de exprimir sua vontade.

A finalidade dessa modalidade de diretivas constitui o alcance do tratamento digno do paciente em fase terminal, com gerenciamento de recursos terapêuticos a fim de reduzir o sofrimento para proporcionar ao doente qualidade de vida.

O termo *testamento vital*, aqui denominado *declaração de autonomia corporal*, originou-se da expressão *living will*, na publicação do advogado Luis Kutner, datada de 1969, que versava sobre o direito a morrer. Consta do artigo em comento a indicação de um documento cujas declarações ali registradas se sobreporiam à vontade dos médicos e familiares, denominado *living will*, em que o paciente deixava por escrito que se recusava a

⁷⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; AGAPITO, Priscila de Castro T. P. Lopes. Diretivas antecipadas de vontade como instrumento de concretização do direito fundamental à morte digna. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (coord.). **Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição**: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 197-217.

⁷⁸ DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 5. ed. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 97.

submeter-se a certos tratamentos com a possibilidade de retratabilidade do documento antes do atingimento do estado de inconsciência e/ou incapacidade.

Segundo o advogado, o documento que indica tal consentimento pode ser referido como “testamento vital”, “uma declaração determinando o término da vida”, “Testamento que permite a morte”, “declaração de autonomia corporal”, “declaração para terminar o tratamento”, “confiança corporal”, ou outros similares. O documento forneceria que, se o estado corporal do indivíduo se tornasse completamente vegetativo e é certo que ele não pode recuperar suas capacidades mentais e físicas, o tratamento médico cessará⁷⁹.

Assinala Kutner que, em que pese a lei americana não permitir a matança por misericórdia, é direito do paciente recusar-se a ser submetido a determinado procedimento, ainda que esse tratamento tenha o condão de prolongar sua vida e, segundo o autor, se um médico agir contrariamente ao desejo do paciente está sujeito à responsabilidade. O advogado ressalta, ainda, que quando um paciente sofre uma cirurgia ou qualquer outro tratamento radical, o cirurgião ou o hospital exigirá dele uma declaração legal indicando seu consentimento para o tratamento. Por essa lógica, da mesma forma ocorreria quando o paciente, ainda mantendo suas faculdades mentais e sua capacidade de transmitir sua vontade, poderia acrescentar a tal documento uma cláusula dispondo que se sua condição se tornar incurável e seu estado físico vegetativo, sem possibilidade de reversão e recuperação de suas faculdades completas, seu consentimento para tratamento adicional seria encerrado⁸⁰.

Dessa forma, o médico estaria impedido de prescrever mais cirurgias, radiação, drogas ou o funcionamento de ressuscitação e outras máquinas, e o paciente seria autorizado a morrer em virtude da inatividade do médico.

Assim, a declaração de autonomia corporal em uma outra perspectiva relaciona-se com o fato de que o paciente, ao consentir determinado tratamento, está a limitar a autoridade que o médico e os demais integrantes da equipe médica podem exercer sobre seu corpo, visto que não está obrigado a se submeter a tratamento contrário à sua vontade, o que implica dizer que não deve ser compelido a ingerir certas drogas, receber vacinação, terapia ou cirurgia sem consentimento expresso.

⁷⁹ “The document indicating such consent may be referred to as “a living will,” “a declaration determining the termination of life”, “testament permitting death,” “declaration for bodily autonomy,” “declaration for ending treatment,” “body trust,” or other similar reference. The document would provide that if the individual’s bodily state becomes completely vegetative and it is certain that he cannot regain his mental and physical capacities, medical treatment shall cease”. KUTNER, Luis. Due Process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal. **Indiana Law Journal**, v. 44, n. 4, p. 539-554, 1969. p. 551. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2525&context=ilj>. Acesso em: 10 jun. 2019.

⁸⁰ Ibid., p. 551.

Em 1976, o estado da Califórnia, aprovou o *Natural Death Act* que visava regulamentar esta matéria dos tratamentos médicos a que uma pessoa deve ou não ser submetida em harmonia com sua vontade. Esse mesmo Estado, em 1983, aprovou ainda o *California's Durable Power of Attorney for Health Care Act*, que possibilitou o direito à nomeação de um procurador que tome as decisões médicas quando o paciente esteja impossibilitado, temporário ou definitivamente, de tomá-las.

Esses atos descrevem em quais situações, e como, as pessoas podem recusar intervenções médicas que sustentam a vida, visto que seus objetivos consistem na permissão de que os pacientes escolham uma morte “natural”, livre da tecnologia médica. Essas disciplinas refletem uma resposta aos grandes avanços feitos pela ciência médica na última metade do século XX em prolongar a vida de doentes crônicos e pessoas com enfermidade grave. Isto porque a tecnologia médica não apenas seria capaz de “prevenir” a morte valendo-se de aparelhos como respiradores e tubos de alimentação, mas também aumentou a agonia da morte. Esse cenário, similarmente, gerou preocupações de que o direito individual de autonomia e autodeterminação poderia ser infringido por tal tecnologia invasiva.

Dessa forma, esses regulamentos buscam a efetivação do direito de liberdade individual, em especial o direito de controlar sua própria pessoa sem interferência das demais pessoas, que se estende igualmente na área médica. No dizer do juiz da Suprema Corte dos EUA, Benjamin Cardozo, no caso *Schloendorff vs Sociedade de New York Hospital* (1914), “todo ser humano de idade adulta e mentalmente saudável tem o direito de determinar o que deve ser feito com seu próprio corpo, e um cirurgião que realiza uma operação sem o consentimento de seu paciente comete um ataque que ele é responsável” (tradução livre)⁸¹.

Um dos problemas que a doutrina tem levantado a respeito da declaração de autonomia corporal é a questão de sua atualidade, ou seja, sua conformidade da vontade previamente declarada nas diretivas com a vontade atual do paciente que vive o contexto na enfermidade incapacitante. Isto porque o ser humano, como ser dinâmico e em constante construção, pode ter sua identidade talhada ao passar dos anos em razão das experiências vivenciadas, dos estados psicológicos e emocionais.

Isso significa dizer que o indivíduo pode mudar de opinião acerca da vontade previamente externada neste documento. Por outro lado, não se pode ignorar que a declaração de autonomia corporal, por sua natureza, é revogável e retratável a qualquer momento, mas a

⁸¹ No original: “every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient’s consent commits an assault, for which he is liable”. NATURAL death acts. **Encyclopedia of Death and Dying**. Disponível em: <http://www.deathreference.com/Me-Nu/Natural-Death-Acts.html>. Acesso em: 11 jun. 2019.

questão ganha relevância a partir do momento em que o paciente se encontra no cenário em que se considera ter perdido substancialmente sua capacidade decisória e expressa uma vontade divergente da contida na declaração.

A dificuldade de previsibilidade dos avanços terapêuticos também é uma questão que assola declaração de autonomia corporal, visto que no contexto da elaboração desse documento pode existir determinado meio ou ainda, que se entenda sobremodo extraordinário ou desproporcional quer pelo seu custo, riscos, sofrimentos que implicam, contudo no momento de sua produção de efeitos já seja tido como ordinário e proporcional.

A exteriorização ou materialização das diretivas antecipadas de vontade também pode se revelar pela nomeação de uma figura denominada procurador para cuidados de saúde. Essa nomeação pode se dar isoladamente ou conjuntamente com a elaboração da declaração de autonomia corporal.

Essa modalidade consiste na designação de um representante eleito pelo paciente, em um momento em que se encontra em pleno gozo de suas capacidades intelectuais e volitivas para uma situação vindoura de incapacidade e impossibilidade de expressar sua vontade. A pessoa nomeada como procurador para cuidados de saúde terá competência para a tomada de decisões necessárias em matéria de saúde.

O procurador para cuidados de saúde guarda relação como o *durable power of attorney* ou *health care proxy*⁸².

A designação de procurador para cuidados de saúde pode ostentar algumas vantagens relativamente à declaração de autonomia corporal, especialmente em relação às particularidades que suscitam da doutrina algumas críticas, como sua possível falta de atualidade tanto relativa à questão da vontade do subscritor, quanto acerca da evolução das técnicas terapêuticas, ou até mesmo a falta de objetividade da redação do documento.

⁸² Tradução livre: “Para informar tais indivíduos dos direitos individuais sobre uma Lei Estadual (tanto estatutários como reconhecidos pelas cortes do Estado) para tomar decisões concernentes aos cuidados médicos, incluindo o direito de aceitar ou recusar tratamento médico ou cirúrgico, e o direito de elaborar diretivas antecipadas reconhecidas sobre uma Lei Estadual relacionada à prestação de cuidados quando tais indivíduos estiverem incapacitados (tal diretiva nesse parágrafo se refere a uma ‘diretiva antecipada’), como por exemplo – (i) o agendamento de um agente ou um substituto para tomar decisões de cuidados médicos em benefício de tal indivíduo, [...]”.

Expressão utilizada pelo *Patient Self Determination Act of 1990*, em sua seção terceira: “(A) to inform such individuals of an individual’s rights under State law (whether statutory or as recognized by the courts of the State) to make decisions concerning such medical care, including the right to accept or refuse medical or surgical treatment and the right to formulate advanced directives recognized under State law relating to the provision of care when such individuals are incapacitated (such a directive in this paragraph referred to as an ‘advanced directive’), such as through – (i) the appointment of an agent or surrogate to make health care decisions on behalf of such an individual, [...]”. UNITED STATES OF AMERICA, 1990.

Além dessas vantagens acima arroladas, pode-se indicar, ainda, questões de ordem pessoal, como poupar-se de pensamento sobre a morte e o fim de vida, de impotência diante da superveniência da enfermidade e/ou o receio de sobrecarregar os cuidadores.

Não bastasse isso, a confecção da declaração de autonomia corporal não se trata de tarefa fácil, visto que demanda cuidados especialmente acerca da linguagem utilizada. Isto porque sua matéria recai sobre hipóteses clínicas e em muitos casos o paciente/declarante não possui o domínio das expressões médicas. Por consequência, pode se valer de expressões ambíguas que podem implicar a inobservância do documento.

Do mesmo modo, a doutrina aponta que a declaração de autonomia corporal não pode constituir um documento demasiadamente acurado, sob pena de inviabilizar sua aplicação diante de uma situação não desenhada no documento. Porquanto na eventualidade desse escrito ocupar-se de uma lista detalhada de tratamentos e hipóteses médicas, é provável que as condições da vida real não correspondam com todas aquelas previstas no documento, logo, a declaração de autonomia corporal será inútil⁸³.

Contudo, a constituição para os cuidados de saúde também não se encontra isenta de embaraços. Isto porque diversas questões são levantadas a esse respeito, tais como quem poderá ser constituído ou se existem alguns impedimentos para nomeação. A essa indagação aparenta ser adequado afirmar que pode ser qualquer pessoa que guarde relação de proximidade com o paciente, no intuito de conhecer sua real vontade para as situações vindouras. Dessa feita, será indicado alguém que conheça os valores, as crenças, a vontade prospectiva do paciente, visto que em sede de julgamento substitutivo, o procurador tomará as decisões, contudo de acordo com aquilo que seria a vontade de seu representado, sob pena de responsabilidade civil por violação aos direitos da personalidade.

O procurador para os cuidados de saúde realizará o que a doutrina chama de julgamento por substituição e sua decisão, na verdade não é sua, mas age em nome do outorgante. Nesse sentido, ao deliberar a respeito da autorização ou recusa dos tratamentos ou intervenções médicas, em primeiro momento, o procurador deve se atentar para a escolha explícita do paciente, a exemplo de quando o paciente elabora a declaração de autonomia pessoal e o constituiu como procurador.

Inexistindo essa declaração, esse indivíduo que exercerá o julgamento por substituição deverá se pautar na vontade presumível do paciente, a fim de proteger a sua autonomia e autodeterminação. Essa ponderação viabiliza-se quando o procurador conhece o sistema de valores coerentes e a história pessoal, por isso a indicação de uma pessoa próxima ao

⁸³ RAPOSO, 2011, p. 174.

paciente. Ademais, esse processo decisório deve atender ao melhor interesse do paciente, que geralmente coincide com a proposta terapêutica do médico responsável. Diferentemente do exercício de ponderação pelos valores do paciente/outorgante, do ponto de vista do melhor interesse do paciente, apreciar-se-á suas condições físicas relativamente ao prognóstico, podendo ainda haver o critério sincrético, que decorre do respeito dos valores pessoais do paciente e dos interesses médicos⁸⁴.

Tema relativo ao conteúdo da tomada de decisão será melhor explanado no tópico da responsabilidade civil dos médicos, procurador para cuidados de saúde e familiares, no capítulo 4, em que serão apreciadas cinco abordagens para a constituição das diretivas antecipadas de vontade.

Persistem também, discussões a respeito da possibilidade de nomeações de procuradores sucessivos, ou seja, na eventualidade de um não ter poder, por qualquer motivo, exercer sua função, vocaciona-se o sucessivo. Do mesmo modo que alguns autores levantam a possibilidade de nomeação de uma junta de procuradores, que conjuntamente e por maioria tomarão as decisões em nome do paciente para a situação de impossibilidade superveniente. Para tanto, fundamentam essa hipótese no fato de que, ante a ausência de constituição de diretivas antecipadas de vontade, será a família, ou na falta desta, os médicos que deliberarão as diretrizes para o fim de vida e, nesse sentido, ainda que por decisões coletivas no âmbito de uma junta de procuradores, haverá o exercício de autonomia pessoal do paciente⁸⁵.

Mas, assim como existem algumas questões a serem melhoradas a respeito da declaração de autonomia corporal, a nomeação de procurador para cuidados de saúde também merece que a doutrina se debruce sobre o tema, mormente a existência de eventual conflito entre as instruções contidas na declaração de autonomia corporal e a vontade indicada pelo procurador para cuidados de saúde e sua eventual responsabilização, que será tratada no capítulo 4.

2.5 A experiência estrangeira acerca das diretivas antecipadas de vontade

No âmbito europeu, destaca-se o funcionamento do Conselho da Europa, organismo de cooperação internacional, instituído em 5 de maio de 1949, cujo objetivo consiste na

⁸⁴ PEREIRA, 2004, p. 239.

⁸⁵ AFFONSO, Filipe José Medon. Reflexões acerca da validade e efetividade das diretivas antecipadas de vontade no direito brasileiro. *In*: BARBOZA, Heloísa Helena; LEAL, Livia Teixeira; ALMEIDA, Vitor (coord.). **Biodireito**: Tutela jurídica das dimensões da vida. Reprodução assistida, pesquisa em seres humanos, transexualidade, internação forçada, testamento vital, eutanásia, gênero. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2020. p. 562-609, p. 574.

salvaguarda e promoção dos ideais e princípios comuns aos Estados Membros, entre eles, cabe sublinhar a proteção dos direitos humanos e, por conseguinte, o domínio da bioética e do direito biomédico.

Como produto da atuação do Conselho da Europa na tutela das garantias fundamentais emergiram a aprovação de diversas convenções. Entre elas destaca-se a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, datada de 4 de novembro de 1951, também as recomendações que versam sobre saúde, particularmente a Recomendação nº 779, de 1976, que se ocupa dos direitos dos doentes e moribundos; a Recomendação nº 818, de 1977, que se refere à situação dos doentes mentais; a Recomendação nº 1.418, de 1999, acerca da proteção de direitos humanos e a dignidade do paciente terminal e por fim, mas não menos importante, a Recomendação nº 11, de 2009, que versa sobre os princípios relativos às procurações e diretivas antecipadas de vontade, nos casos de incapacidade do outorgante.

Dessa feita, pelas recomendações acima destacadas, percebe-se que desde 1976, o Conselho da Europa já apresentava interesse nos instrumentos escritos que autorizavam os médicos a se absterem da adoção de diligências de prolongamento de vida, mormente nas hipóteses de cessação irreversível das funções cerebrais, consoante item 10/II⁸⁶, da Resolução nº 779.

⁸⁶ “10. Recomenda-se que o Comitê de Ministros convide os governos dos membros de estados: [...] II. Para estabelecer comissões nacionais de inquérito, composta de representantes de todos os níveis da profissão médica, advogados, teólogos, psicólogos e sociólogos, para definir normas éticas para o tratamento de pessoas próximas ao final da vida, e para determinar a orientação dos princípios médicos para a aplicação de medidas extraordinárias de prolongação da vida, deste modo considerando, entre outras coisas, a situação na qual podem se deparar os membros da profissão médica, tais como sanções legais, tanto civil quanto penal, quando eles se abstiverem de efetuar medidas artificiais para prolongar o processo de morte em casos de pacientes terminais cujas vidas não podem ser salvas pela medicina atual, ou que tomaram medidas positivas pelas quais a intenção primária era para aliviar o sofrimento em tais pacientes e nos quais poderia ter um efeito subsidiário no processo de morte, e para examinar a questão de escrever declarações feitas por pessoas legalmente competentes, autorizando médicos a abster as medidas de prolongação da vida, em particular no caso de cessação irreversível das funções cerebrais” (tradução livre).

10. *Recommends that the Committee of Ministers invite the governments of the member states: [...] II. to establish national commissions of enquiry, composed of representatives of all levels of the medical profession, lawyers, moral theologians, psychologists and sociologists, to establish ethical rules for the treatment of persons approaching the end of life, and to determine the medical guiding principles for the application of extraordinary measures to prolong life, thereby considering inter alia the situation which may confront members of the medical profession, such as legal sanctions, whether civil or penal, when they have refrained from effecting artificial measures to prolong the death process in the case of terminal patients whose lives cannot be saved by present-day medicine, or have taken positive measures whose primary intention was to relieve suffering in such patients and which could have a subsidiary effect on the process of dying, and to examine the question of written declarations made by legally competent persons, authorising doctors to abstain from life-prolonging measures, in particular in the case of irreversible cessation of brain function.* COUNCIL OF EUROPE. **Texts of the Council of Europe on bioethical matters**. Strasbourg, April 2014. v. II. p. 8. Disponível em: [https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Texts_and_documents/INF_2014_5_vol_II_textes_%20CoE_%20bio%C3%A9thique_E%20\(2\).pdf](https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Texts_and_documents/INF_2014_5_vol_II_textes_%20CoE_%20bio%C3%A9thique_E%20(2).pdf). Acesso em: 22 abr. 2019.

Não obstante, o debate a respeito das diretivas antecipadas de vontade foi efetivamente impulsionado somente após a Convenção para a Proteção dos Direitos dos Homens e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, designada também como Convenção sobre os Direitos do Homem e Biomedicina ou ainda, Convenção de Oviedo⁸⁷, aprovada em 4 de abril de 1997, tendo como países signatários, além dos Estados Membros do Conselho da Europa, os Estados Unidos, o Canadá, o Vaticano, a Austrália e o Japão.

A Convenção de Oviedo simbolizou um significativo avanço na consolidação dos direitos dos pacientes, haja vista que um de seus princípios fundamentais consiste na proteção ao consentimento informado, ao destacar que *“qualquer intervenção no domínio da saúde apenas pode ser efectuada após a pessoa em causa dar o seu consentimento de forma livre e esclarecida”* (art. 5º, nº 1)⁸⁸. Do mesmo modo, o artigo 9º robustece o princípio da autonomia ao disciplinar que serão levados em consideração os desejos expressados anteriormente pelo paciente, que dizem respeito à intervenção médica, quando este, no momento da intervenção, não puder expressar sua vontade.

Pode-se afirmar que a Convenção de Oviedo foi o primeiro instrumento normativo internacional a reconhecer o direito do enfermo a enjeitar tratamento médico e fomentou a indispensabilidade de regulamentação das diretivas antecipadas de vontade. Dessa forma, o que se nota é que, nos últimos anos, os países europeus encontram-se em um processo de admissão das diretivas antecipadas de vontade, no intuito de superar os obstáculos práticos decorrentes da lacuna legislativa, além de fortificar a autonomia do paciente.

No domínio da Resolução nº 1.418, de 1999, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, chamou a atenção dos Estados Membros acerca da imprescritibilidade do estabelecimento de critérios de apreciação da validade das declarações prévias de recusa de tratamentos médicos, do exame de seu conteúdo, sem contar a necessidade de regulamentar os casos de nomeação de representantes para assuntos de saúde e a extensão dos poderes de representação⁸⁹.

⁸⁷ CONSELHO DA EUROPA, 1997.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ 9. A Assembleia então recomenda que o Comitê de Ministros encoraje membros do estado do Conselho da Europa a respeitarem e protegerem a dignidade do doente terminal ou pessoa que está falecendo em todos os aspectos [...]. b. ao proteger o doente terminal ou pessoa que está falecendo à autodeterminação, enquanto toma as medidas necessárias: [...] iv. Para garantir que a diretiva antecipada ou testamento vital da pessoa com incapacidade com doença terminal ou que está morrendo recuse tratamentos médicos específicos seja observada. Além disso, para garantir que os critérios de validação como o alcance das instruções dadas nas diretivas, bem como a nomeação dos procuradores e da extensão das suas autoridades são definidas; e para garantir que as decisões do substituto pelas procurações baseadas em depoimentos pessoais avançados de vontade ou assunções de vontade são apenas levadas em conta se a vontade da pessoa referida não foi

Novamente, em dezembro de 2009, a Recomendação nº 11 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, ocupou-se da disciplina dos poderes de representação e diretivas antecipadas referentes à incapacidade, mas não se limitou apenas ao campo da saúde, visto que buscou nortear os Estados-Membros a normatizarem os requisitos necessários para a validade jurídica desses documentos e instruiu, também, que as diretivas antecipadas possam ser livremente revogadas.

Contudo, o cenário de ausência de uniformidade no continente europeu em matéria relativa às diretivas antecipadas, visto que nem todos os países disciplinaram o tema, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa exarou em 25 de janeiro de 2012, a Recomendação nº 1.993 e a Resolução nº 1.859, que versam sobre a proteção dos direitos humanos e da dignidade dos pacientes relacionados às declarações antecipadas. Esses instrumentos normativos indicam a imprescindibilidade de que os Estados-Membros garantam com urgência a efetiva tutela dos direitos e garantias fundamentais relacionadas a essa temática.

No âmbito do objeto de estudo, outro instrumento que merece destaque acerca da experiência europeia sobre as diretivas antecipadas é a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que alberga um complexo de direitos pessoais, cívicos, políticos, sociais e econômicos dos cidadãos europeus. Anteriormente a esse documento, essa disciplina estava dispersa em vários instrumentos legislativos, nacionais e internacionais, que incorporavam o direito comunitário. No entanto, esse veículo apenas recebeu efeitos jurídicos vinculatórios após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, que o anexou como declaração. No artigo 3º, nº 2, alínea a), consagra expressamente o princípio do consentimento e a autonomia no domínio da União Europeia.

expressada diretamente naquela situação ou se não há vontade identificável. Nesse contexto, deve haver sempre uma conexão clara a afirmações que eram feitas pela pessoa em questão próximo ao momento da situação de tomada de decisão, mais precisamente ao tempo em que ele ou ela está morrendo, e decisões que dependem de julgamentos valorativos gerais presentes na sociedade não devem ser admitidos e que, em caso de dúvida, a decisão deve sempre ser pela vida e pela prolongação da vida”.

9. “*The Assembly therefore recommends that the Committee of Ministers encourage the member states of the Council of Europe to respect and protect the dignity of terminally ill or dying persons in all respects: [...] b. by protecting the terminally ill or dying person’s right to selfdetermination, while taking the necessary measures: [...] iv. to ensure that a currently incapacitated terminally ill or dying person’s advance directive or living will refusing specific medical treatments is observed. Furthermore, to ensure that criteria of validity as to the scope of instructions given in advance, as well as the nomination of proxies and the extent of their authority are defined; and to ensure that surrogate decisions by proxies based on advance personal statements of will or assumptions of will are only to be taken if the will of the person concerned has not been expressed directly in the situation or if there is no recognisable will. In this context, there must always be a clear connection to statements that were made by the person in question close in time to the decision-making situation, more precisely at the time when he or she is dying, and in an appropriate situation without exertion of pressure or mental disability. To ensure that surrogate decisions that rely on general value judgements present in society should not be admissible and that, in case of doubt, the decision must always be for life and the prolongation of life*”. COUNCIL OF EUROPE, 2014, p. 46-47.

A promoção de edições legislativas a respeito das diretivas antecipadas foi impulsionada pela expansão da área de atuação da União Europeia, que ultrapassou os muros restritos ao espaço comercial e aduaneiro, a fim de implantar uma nova ordem, marcada particularmente na tutela, no respeito e na promoção dos direitos humanos.

Tecidas tais considerações a respeito da evolução normativa referente às diretivas antecipadas no âmbito comunitário europeu, passa-se à análise da disciplina legislativa em alguns países deste continente.

Na França, a primeira disciplina legislativa sobre o tema foi a *Loi n° 2.002/303 du 4 mars 2002*, lei que trata dos direitos dos doentes e da qualidade do sistema de saúde. Essa norma previu a possibilidade da nomeação de uma figura semelhante ao procurador para cuidados de saúde e destacou sua importância.

Contudo, após três anos de vigência da lei acima descrita, a França aprovou a *Loi n° 2.005/370 du 22 avril 2005*, relativa aos direitos do paciente e ao fim da vida, que alterou o Código de Saúde Pública e autorizou a interrupção, ou ainda, a não utilização de tratamentos médicos inúteis e desproporcionais mediante a prévia manifestação do paciente, no intuito de salvaguarda da dignidade do doente. Esses textos normativos passaram por alterações novamente em 2010 e em 2016.

No entanto, o que se pode observar na legislação francesa é a preocupação com o tratamento com dignidade, redução do sofrimento do paciente e a qualidade no final da vida, bem como a necessidade de efetivação do princípio do consentimento informado e a observância da vontade do paciente.

O artigo L1111-4 prevê a proibição de realização de qualquer procedimento ou intervenção médica sem o consentimento livre e esclarecido do paciente, exceto nos casos de urgência ou impossibilidade de fazê-lo, ou ainda, nos casos em que não existe o procurador de cuidados de saúde ou qualquer pessoa de confiança e/ou família que possa prestá-lo. Destaca também a observância as diretivas antecipadas de vontade, caso existentes.⁹⁰

⁹⁰ Tradução livre: “O médico tem a obrigação de respeitar a vontade da pessoa depois de informá-la das consequências de suas escolhas e sua seriedade. Se a decisão da pessoa de recusar ou descontinuar o tratamento colocar a sua vida em risco, ele ou ela deve reiterar a sua decisão dentro de um prazo razoável. [...] Nenhum procedimento médico ou tratamento pode ser realizado sem o consentimento livre e esclarecido da pessoa e este consentimento pode ser retirado a qualquer momento. [...] Quando a pessoa é incapaz de expressar a sua vontade, nenhuma intervenção ou investigação pode ser realizada, a menos que haja uma emergência ou impossibilidade, sem que a pessoa de confiança prevista no artigo L. 1111-6, ou a família, ou na falta de, um de seus parentes próximos seja consultado. Quando a pessoa não puder expressar a sua vontade, a limitação ou descontinuação do tratamento susceptível de resultar em morte não pode ser alcançada sem seguir o procedimento colegial referido no artigo L. 1110-5-1 e as diretivas antecipadas ou, na falta de, sem a pessoa de confiança prevista no artigo L. 1111-6 ou, na falta disso, a família ou entes queridos tenham sido consultados”.

O procurador de cuidados de saúde na França é denominado como “pessoa de confiança”, que ficará responsável em receber as informações referentes ao estado de saúde, tratamento e intervenções e diante da impossibilidade do paciente em expressar sua vontade, definirá os rumos do tratamento de acordo com aquilo que seria a vontade do paciente. Seu testemunho prevalece sobre qualquer outro⁹¹.

Por sua vez, o artigo 1111-11, alterado pela *Loi n° 2.016/87, de 2016*, cuida das diretivas antecipadas de vontade e autoriza qualquer pessoa maior de idade a elaborá-las nos casos de incapacidade superveniente. O artigo prevê que as diretivas devem exprimir o desejo da pessoa acerca do fim de sua vida, mormente às causas relativas à limitação, rescisão ou recusa a tratamento médico.

Ademais, aduz a lei que esse documento deve ser passível de revisão e retratação, além da possibilidade de elaboração conforme um modelo cujo conteúdo é definido por decreto do Conselho de Estado, tomado após o parecer da Alta Autoridade de Saúde. O artigo em comento ratifica o poder vinculatório das diretivas, visto que é imprescindível sua observância qualquer investigação, intervenção ou decisão de tratamento, ressalvados os casos de emergência vital durante o tempo necessário para uma avaliação completa da

“Le médecin a l’obligation de respecter la volonté de la personne après l’avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité. Si, par sa volonté de refuser ou d’interrompre tout traitement, la personne met sa vie en danger, elle doit réitérer sa décision dans un délai raisonnable. [...] Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment. [...] Lorsque la personne est hors d’état d’exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l’article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté. Lorsque la personne est hors d’état d’exprimer sa volonté, la limitation ou l’arrêt de traitement susceptible d’entraîner son décès ne peut être réalisé sans avoir respecté la procédure collégiale mentionnée à l’article L. 1110-5-1 et les directives anticipées ou, à défaut, sans que la personne de confiance prévue à l’article L. 1111-6 ou, à défaut la famille ou les proches, aient été consultés”. REPUBLIQUE FRANÇAISE. Loi n° 2016-87 du 2 février 2016. Créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie. **Journal Officiel de la République Française**, n° 28 du 3 février 2016. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=XE8PBLIDm87oKidSqvZIOQlgj8aUOv1MZCf1HPdWY3s>. Acesso em: 30 abr. 2019.

⁹¹ Tradução livre: “Qualquer pessoa em idade avançada pode designar uma pessoa de confiança que pode ser pai, parente ou médica assistente e que será consultado caso não seja capaz de expressar seus desejos e receber as informações necessárias para este fim. Reflete a vontade da pessoa. Seu testemunho prevalece sobre qualquer outro testemunho. Esta designação é feita por escrito e coassinada pela pessoa designada. É revisável e revogável a qualquer momento. Se o paciente quiser, a pessoa de confiança o acompanha em seus passos e assiste às entrevistas médicas para ajudá-lo em suas decisões”.

“Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d’état d’exprimer sa volonté et de recevoir l’information nécessaire à cette fin. Elle rend compte de la volonté de la personne. Son témoignage prévaut sur tout autre témoignage. Cette désignation est faite par écrit et cosignée par la personne désignée. Elle est révisable et révocable à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l’accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l’aider dans ses décisions”. Ibid.

situação e ainda nas hipóteses em que as diretivas antecipadas parecem ser claramente inadequadas ou incoerentes com a situação médica⁹².

Por fim, o legislador francês elencou a situação de inobservância das diretivas antecipadas julgadas pelo médico manifestamente inadequadas ou em desacordo com realidade médica do paciente. Nestes casos, o quadro será levado a um procedimento colegial definido por regulamento, que julgará se a vontade expressa na diretiva deve prevalecer ou não, mas, em todo caso, será ouvida a pessoa de confiança designada pelo paciente ou, na sua falta, a família ou parentes.

A Espanha também procedeu à disciplina legal das diretivas antecipadas, a lei denominada “*Ley de Autonomía del Paciente (nº 41/2002, de 14/11)*”. A lei federal espanhola nomina as diretivas como “*instrucciones previas*”, no entanto, algumas comunidades autônomas espanholas utilizam a expressão “*voluntades anticipadas*”.

O artigo 11⁹³ da lei em comento traz as “*instrucciones previas*” que serão elaboradas por pessoa maior e capaz, que manifestará antecipadamente sua vontade a ser cumprida em situação superveniente de impossibilidade de exprimi-la, relativamente aos cuidados e tratamentos de saúde, bem como sobre o destino de seu corpo e órgãos após a morte. Esse mesmo artigo autoriza que o paciente proceda à designação de um representante, que servirá como interlocutor com a equipe médica a fim de garantir o cumprimento das *instrucciones previas*.

⁹² Tradução livre: “Qualquer pessoa maior de idade pode elaborar diretrizes antecipadas no caso de não conseguir expressar seus desejos um dia. Estas diretivas antecipadas expressam a vontade da pessoa relacionada ao fim da sua vida, no que diz respeito às condições de acusação, limitação, rescisão ou recusa de tratamento ou atos médicos. A qualquer momento e por qualquer meio, elas são passíveis de revisão e revogáveis. Elas podem ser elaboradas de acordo com um modelo cujo conteúdo é estabelecido por decreto no Conselho de Estado, utilizado após o parecer da Alta Autoridade de Saúde”.

Article 1111-11: “Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées expriment la volonté de la personne relative à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement ou d'acte médicaux. A tout moment et par tout moyen, elles sont révisables et révocables. Elles peuvent être rédigées conformément à un modèle dont le contenu est fixé par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Haute Autorité de santé”. REPUBLIQUE FRANÇAISE, 2016.

⁹³ *Artículo 11. “Instrucciones previas. 1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. 2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito”.* ESPAÑA. Ley 41/2002, de 14 de noviembre de 2002. Reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. **Boletín Oficial del Estado**, n. 274, de 15 de noviembre de 2002. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/11/14/41/con>. Acesso em: 21 jun. 2019.

A lei espanhola exige que tais instruções sejam realizadas por escrito e não podem contrariar o ordenamento jurídico vigente. Do mesmo modo, devem corresponder à situação de fato que o paciente havia previsto no momento de elaborá-las e, assim como na legislação francesa, as diretivas podem ser revistas e revogadas a qualquer tempo, desde que por escrito.

Além disso, a lei federal espanhola designou às Comunidades Autônomas a competência para regulamentação legal da matéria, especialmente no que tange aos requisitos formais. Contudo, a fim de garantir a eficácia dessas instruções em todo o território nacional, a Lei assegura a criação de um o Registro Nacional⁹⁴ de instruções prévias, no âmbito do Ministério da Saúde e Consumo, que será regido pelas normas estabelecidas por regulamento, com o prévio acordo do Conselho Interterritorial do Sistema Único de Saúde.

Malgrado a lei federal espanhola ser datada de 2002, antes de sua edição a Espanha já debatia o tema, sendo considerada por alguns autores como vanguardista europeia sobre as diretivas. Isto porque, já em 1986, a “*Asociación Pro Derecho a Morir Dignamente*”⁹⁵ elaborou um modelo de diretiva antecipada. Ocorre que a regulamentação jurídica nesse país datou de 1º de janeiro de 2000, ocasião em que a Convenção de Oviedo entrou em vigor na Espanha.

A Itália, por sua vez, instituiu, em 1998, o Código de Deontologia Médico, entre outras situações, tratava do consentimento informado e da autonomia do paciente nos artigos 32⁹⁶ e 34, respectivamente. Mais adiante, no artigo 37, ao tratar dos casos de doentes

⁹⁴ Esse registro foi criado pelo Decreto Real nº 124/2007, de 02 de fevereiro. Esse decreto, ao considerar que nem todas as Comunidades Autônomas haviam regulamentado a matéria, prescreve que na eventualidade de o subscritor do documento residir em uma comunidade que ainda não procedeu à regulamentação da matéria, a autoridade competente deverá enviar a diretiva ao Registro Nacional que, por sua vez, realizará a inscrição provisória. Por conseguinte, a diretiva vinculará a equipe médica apesar da inexistência de regulamentação jurídica na respectiva comunidade.

⁹⁵ ASOCIACIÓN FEDERAL DERECHO A MORIR DIGNAMENTE. **Quiénes somos**. Disponível em: <https://derechoamorir.org/quienes-somos/>. Acesso em: 21 jun. 2019.

⁹⁶ Articolo 32. “*Acquisizione del consenso. Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l’acquisizione del consenso informato del paziente. Il consenso, espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sulla integrità fisica si renda opportuna una manifestazione inequivoca della volontà della persona, è integrativo e non sostitutivo del processo informativo di cui all’art. 30. Il procedimento diagnostico e/o il trattamento terapeutico che possano comportare grave rischio per l’incolumità della persona, devono essere intrapresi solo in caso di estrema necessità e previa informazione sulle possibili conseguenze, cui deve far seguito una opportuna documentazione del consenso. In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace di intendere e di volere, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona, ove non ricorrano le condizioni di cui al successivo articolo 34*”.

“Aquisição de consentimento. O médico não deve empreender atividades diagnósticas e/ou terapêuticas sem a aquisição do consentimento informado do paciente. O consentimento, expresso de modo escrito nos casos previstos pela lei e nos casos em que pela particularidade dos serviços diagnósticos e/ou terapêuticos ou pelas suas possíveis consequências sobre a integridade física torne-se oportuna uma manifestação inequívoca da vontade da pessoa, é complementar e não substituível no processo informativo a que se refere o art. 30. O procedimento diagnóstico e/ou tratamento terapêutico que possam comportar grave risco à integridade da

terminais, o Código afirma que o médico deve limitar seu trabalho à assistência moral e a terapias que visem poupar o sofrimento inútil, além de proporcionar ao paciente os tratamentos adequados para a promoção da qualidade de vida.

Apesar de constituir uma das primeiras disciplinas que reconheciam direitos aos pacientes na Itália, esse código não possuía força normativa com eficácia erga omnes, visto que vinculava apenas médicos e dentistas os sujeitando às sanções disciplinares, não se pode ignorar sua contribuição ao debate a respeito do princípio do consentimento informado, autonomia e observância da vontade do paciente.

O tema especificamente das diretivas antecipadas nesse país adquiriu relevância quando o Comitê Nacional de Bioética apresentou um documento denominado “*Dichiarazioni Anticipate di Trattamento*”⁹⁷, em 18 de dezembro de 2003, que estabelece algumas diretrizes a respeito das diretivas antecipadas na visão do Comitê Nacional de Bioética. Para esse conselho, as diretivas não devem, de modo algum, ser entendidas como uma prática que pode induzir ou facilitar lógicas de abandono terapêutico.

Ademais, afirma que tais instruções apenas serão legítimas quando cumprirem alguns critérios gerais estabelecidos pelo Comitê Nacional, entre eles: ser público, ser fornecido com data, escrito, por pessoa maior de idade, capaz de compreender e expressar sua vontade, informado, autônomo e não elaborado sobre qualquer forma de pressão; suas disposições não podem estar relacionadas com fins de eutanásia, que contradizem o direito positivo, as regras de prática médica, a ética; visam assegurar a personalização máxima da vontade do paciente no futuro.

Neste documento, o Comitê Nacional de Bioética considera oportuno que o legislador tome medidas explícitas sobre esta matéria, uma vez que o médico está obrigado a considerar

peessoa, devem ser empreendidos apenas em caso de extrema necessidade e informação prévia sobre as possíveis consequências, que devem ser seguidos da oportuna documentação do consentimento. De qualquer forma, na presença de recusa documentada de pessoa capaz de compreender e querer, o médico deve desistir das consequentes ações diagnósticas e/ou curativas, não sendo consentido qualquer tratamento médico contra a vontade da pessoa, contanto que não se recorra às condições referentes ao artigo sucessivo”. ORDINE DEI MEDICI CHIRURGHI E DEGLI ODONTOIATRI DELLA PROVINCIA DI FOGGIA. Codice Di Deontologia Medica. In vigore dal 2/3 ottobre 1998 al 15 dicembre 2006. Disponível em: <http://www.omceofg.it/wp-content/uploads/2017/04/vecchioCodiceDeontologico19982006.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2019.

Esse Código foi substituído pelo Novo Código em 2014, o *Codice di Deontologia Medica*, que sofreu modificações em 2016, 2017 e 2020. FEDERAZIONE NAZIONALE DEGLI ORDINI DEI MEDICI CHIRURGHI E DEGLI ODONTOIATRI. Codice Di Deontologia Medica. 06 feb. 2020. Disponível em: <https://portale.fnomceo.it/wp-content/uploads/2020/04/CODICE-DEONTOLOGIA-MEDICA-2014-e-aggiornamenti.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁹⁷ COMITATO Nazionale per la Bioetica - Dichiarazioni anticipate di trattamento. **Dichiarazioni Anticipate**, 18 dez. 2003. Disponível em: <https://dichiarazionianticipate.it/documenti-e-convenzioni/comitato-nazionale-per-la-bioetica-dichiarazioni-anticipate-di-trattamento>. Acesso em: 22 jun. 2019.

as declarações, caso contrário deve explicar formalmente no prontuário os motivos da sua decisão.

Do mesmo modo, a jurisprudência cooperou bastante para a construção teórica a respeito da matéria. Vale destacar dois casos ventilados pelo judiciário italiano, que tiveram grande repercussão social, cujas decisões constituíram verdadeiros paradigmas no manejo do tema.

O primeiro caso ocorreu no ano de 2006 e envolvia um idoso de 70 anos de idade, que desde os 18 anos sofria de distrofia muscular progressiva. Há 9 anos, Piergiorgio Welby, o senhor em questão, dependia de um respirador artificial para se manter vivo, mas seu caso agravou-se. Por essa razão, Welby levou seu caso à justiça italiana, a fim de que fosse autorizado o desligamento dos aparelhos que conservavam sua vida.

Ocorre que o Tribunal de Roma indeferiu o pedido do idoso, insatisfeito com a situação, o paciente elaborou uma carta aberta ao presidente Giorgio Napolitano no intuito de relatar seu sofrimento e vontade de morrer. Essa carta suscitou grande comiseração na sociedade italiana.

Sem solução por parte das autoridades, o médico anestesista Mario Ricco, em 21 de dezembro de 2006, a pedido de Welby, sedou o paciente e desligou os aparelhos que o mantinham vivo. No entanto, após esse procedimento, o médico foi acusado da prática de eutanásia. Contudo, para a surpresa de muitos, o mesmo Tribunal de Roma que havia indeferido o pedido do paciente, encerrou o caso com a absolvição do anestesista e fundamentou sua decisão no direito de recusa a tratamento médico pertencente ao paciente e, assim, o médico apenas teria se sujeitado à vontade de seu paciente e ao seu dever profissional.

O outro caso que movimentou o judiciário italiano versava sobre uma vítima de acidente automobilístico, que em virtude do evento fatídico iniciou irreversível estado vegetativo em 18 de janeiro de 1992. O pai de Eluana Englaro, a vítima do acidente, ingressou judicialmente com pedido de interrupção do tratamento de suporte artificial de sua filha, por conseguinte, o processo de morte natural da paciente.

Mais uma vez, o judiciário italiano indeferiu o pedido. Em dezembro de 1999, pela Corte de Apelação de Milão, e em abril de 2005, pelo Tribunal de Cassação. Quase 10 anos após o pedido inicial, o pai de Eluana realizou novo pedido e, em 9 de julho de 2008, o Tribunal de Apelação de Milão autorizou a suspensão dos métodos de alimentação e hidratação artificiais que mantinham a paciente viva. O fundamento da nova decisão considerou o artigo 9º da Convenção de Oviedo, o artigo 3º, nº 2, da Carta de Direitos

Fundamentais da União Europeia, ou seja, respaldou-se na autodeterminação terapêutica do paciente, no direito fundamental à saúde e à inviolabilidade da liberdade individual. Ademais, o tribunal afastou a hipótese de eutanásia, visto que essa cessação apenas possibilitaria o curso natural da doença.

Infelizmente, o caso não se encerrou ali. O Ministério Público recorreu da decisão em novembro de 2008, recurso que não foi admitido por ausência de legitimidade de parte. Por conseguinte, houve o trânsito em julgado da decisão do Tribunal de Apelação de Milão que deferiu o pedido de suspensão da manutenção artificial da vida de Eluana. Contudo, o primeiro-ministro Silvio Berlusconi exarou um decreto em 6 de fevereiro de 2009, objetivando impedir o cumprimento do pronunciamento judicial, mas o presidente Giorgio Napolitano rejeitou o decreto. Assim, finalmente, Eluana morreu em 9 de fevereiro de 2009, ou seja, após 17 anos de estado permanente vegetativo.

A disciplina legislativa específica sobre o tema sobreveio em março de 2009, intitulada “*disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*”. Todavia, essa lei constituía uma disciplina manifestamente conservadora que refutava enfaticamente qualquer categoria de eutanásia, assistência ou auxílio ao suicídio, na medida em que promove o princípio da indisponibilidade da vida humana e da aliança terapêutica como dogma da relação médico-paciente.

De acordo com o texto normativo, as diretivas antecipadas de vontade não vinculavam a equipe médica, que está sujeita ao dever exclusivo de tutela da vida, da saúde e à redução do sofrimento. Nos moldes do artigo 1º, alínea “a”, a proteção da vida humana é inviolável e indisponível, inclusive na fase terminal da existência e nos casos em que o indivíduo não pode expressar sua vontade, nem esteja em condições de compreender o que se passa.

Dessa forma, as diretivas antecipadas de vontade apenas devem ser consideradas nas hipóteses de recusa de tratamento médico desproporcional ou experimental, mas de forma alguma nos casos em que essa intervenção importe em salvaguarda da vida, logo, não são oponíveis à hidratação e à alimentação artificiais.

No contexto norte-americano existem diversas legislações promulgadas a respeito do tema, cada Estado procedeu à sua regulamentação em busca de alguma segurança na elaboração das diretivas, até os territórios, como Guam, Porto Rico e as Ilhas Virgens. A lei de New Jersey assegura às operadoras de saúde o direito de não participar de uma recusa ou retirada das medidas de sustentação vital, ao mesmo tempo que também solicita aos médicos que documentem as diretivas antecipadas do paciente. Em Dakota do Sul, enquanto se reconhece o direito do paciente de confeccionar diretivas, permite-se que os profissionais

da saúde ofereçam tratamentos para aliviar a dor ou desconforto. Oklahoma, por sua vez, tutela os desejos do paciente ao se reconhecer as obrigações do médico ou da operadora de saúde que intentem prestar cuidados para preservar a vida.

2.6 As diretivas antecipadas no Brasil

No Brasil não existe disciplina legislativa a respeito do tema, a regulamentação das diretivas antecipadas de vontade encontra-se inserida no âmbito do Conselho Federal de Medicina, que editou duas resoluções.

A primeira delas é a Resolução nº 1.805, publicada em 28 de novembro de 2006, que em seus artigos autoriza o médico a limitar ou suspender intervenções que prolonguem a vida do paciente e determina a manutenção das medidas necessárias para evitar o sofrimento do doente.

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

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

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

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

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

O Conselho Federal de Medicina e os Conselhos Regionais foram instituídos pelo Decreto-lei nº 7.955, de 13/09/1945, suas atribuições estão previstas no art. 2º da Lei nº 3.268, de 30/09/1957, que dispõe: “Art. 2º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em tôda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica [...]”.

À vista do exposto, nota-se que estes órgãos estão voltados ao exercício do poder disciplinar da classe médica e, como tal, suas normas vinculam apenas a comunidade médica. Contudo, o Ministério Público Federal ajuizou uma ação civil pública em 09 de maio de 2008, autuada como Processo nº 2007.34.00.014809-3, que tramitou perante a 14ª Federal, da Comarca de Brasília, cujo objetivo era questionar o alcance da competência do Conselho Federal de Medicina em sede de seu poder disciplinar, ao legitimar uma conduta médica tipificada como crime⁹⁸.

⁹⁸ DADALTO, 2020, p. 156-157.

O Ministério Público Federal requereu antecipação dos efeitos da tutela e o magistrado, em sua decisão, diferenciou eutanásia, suicídio assistido e ortotanásia. Após tecer essas considerações, indicou que a tramitação do anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal e entre as alterações encontra-se o enquadramento da eutanásia como homicídio privilegiado e a descriminaliza da ortotanásia. Dessa forma, o magistrado compreendeu que, se existe um projeto de lei que visa descriminalizar a conduta, implica dizer que é crime tipificado no art. 121, do Código Penal, por conseguinte julgou que essa matéria não é afeta do Conselho Federal de Medicina, mas carece passar por processo legislativo, determinando a suspensão da resolução⁹⁹.

Pouco tempo depois, em 24/09/2009, o Conselho Federal de Medicina aprovou o novo Código de Ética Médica. Um dos princípios fundamentais dessa norma versa que mediante “situações clínicas irreversíveis e terminais o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sobre sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”.

Essa lei fora aprovada durante o trâmite do processo que questionava a Resolução nº 1.805 e contribuiu para a alteração de seu desfecho. Em sede de alegações finais o Ministério Público Federal manifestou-se favoravelmente ao posicionamento do Conselho Federal de Medicina e o juiz julgou improcedente o pedido.

Luciana Dadalto arrola as razões da sentença:

1. O CFM tem competência para editar a Resolução nº 1.805/2006, que não versa sobre direito penal e, sim, sobre ética médica e consequências disciplinares;
2. A ortotanásia não constitui crime de homicídio, interpretado o Código Penal à luz da Constituição Federal;
3. A edição da Resolução nº 1806/2006 não determinou modificação significativa no dia-a-dia dos médicos que lidam com pacientes terminais, não gerando, portanto, os efeitos danosos propugnados pela inicial;
4. A Resolução nº 1805/2006 deve, ao contrário, incentivar os médicos a descrever exatamente os procedimentos que adotam e os que deixam de adotar, em relação a pacientes terminais, permitindo maior transparência e possibilitando maior controle da atividade médica;
5. Os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal não devem ser acolhidos, porque não se revelarão úteis as providências pretendidas, em face da argumentação desenvolvida.¹⁰⁰

⁹⁹ Essa mesma autora critica a decisão do magistrado e afirma que a ortotanásia deve ser compreendida como prática terapêutica, cujo objetivo é garantir a dignidade do paciente em estado terminal, sua autonomia e de seus familiares. Prossegue a autora que a ortotanásia não deve ser encarada como conduta criminosa, ao contrário, afirma que a manutenção da vida do paciente a qualquer custo de ser tida como tortura, visto que acaba por prolongar o sofrimento do paciente. DADALTO, 2020, p. 157-158.

¹⁰⁰ Ibid., p. 161-162.

Dessa feita, o magistrado alterou seu entendimento inicial representado na decisão interlocutória que deferiu o pedido de suspensão dos efeitos da Resolução em comento e compreendeu a ortotanásia não mais como hipóteses de fato típico penal, mas sua harmonia com os preceitos constitucionais. Além disso, depreendeu que o Conselho Federal de Medicina possui competência para a disciplina da matéria que está afeta à Ética e Disciplina da comunidade médica, bem como que a Resolução poderia incentivar a transparência da atividade médica ao favorecer a descrição dos procedimentos adotados.

No dia 31 de agosto de 2012 foi aprovada a Resolução nº 1.995 do Conselho Federal de Medicina, que avançou sobre o assunto da terminalidade de vida. A dita resolução versa sobre as diretivas antecipadas de vontade. Em seu “considerando” a resolução indica a necessidade de disciplinar a conduta médica em face das diretivas e a ausência de regulamentação sobre as diretivas antecipadas. Aponta também para a importância da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente e sua relação com as diretivas antecipadas de vontade, bem como os reflexos dos novos recursos tecnológicos que permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do doente em estado terminal.

Essa resolução conceitua as diretivas antecipadas em seu artigo 1º 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”. Na sequência, o artigo 2º prevê que o médico levará em consideração a vontade manifesta previamente nas diretivas em relação aos cuidados e tratamentos. Essa expressão “levará em consideração” enseja discussão a respeito da força vinculante das diretivas, ponto que será abordado em tópicos posteriores.

A resolução também prevê que os médicos poderão deixar de “levar em consideração” as diretivas nas hipóteses de se encontrarem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica. Novamente essa regra suscita algumas hipóteses, visto que a primeira vista parece que a resolução desprestigia a autonomia e autodeterminação do paciente, visto que o faz sucumbir ante seu aparente conflito com preceitos estabelecidos no Código de Ética Médica, tema que também será melhor explorado em capítulo pertinente.

No que toca aos aspectos formais, a resolução estabelece que as diretivas noticiadas ao médico deverão ser registradas no prontuário médico e nos casos de sua inexistência ou desconhecimento, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da Instituição, ou na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ainda, ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos.

Essa resolução também foi objeto de contenta judicial. O Ministério Público Federal de Goiás ajuizou, em 31 de janeiro de 2012, ação civil pública com o intuito de ser declarada inconstitucional, pois no entender do representante do MP, a resolução “extravasa o poder regulamentar do CFM, impõe riscos à segurança jurídica, alija a família de decisões que lhe são de direito e estabelece instrumento inidôneo para o registro das diretivas antecipadas de pacientes”¹⁰¹.

Mais uma vez levada ao judiciário essa temática e novamente a ação fora julgada improcedente. O magistrado entendeu que a resolução é constitucional, que as diretivas antecipadas de vontade não compreendem apenas as hipóteses de pacientes terminais ou que optem pela ortotanásia, mas, até mesmo, a qualquer paciente que possa apresentar um quadro de incapacidade de manifestação de vontade e que essa resolução não impede que a família e o Poder Público possam se socorrer ao Judiciário em condições de oposição às diretivas ou no intento de responsabilização dos profissionais de saúde por cometimento de ato ilícito.

É válido destacar, também, no direito nacional, o enunciado nº 37, da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe:

As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos aos quais o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.

Percebe-se que a redação do enunciado evidencia uma preocupação com a forma de exteriorização dessa declaração, que poderá ser realizada por escritura pública ou por instrumento particular com a presença de duas testemunhas. Todavia, algumas vozes criticam a redação ao limitar o conteúdo das diretivas aos tratamentos médicos, quando poderiam abranger cuidados e até disposições sobre enterros, além de silenciar a respeito da constituição do procurador para cuidados de saúde¹⁰². Por outro lado, autores refutam essas críticas ao assinalar que esse enunciado não tem força normativa e é plenamente possível o exercício de hermenêutica para ampliar ou reduzir seu alcance¹⁰³.

Entretanto, parece mais correto afirmar que a redação do enunciado em questão ocupou-se muito mais, como afirmado anteriormente, com o requisito de forma das diretivas antecipadas, ou melhor, com a liberdade de formas de sua elaboração, conferindo preferência

¹⁰¹ DADALTO, 2020, p. 166.

¹⁰² Ibid., p. 167.

¹⁰³ AFFONSO, 2020, p. 567.

a documento escrito. E de sua leitura pode-se até notar indícios de reconhecimento de sua natureza jurídica negocial. Não aparenta que o enunciado tenha intenção de disciplinar aquilo que pode ser ventilado nessa declaração.

Assim, percebe-se que a ausência de disciplina legal sobre o tema acarreta um cenário de instabilidade e insegurança a respeito das diretivas antecipadas de vontade, o que implica uma destacável necessidade da doutrina e do Judiciário se debruçarem sobre o tema com o propósito de sanar esse clima de fragilidade do instituto.

3 DIRETIVAS ANTECIPADAS E A TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

O presente capítulo está reservado para a apreciação das diretivas antecipadas de vontade como categoria jurídica e, assim, verificar se esse instituto amolda-se à disciplina legal do negócio jurídico ou ao ato jurídico em sentido estrito. Feito isso, de acordo com os resultados da pesquisa, serão examinadas as diretivas antecipadas de vontade e sua compatibilidade com as regras enumeradas no Código Civil Brasileiro a respeito do ato jurídico em sentido estrito ou do negócio jurídico, conforme os resultados da pesquisa e seu enquadramento nessas categorias jurídicas.

3.1 Diretivas antecipadas: negócio jurídico ou ato jurídico em sentido estrito?

Requisitos de existência, validade e eficácia

Uma nota importante a respeito das diretivas antecipadas de vontade é sua natureza jurídica, visto que a partir daí pode valer-se das disciplinas legislativas gerais existentes para a categoria jurídica, ainda que ausente disciplina específica da matéria diretivas antecipadas propriamente dita. Ademais, apreciar sua natureza possibilita a construção de uma teoria geral aplicável a essa categoria jurídica.

Cabe a seguinte investigação: as diretivas antecipadas de vontade constituem ato jurídico em sentido estrito ou negócio jurídico¹⁰⁴. Ambos os institutos inseridos no contexto de fatos jurídicos, que é gênero. Savigny conceitua-o como: “*los acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen y terminan. Así, todos estos hechos tienen por carácter común entrañar con el tiempo un cambio de las relaciones de derecho entre personas determinadas*”¹⁰⁵. E prossegue em notas posteriores, “*Se llama manifestaciones de la voluntad la clase de hechos jurídicos que no sólo son actos libres, sino que según la voluntad del agente tienen como fin inmediato engendrar ó destruir una relación de derecho*”¹⁰⁶.

Em um momento anterior, a doutrina registrava apenas questões relativas aos atos jurídicos e não havia a distinção entre negócio jurídico e ato jurídico em sentido estrito.

¹⁰⁴ Até mesmo porque o Código Civil de 2002 adotou a posição dualista, diferentemente do que ocorria com o Código Civil de 1916, em que havia divergência. Alguns conferiam tratamento igualitário entre ato jurídico em sentido estrito e negócio com idêntica aplicação da disciplina e de outra banda aqueles que ministravam aplicação analógica.

¹⁰⁵ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Derecho Romano Actual**. Tradução de Jacinto Mesía e Manuel Poley. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora. t. II. p. 172.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 202.

Clovis Bevilacqua, ao se valer das lições da doutrina alemã, registra que o ato jurídico constitui uma declaração da vontade individual que objetiva a produção de um efeito jurídico e prossegue: “É claro que a vontade individual só por si não tem força para criar, modificar ou extinguir direitos; é preciso que ella se manifeste segundo a ordem jurídica”.¹⁰⁷

Contudo, antes mesmo da adoção da teoria dualista pelo código vigente, Serpa Lopes já realizava a distinção, até com o fato jurídico. Para o referido autor, o fato jurídico compreende o acontecimento que acarreta uma modificação no mundo jurídico independentemente de vontade, diversamente do que ocorrer com o ato jurídico, que é conceituado pelo autor como um ato voluntário, todavia essa vontade não é capaz de criar, modificar ou extinguir situação jurídica por si só. Prossegue, o negócio jurídico, por sua vez, caracteriza-se pela manifestação de vontade que produz efeitos, afirma o autor que essa manifestação de vontade é destinada à geração de efeitos jurídicos atribuídos pela ordem jurídica¹⁰⁸.

Nas lições de Orlando Gomes, os atos jurídicos *stricto sensu* consistem em ações humanas lícitas cujos efeitos encontram-se antecipadamente definidos em lei independentemente da vontade do agente. Esses atos, para o autor, podem ser classificados em atos materiais e participações. Os atos materiais consistem na atuação de vontade, cuja intenção do agente é irrelevante, são manifestações de comportamento em que o ordenamento jurídico atribui efeitos jurídicos invariáveis. As participações, por sua vez, foram conceituadas pelo civilista como declarações de vontade, desprovidas de carga negocial, expedidas com finalidade de comunicação, por essa razão têm destinatários¹⁰⁹.

Portanto, é possível verificar que a vontade nos atos jurídicos *stricto sensu* pode ser qualificada como simples, ao passo que a lei atribuirá os efeitos a essa manifestação. Francisco Amaral distingue os atos jurídicos em sentido estrito dos negócios jurídicos quanto à estrutura, à função e aos efeitos.

Relativamente à estrutura, o autor supracitado assevera que nos atos jurídicos *stricto sensu* existe uma ação e uma vontade simples, ao passo que nos negócios jurídicos, a vontade é qualificada, que produzirá um efeito jurídico específico, posto que sua finalidade específica

¹⁰⁷ BEVILAQUA, Clovis. **Theoria Geral do Direito Civil**. Atualizada por Achilles Bevilacqua. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves: Editora Paulo de Azevedo, 1953. p. 272.

¹⁰⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil: Introdução, Parte geral e Teoria dos Negócios Jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1960. v. 1. p. 405.

¹⁰⁹ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 12. ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 253-254. O autor elenca alguns exemplos de participações: intimações, notificações, interpelações, avisos, convites, oposições, denúncias, confissões e recusas.

consiste em criação, modificação ou extinção de direitos¹¹⁰, denominada vontade negocial que regulamenta os interesses das partes. Ao passo que, no negócio jurídico, seu conteúdo é revelado por meio do exercício da autonomia privada, que juntamente com a vontade, compõe sua essência, no ato jurídico em sentido estrito, não existe esse conteúdo normativo, visto que a vontade não é apta à produção de efeitos específicos intentados pela agenda, mas predeterminados pela lei¹¹¹.

No que tange à função, prossegue o autor, os atos jurídicos em sentido estrito valem-se para veicular interesses gerais da comunidade, por essa razão seus efeitos são estabelecidos pela lei. Diversamente, os negócios jurídicos são destinados à disposição dos interesses privados.

Por último, quanto aos efeitos, Francisco Amaral assinala que o ato jurídico em sentido estrito se distingue do negócio jurídico, haja vista que naquele a própria lei que os determina, por isso irrelevante a intenção do agente; ao passo que neste último, a vontade dos particulares, por conseguinte, não produz efeitos que não integram a vontade das partes. E conclui que no ato jurídico em sentido estrito os efeitos são *ex legge*, já no negócio jurídico *ex voluntate*, e é justamente por essa razão que a teoria dos vícios de consentimento revela maior preocupação no negócio jurídico.

O negócio jurídico é definido como a declaração de vontade destinada à produção dos efeitos jurídicos pretendidos por seu sujeito, tendo como elemento essencial a vontade, revelada pela declaração¹¹². É tipicamente um negócio em que prepondera a manifestação da vontade, mas uma “manifestação de vontade destinada diretamente a dar vida a uma relação jurídica tutelada pelo direito”¹¹³.

Pode ser conceituado como atos jurídicos compostos por uma ou mais declarações de vontade, destinadas à realização de certos efeitos práticos, com intenção de alcançá-los sob tutela do direito, cujos efeitos jurídicos são assegurados pelo ordenamento jurídico em conformidade com a intenção manifestada pelo declarante ou declarantes, que pela concepção da teoria dos efeitos prático-jurídicos, seus autores buscam certos resultados práticos ou materiais e querem realizá-los por via jurídica, existe uma vontade dirigida a efeitos práticos

¹¹⁰ No mesmo sentido: “O negócio jurídico visa produzir um efeito jurídico, seu objetivo final é sempre o nascimento, a extinção ou a modificação de um direito (ou de um complexo de direitos)” (tradução livre).

“*Il negozio giuridico mira a produrre un effetto giuridico. Lo scopo ultimo del negozio giuridico è sempre la nascita, l'estinzione, la modificazione di un diritto (o di un complesso di diritti)*”. WINDSCHEID, Bernardo. **Diritto delle Pandette**. Traduzido por Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa com note e riferimenti al Diritto Civile Italiano. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1930. v. I. p. 204.

¹¹¹ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 10. ed. rev. mod. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 467.

¹¹² *Ibid.*, p 475.

¹¹³ SERPA LOPES, 1960, p. 405.

intentados de serem juridicamente vinculativos¹¹⁴. No mesmo sentido, Bernardo Windscheid, “O negócio jurídico é uma declaração privada de vontade, que visa produzir um efeito jurídico. [...] Declara-se a vontade que produza um efeito jurídico e a ordem jurídica permite que esse efeito jurídico ocorra, para o que se pretende o autor do negócio jurídico”¹¹⁵ (tradução livre).

Ressalta-se que a doutrina afirma que o conteúdo do conceito de negócio jurídico alcança, além da declaração de vontade e seu intuito de produção de efeitos práticos ou empíricos, também o ânimo de que tais efeitos sejam tutelados pelo direito, “[...] isto é, obtenham a sanção da ordem jurídica – e a que a lei atribui efeitos jurídicos correspondentes, determinados, grosso modo, em conformidade com a intenção do declarante ou declarantes [...]”¹¹⁶.

Tecidas tais considerações conceituais a respeito do ato jurídico em sentido estrito e do negócio jurídico, parece mais adequado asseverar que as diretivas antecipadas de vontade possuem natureza jurídica de negócio jurídico. Por essa razão muitos autores as definem como “negócio jurídico, isto é, declaração de vontade destinada a produzir efeitos que o declarante pretende e o direito reconhece, para quando estiver em estado de terminalidade da vida e impossibilidade de manifestar qualquer vontade”¹¹⁷.

Portanto, ao se apropriar da concepção de que as diretivas antecipadas de vontade se revestem de natureza jurídica de negócio jurídico, segundo sua classificação doutrinária, é possível afirmar que as diretivas antecipadas de vontade constituem negócio jurídico unilateral e unipessoal, visto que basta a vontade do declarante para a produção de efeitos, unipessoal. Constituem negócios jurídicos unilaterais não receptícios, visto que a declaração não carece ser dirigida e levada a conhecimento de determinada pessoa, mas vale a partir da declaração¹¹⁸. Do mesmo modo, as diretivas antecipadas de vontade constituem negócios jurídicos intervivos, visto que produzem seus efeitos em vida do declarante, não possui

¹¹⁴ MOTA PINTO, 1999, p. 381-382.

¹¹⁵ “*Negozió giuridico è una dichiarazione privata di volontà, che mira a produrre un effetto giuridico [...] Si dichiara di volere, che abbia luogo un effetto giuridico, e l'ordine giuridico fa che questo effetto giuridico abbia luogo, per ciò che esso è voluto dall'autore del negozio giuridico*”. WINDSCHEID, 1930, p. 202-203.

¹¹⁶ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. Coimbra: Almedina, 1998. (Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico, v. 2). p. 25.

¹¹⁷ HIRONAKA; AGAPITO, 2019, p. 198.

¹¹⁸ Nos negócios receptícios, a declaração da vontade deve ser dirigida e cientificada à pessoa determinada, denominada destinatário. A doutrina exemplifica-os: denúncia de contrato, revogação ou renúncia a uma procuração, etc. Importante destacar que a vontade do destinatário é irrelevante para esta categoria negocial, pois para sua formação basta a manifestação da vontade do declarante, contudo este negócio apenas produzirá seus regulares efeitos após chegar ao conhecimento do destinatário. Em que pese, em análise preliminar, parecer oposto, as diretivas antecipadas de vontade constituem categorias negociais não receptícias, ao passo que não é direcionada a um destinatário determinado, mas à equipe médica responsável pelos tratamentos nas circunstâncias descritas nas diretrizes.

interesse patrimonial envolvido, por isso a afirmação de que se trata de negócios pessoais ou por alguns denominados negócios existenciais.

Assim, definida sua natureza jurídica, na qualidade de negócio jurídico, as diretivas antecipadas de vontade devem respeitar a disciplina jurídica dos elementos do negócio jurídico. Além da declaração negocial, os negócios jurídicos carecem de elementos essenciais para sua constituição, validade e capacidade de produção de efeitos. Nos moldes da classificação clássica, quanto aos elementos do negócio jurídico há uma tripartição que agrupa seus elementos em: elementos essenciais, elementos naturais e elementos acidentais^{119,120}.

Os elementos essenciais dos negócios jurídicos são concebidos como os requisitos ou condições gerais de validade, inseridos neste conceito, a capacidade das partes, e em alguns casos exige-se também a legitimidade, a declaração de vontade sem defeitos e a idoneidade do objeto^{121,122}. Relativamente às diretivas antecipadas de vontade, serão apreciados cada um desses elementos nas subseções seguintes com suas respectivas peculiaridades.

No que toca aos elementos naturais, no dizer de Manuel Andrade, correspondem aos efeitos naturalmente produzidos pelo negócio jurídico sem a necessidade de estipulação correspondente, no entanto, podem ser afastados por cláusula dispositiva em contrário. Esses efeitos são produzidos por disposições legais supletivas, por conseguinte, tende a tornar desnecessária qualquer cláusula no mesmo sentido¹²³. Com efeito, é dispensável a estipulação

¹¹⁹ ANDRADE, 1998, p. 33.

¹²⁰ Mota Pinto alerta para a divergência doutrinária a respeito dessa terminologia utilizada. Relata a existência de autores que procedem a distinção entre elementos, pressupostos, requisitos dos negócios e, nessa concepção, os elementos seriam aquelas realidades sem as quais os negócios não teriam existência, incluídos nessa acepção: a declaração, os sujeitos e o conteúdo. Porém refuta a crítica à tripartição tradicional ao asseverar que o negócio jurídico só desempenha sua função na medida em que for válido, não faria sentido o afastamento da concepção tradicional. MOTA PINTO, 1999, p. 383.

Em sentido contrário, Orlando Gomes que se vale das expressões requisitos (declaração de vontade, a causa e a forma) e pressupostos de validade (sujeito, capacidade, objeto e a posição do sujeito em relação ao objeto – legitimação). GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 285.

Existe também a proposta de Antônio Junqueira de Azevedo, no sentido de elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002b. p. 26.

Para o presente trabalho, apropria-se da concepção tradicional.

¹²¹ MOTA PINTO, 1999, p. 384. O autor alerta ainda que a expressão “elementos essenciais” pode ser utilizada no sentido de elementos essenciais em cada negócio típico ou nominado (venda, locação, doação, mútuo, etc.). Estes últimos, referem-se às cláusulas ou estipulações negociais que o caracterizam ou distinguem, notas específicas do conceito particular de cada uma dessas figuras negociais.

¹²² Não se pode também confundir com as cláusulas essenciais ou elementos essenciais do ponto de vista da vontade. Isto porque essas cláusulas referem-se àquelas que, para as partes, ou ao menos para uma delas, revestem-se de tamanha importância na realização do negócio jurídico que, sem as quais, o negócio não teria sido concluído. ANDRADE, 1998, p. 35.

¹²³ *Ibid.*, p. 36.

de cláusulas a respeito da produção desses efeitos, todavia, pode haver o afastamento da produção desses efeitos, ressalvadas as hipóteses de normas de natureza cogente.

Ao se considerar que as diretivas antecipadas de vontade não constituem negócios jurídicos típicos, bem como a ausência de disciplina legislativa específica, importante ressaltar que o declarante, em pleno exercício de sua autonomia privada poderá dispor a respeito do conteúdo dessas diretrizes, contudo, limitado às normas cogentes e vedações legais.

Por fim, os elementos acidentais constituem as cláusulas acessórias dos negócios jurídicos, que se reportam às estipulações que não definem o tipo negocial em abstrato, todavia se revelam imprescindíveis para que o negócio jurídico concreto produza os efeitos pretendidos pelas partes. Abrangem as cláusulas de juros, a cláusula condicional, em que subordina a produção dos efeitos à ocorrência de evento futuro e incerto, da estipulação de lugar e tempo para o cumprimento da obrigação, da cláusula modal, etc¹²⁴.

Em se tratando de diretivas, é possível afirmar que seus efeitos sempre estarão subordinados à ocorrência de um evento futuro e incerto, que seria a situação de impossibilidade de exprimir sua vontade por ocasião da evolução da enfermidade. Do mesmo modo, pode o declarante dispor sobre cláusulas relativas ao lugar de cumprimento da obrigação, tais como em qual hospital ou o transitar do processo de morrer em casa conjuntamente com seus familiares.

3.1.1 Capacidade do declarante

Com base na compreensão da natureza jurídica das diretivas antecipadas de vontade, em que pese inexistir previsão legislativa específica a respeito do tema, pode-se definir uma sistematização jurídica de sua disciplina sob a dogmática do negócio jurídico. Como visto na seção anterior, os negócios jurídicos possuem elementos essenciais, que implicam as qualidades necessárias para sua validade. O primeiro elemento essencial reporta-se à capacidade do declarante.

Partindo-se do pressuposto de que toda declaração negocial possui um emissor ou declarante, bem como um receptor ou declaratário, nos casos de negócio jurídico bilaterais, nos moldes do art. 104, inciso I, do CCB, a validade do negócio jurídico requer agente capaz. A capacidade revela-se como uma qualidade do agente. Em sede dos negócios jurídicos pode ser classificada em capacidade negocial de gozo, também denominada capacidade jurídica

¹²⁴ MOTA PINTO, 1999, p. 384-385.

negocial, e capacidade negocial de exercício. A primeira delas, capacidade negocial de gozo, abrange a possibilidade de ser titular de direitos e obrigações inerentes aos negócios jurídicos. Diferentemente da capacidade negocial de exercício que se refere a aptidão do exercício ou aquisição de direitos, cumprimento ou assunção de obrigações, por atividade própria ou mediante um representante ou assistente^{125,126}.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao disciplinar o regime das capacidades, reconheceu a capacidade de gozo ou de direito a todos, a toda pessoa e, a partir do art. 3º regulamenta a capacidade de exercício, contudo em sentido negativo, haja vista que retira a capacidade de exercício de algumas pessoas. Na atualidade, são absolutamente incapazes os menores de 16 anos e relativamente incapazes, no dizer da lei, “a certos atos ou à maneira de os exercer” os maiores de 16 e menores de 18 anos, os ébrios habituais e viciados em tóxico, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e os pródigos (art. 3º e 4º do CCB). Neste cenário, os absolutamente incapazes serão representados e os relativamente, assistidos.

Ao comentar o art. 104, do CCB, Nestor Duarte assinala que em que pese não haver expressa previsão legal nesse sentido, todos os negócios jurídicos carecem de manifestação de vontade, assim como a capacidade do agente e justifica que, neste regime, a incapacidade absoluta enseja nulidade absoluta do negócio jurídico (arts. 166 e 167 do CCB) ao passo que a incapacidade relativa, a nulidade relativa (art. 171, inciso I, do CCB)¹²⁷.

A incapacidade de exercício fundamenta-se na ponderação legal da natural inaptidão do sujeito para cuidar de seus interesses materiais ou morais, condição derivada de uma deficiência fisiopsíquica, que impede que esse agente de ter clara consciência do alcance das suas ações, determinando-as irrefletidamente¹²⁸.

Ao se apreciar o regime da capacidade civil no âmbito das diretivas antecipadas e do ordenamento jurídico brasileiro, pertinente se faz o destaque particular de cada uma das incapacidades – absoluta ou relativa. Isto porque, como já registrado em linhas anteriores, no direito brasileiro a capacidade negocial versa sobre a capacidade de exercício e, neste

¹²⁵ MOTA PINTO, 1999, p. 414.

¹²⁶ Emílio Betti define a capacidade da parte como capacidade para agir, separa o regime das capacidades em capacidade de direito e de exercício e chama atenção para o art. 1º do CCB que reconhece a todos a capacidade de direito, vinculando-a à personalidade jurídica, indica que em matéria de validade do negócio jurídico a questão cinge-se sobre a capacidade legal para agir pessoalmente, ou seja, capacidade de exercício, que é definida por um critério negativo, posto que o ordenamento indica os casos de incapacidade. BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Campinas: Servanda, 2008. p. 311.

¹²⁷ DUARTE, Nestor. **Código Civil Comentado** (Parte Geral). Coord. Cezar Peluso. 10. ed. rev. atual. Barueri: Manole, 2016. p. 82.

¹²⁸ BETTI, op. cit., p. 314.

contexto, a lei assegura que o absolutamente incapaz se faça representado, ao passo que o relativamente incapaz, assistido. Contudo, na seção em que foi discutida a natureza jurídica das diretivas antecipadas de vontade, foi possível concluir que se trata de negócio jurídico unilateral e personalíssimo que, por conseguinte, inviabiliza a possibilidade de representação ou assistência.

Não bastasse isso, existe caloroso debate por parte da doutrina a respeito do regime das incapacidades. Isto porque alguns apontam que o elenco de pessoas indicadas pela norma como absolutas ou relativamente incapazes se relaciona à proteção assegurada por lei a essas pessoas em matéria de negócios jurídicos patrimoniais, inclusive, norma resultado de influência de pensamento liberal, visto que esses indivíduos, presume a lei, não detêm o discernimento, a maturidade e as condições intelectuais necessárias para o trânsito no mundo jurídico.

Alguns autores afirmam que o regime das incapacidades é matéria afeta e relevante, mormente à prática de negócios jurídicos patrimoniais que, por sua natureza, faz-se indispensável a consideração de critérios objetivos a serem observados pelas partes no intuito de conferir eficácia a esses negócios e proporcionar a pacificação social. De outra banca, em sede de direitos existenciais, não se poderia haver a cisão entre a titularidade do direito e o seu exercício, mas uma necessidade de apreciação da capacidade de exercício sob um perfil funcional¹²⁹.

Pietro Perlingieri, ao apreciar o tema, aduz que não se pode igualar, a princípio e abstratamente, os requisitos que versam sobre o elemento vontade para a prática de negócios patrimoniais e aqueles relativos à prática de atos existenciais, que se diferem, especialmente sobre o fundamento constitucional¹³⁰. Neste sentido, as situações subjetivas patrimoniais encontram guarida no art. 170, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil, diversamente das situações subjetivas não patrimoniais, cujo fundamento revela-se na cláusula geral de tutela da pessoa humana. Assim, assevera o autor, “ao diverso fundamento corresponde uma diversa colocação na hierarquia das fontes”¹³¹. Portanto, ao estabelecer disciplina constitucional diversa para as duas categorias, os autores filiados a essa corrente buscam a aplicação de um tratamento qualitativamente diverso em matéria de incapacidade no

¹²⁹ MENEZES, Joyceane; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 568-599, mai./ago. 2016. p. 577.

¹³⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 18.

¹³¹ *Ibid.*, p. 19.

âmbito da prática de negócios existenciais, de modo a conferir, sempre que possível, que o próprio titular do direito pratique o ato, sem intermediários ou substituições de vontade¹³².

Convém rememorar que antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência, as pessoas com enfermidade ou deficiência mental, que impossibilitava o necessário discernimento para a prática dos atos civis, bem como aqueles que, mesmo por causa transitória, não tinham condições de exprimir sua vontade¹³³, estavam inseridos no regime de incapacidade absoluta (art. 3º, incisos II e III, CCB). Este estatuto de proteção social reconheceu a capacidade dessas pessoas, especialmente para as questões existenciais e particularmente aos casos do indivíduo privado de exprimir sua vontade, houve a alocação ao regime de incapacidade relativa.

Assim, parte do debate foi sanado, ao passo que essa disciplina legislativa conferiu capacidade de exercício, em especial para as questões existenciais, às pessoas com deficiência intelectual¹³⁴. Portanto, em sede de diretivas antecipadas a pessoa com deficiência intelectual, ou no dizer de alguns autores, aqueles com diversidade funcional, em termos legais, possui capacidade para a elaboração das diretivas antecipadas de vontade¹³⁵.

Em sede de diretivas antecipadas, sem sombra de dúvidas, o que se exige é que o declarante tenha capacidade para compreender as informações prestadas pela equipe médica, bem como o discernimento para ponderação das alternativas colocadas à sua disposição. Portanto, esse debate a respeito da separação entre capacidade de exercício e autonomia ainda reside quanto à possibilidade ou não dos menores de idade realizarem essa categoria de negócio jurídico existencial.

Ao se considerar o regime das incapacidades, os menores impúberes constituem-se absolutamente incapazes, ao passo que os púberes, relativamente incapazes (art. 3º e 4º, inciso

¹³² Neste sentido: Ana Carolina Brochado Teixeira (Integridade psíquica e capacidade de exercício, 2008); Rose Melo Vencelau Meireles (Autonomia privada e dignidade humana, 2009); Joyceane B. Menezes (A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a Convenção da ONU sobre os direitos da pessoa com deficiência e o Código Civil Brasileiro, 2014); Paulo Lôbo (Direito Civil. Parte Geral, 2010).

¹³³ A doutrina criticava esse critério médico de incapacidade que igualava a enfermidade com a diversidade funcional (pessoas com deficiência). PALACIOS, Agustina; ROMANACH, Javier. **El modelo de la diversidad**: La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional. España: Diversitas – AIES, 2006. p. 101-123.

¹³⁴ O art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência prevê, nos casos de curatela de pessoa com deficiência, que esta alcançará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, e até em seu §1º exclui da curatela o direito relativo ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

¹³⁵ Em que pese haver essa presunção na lei de plena capacidade de exercício para as questões existenciais para a pessoa com diversidade funcional, fato é que a lei quis assegurar proteção à autonomia e dignidade dessas pessoas. Por essa mesma razão, seria razoável que nos casos em que o indivíduo não possua condições reais de compreensão de suas condições de enfermidade, quadro evolutivo, bem como não tem o discernimento necessário para a ponderação das alternativas que seu quadro de saúde lhe proporciona, a relativização dessa presunção de capacidade, sob pena de conferir uma proteção ineficaz à pessoa, mormente porque as decisões para cuidados de saúde muitas vezes podem ensejar situações irreversíveis. Além de que, em termos de declaração negocial, essa ausência de discernimento pode implicar vício de consentimento.

I, do CCB). O ordenamento jurídico brasileiro, em algumas hipóteses, reconhece a possibilidade de observância da vontade do menor. O art. 1.517 do CCB estabelece a idade mínima para o casamento, ou seja, a partir dos 16 anos de idade a pessoa pode contrair núpcias¹³⁶. Igualmente, o art. 1.860, parágrafo único, do CCB, autoriza os maiores de 16 anos a realizar testamento.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, em seu art. 17, assegura o direito ao respeito e à inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente e prevê expressamente o alcance ao respeito de sua autonomia¹³⁷. Nas disposições relativas à colocação em família substituta, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a partir do art. 28 e seus parágrafos, assevera que a colocação em família substituta se dará mediante guarda, tutela ou adoção e sempre que possível será realizada a oitiva da criança ou do adolescente por equipe interprofissional, observado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida e sua opinião será tomada em conta (§1º).

Além disso, a lei exige o consentimento do maior de 12 anos para a colocação em família substituta, consentimento colhido em audiência (§2º). De semelhante modo, na seção que disciplina a perda ou suspensão do poder familiar, a lei estabelece que nos casos de modificação de guarda será obrigatória, sempre que possível e razoável, a oitiva da criança ou do adolescente, respeitando seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida (§3º, art. 161, ECA).

Semelhantemente, o art. 12, da Convenção sobre os Direitos da Criança¹³⁸ disciplina que os Estados-parte assegurarão à criança, assim compreendida como todo ser humano menor de 18 anos, que for capaz de formar seus próprios pontos de vista, o direito de expressar suas opiniões, inclusive sobre fatos relativos à própria criança, que será levada em conta em razão da idade e da sua maturidade. E, para conferir efetividade a esse direito, será garantida a oportunidade de sua oitiva em qualquer procedimento judicial ou administrativo que lhe diga respeito.

Portanto, verifica-se um movimento legislativo no intuito de ser garantida a autonomia no menor para as questões existenciais. Existe o enunciado 138, da III Jornadas de Direito Civil que dispõe: “Art. 3º: A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do

¹³⁶ Contudo a lei exige autorização de ambos os pais ou de seus representantes legais, podendo haver o suprimento judicial de consentimento em caso de divergência.

¹³⁷ “Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias [sic] e crenças, dos espaços e objetos pessoais” (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990).

¹³⁸ Adotada pela Resolução n. L. 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990.

art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”.

Perlingieri, ao tratar do efetivo exercício das situações subjetivas, assevera que

Pode ser limitado, ou em parte excluído, não a partir de predeterminadas, abstratas, rígidas e, às vezes, arbitrárias avaliações ligadas às diversas fases da vida, mas, sim, com base na correlação, a ser avaliada atentamente, entre a natureza do interesse no qual se substancia a concreta situação e a capacidade intelectual e volitiva.¹³⁹

No âmbito das decisões médicas residem o princípio da autonomia pessoal e o conceito de paciente competente, que se referem à capacidade para decidir autonomamente, ou seja, trata-se de competência decisional, que presume que o paciente compreende a informação prestada e é capaz de realizar um juízo independente, de acordo com o seu sistema de valores¹⁴⁰. Por outro lado, quando o doente é concebido como paciente incompetente, logo, incapaz de decidir livremente, as informações devem ser compartilhadas com sua família, assim compreendida por aqueles que guardam maior proximidade com o indivíduo, independentemente de vínculos parentais¹⁴¹.

No Brasil, discute-se a chamada teoria do menor maduro, que objetiva o reconhecimento do direito do menor de fazer suas próprias escolhas em matérias existenciais, sendo irrelevante o consentimento dos pais ou responsáveis, desde que se evidencie maturidade para tanto. Registra essa teoria, que não se deve presumir de forma absoluta a incapacidade, mas, mediante análise do caso concreto, aferir o conteúdo da autonomia do menor, tendo como ponto de partida os dados da realidade e o nível de déficit de compreensão para somente então haver a supressão da capacidade¹⁴².

Neste contexto, parece acertado realizar a separação da exigência legal de capacidade de exercício para realização de negócio jurídico e da participação das tomadas de decisão para os cuidados de saúde. Isto porque o exercício da autonomia para os cuidados de saúde pode ocorrer previamente em sede de diretivas antecipadas de vontade, com a realização desse negócio jurídico e, para tanto, haverá necessidade de observação dos requisitos legais para validade do instrumento, dentre eles a capacidade de exercício, e para as questões irreversíveis e urgentes defendem esses autores a participação de uma equipe multidisciplinar

¹³⁹ PERLINGIERI, 1999, p. 167.

¹⁴⁰ NUNES, Rui. **Diretivas antecipadas de vontade**. Brasília, DF: CFM/ Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, 2016. p. 78.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 80.

¹⁴² VELMOVITSKY, Ana Carolina. Testamento Vital realizado por criança. *In*: BARBOZA, Heloisa Helena; LEAL, Livia Teixeira; ALMEIDA, Vitor (coord.). **Biodireito**: Tutela Jurídica das dimensões da vida. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 536-561, p. 549.

que acompanhe, além do grau de entendimento dessa criança, os possíveis riscos e consequências da decisão.

Isto porque se trata de um negócio realizado antes da evolução do quadro do paciente, para a produção de efeitos quando seu declarante não dispuser de condições para exprimir sua vontade. Além disso, muitas das decisões médicas nesse panorama e ao respeitar a disposição de vontade do paciente previamente estabelecida, pode, não raras vezes, conduzir para a irreversibilidade da decisão. Exemplificando, o paciente manifesta antecipadamente, ordem de não reanimar, essa decisão será irreversível após executada.

Assim, ao se considerar que não existe disciplina legislativa específica¹⁴³ sobre o tema, bem como o legislador no art. 104, do CCB não separou questões negociais das existenciais expressamente, parece mais correto, até mesmo para evitar discussões a respeito da validade ou não dessa diretiva antecipada, a observância da regra da capacidade. Dessa forma, assegurará maior segurança jurídica a essas espécies negociais.

Contudo, não se exclui a possibilidade de judicialização¹⁴⁴ da questão, caso o menor tenha interesse na observância de sua vontade para os cuidados de saúde, bem como na manifestação escrita de suas diretivas. O próprio Código de Ética Médica prevê, em seu artigo 101, parágrafo único, a necessidade de assentimento livre e esclarecido na medida de sua compreensão, quando o paciente submetido à realização de pesquisas envolvendo seres humanos consistir em pessoa menor de idade, sem prejuízo do consentimento livre e esclarecido prestado por seu representante legal. Dessa forma, a norma diferencia consentimento de assentimento¹⁴⁵, sendo este último termo empregado para a realização de procedimentos ou tratamentos em crianças e adolescentes. A partir do art. 719, do Código de Processo Civil Brasileiro, há a regulamentação dos procedimentos de jurisdição voluntária. O art. 720, do diploma em comento, versa sobre o início do procedimento que se dará com a provocação do interessado, Ministério Público ou da Defensoria, cujo pedido será devidamente instruído com os documentos necessários e com a indicação da providência judicial. No artigo seguinte, prevê o prazo de 15 dias para manifestação dos interessados e o art. 723, dispõe que o pedido deve ser julgado no prazo de 10 dias. Observa-se procedimento simplificado e célere.

¹⁴³ Até mesmo os países em que existe disciplina específica sobre o tema exigem que o autor das diretivas antecipadas seja maior de idade e capaz. Nessa linha estão Portugal, art. 1º, item 1, da Lei nº 25/2012, e França, art. L. 1111-11, Loi nº 2016-87.

¹⁴⁴ Na França existe previsão de que o maior de idade que estiver em regime de curatela poderá redigir as diretivas antecipadas mediante autorização judicial ou do conselho de família, caso constituído, art. 1º, item 1, do Décret nº 2016-1087.

¹⁴⁵ Esse assentimento pode ser prestado verbalmente, sem materialização em algum instrumento específico, todavia é imprescindível que haja seu detalhamento no prontuário do paciente, subscrita por testemunhas da equipe multiprofissional que acompanharam o processo.

Dessa forma, caso o menor intente deixar suas instruções, autorizações ou recusa a tratamentos médicos, escritas e antecipadamente, poderá se valer de ação judicial¹⁴⁶ em que demonstrará ao juiz sua intenção, bem como sua capacidade de compreensão da situação experimentada e das alternativas a seu dispor, bem como das implicações de sua decisão. Verificado em concreto que o menor possui maturidade e condições de assimilar seu estado, assim como ponderar as consequências de suas decisões, o juiz homologará essa manifestação de vontade.

3.1.2 Declaração de vontade sem defeitos

Uma primeira observação deve ser registrada. A denominação “*declaração de vontade*” é propositada, visto que nos casos das diretivas antecipadas de vontade, a manifestação deve ser expressa, inequívoca e por escrito. Além disso, não pode ser substituída por outras formas de manifestação, como o silêncio (art. 111, do CCB).

A declaração de vontade sem máculas ou defeitos também é elemento essencial dos negócios jurídicos. Como visto em notas anteriores, o negócio jurídico constitui um instrumento viabilizador do exercício da autonomia privada do indivíduo, por esta razão a vontade deve estar livre de qualquer vício ou obstáculo, sob pena de constituir negócio defeituoso. E, nesse sentido, a doutrina indica a declaração de vontade não apenas como condição de validade do negócio jurídico, mas também como parte integrante de seu próprio conceito e da própria existência.

¹⁴⁶ Em 19 de agosto de 2015, uma viúva tentando conferir maior eficácia às suas diretivas antecipadas de vontade ingressou com ação judicial pelo Procedimento de Jurisdição Voluntária para que o juiz homologasse sua manifestação e dessa forma conferisse maior força vinculante ao seu intento. Feito processado sob o nº 1084405-21.2015.8.26.0100. Inicialmente, o magistrado extinguiu os autos sem resolução de mérito por entender que as diretivas poderiam ser averbadas no prontuário médico, bem como é possível sua realização por escritura pública em cartório extrajudicial. Inconformada, a autora recorreu e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento para anular a sentença. No acórdão, o relator L. B. Giffoni Ferreira registrou que “*É certo que a Constituição Federal proclama que a todos é assegurado o acesso ao Poder Judiciário; se entendera a Autora que a melhor solução para o seu caso fora pela via judicial, para que não haja possibilidade de impugnação à sua declaração de vontade posteriormente, o Juízo não pode fechar suas portas a quem o procurou e remeter a outras vias*”. Os autos foram remetidos ao juiz *a quo* que julgou procedente e procedeu à homologação das diretivas, ressalvada a indicação dos médicos arrolados na inicial, por entender o magistrado que dependia de aceitação por parte destes e eles não integravam o processo. TJ/SP, Apel. 1084405.21.2015.8.26.0100, 2ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Rel. Giffoni Ferreira, Julg. Em 14/03/2017. Ao indicar esse processo, não se pretende defender que todas as diretivas antecipadas de vontade sejam judicializadas para conferir validade, até porque conforme se viu, como categoria de negócio jurídica, existe, é válida e eficaz. Todavia, ante a ausência de previsão legislativa específica a respeito do tema e a aplicabilidade dos pressupostos de validade dos negócios jurídicos, dentre eles a capacidade da parte, a fim de que não seja ignorado o direito de autodeterminação do menor, quando ele é plenamente competente de entender seu quadro e as consequências de suas decisões, poderá se valer desse procedimento para fazer valer sua vontade.

A manifestação negocial pode ser definida como o comportamento que revela a aparência de externalização de certo conteúdo de vontade negocial, consistente no intuito de realizar certos efeitos práticos, com ânimo de que sejam juridicamente tutelados e vinculantes¹⁴⁷, portanto, constitui a exteriorização da vontade do declarante.

É todo o comportamento de uma pessoa (em regra, palavras escritas ou faladas ou sinais) que, segundo os usos da vida, convenção dos interessados ou até, por vezes, segundo disposição legal, aparece como destinado (directa ou indirectamente) a exteriorizar um certo conteúdo de vontade negocial, ou em todo o caso o revela e traduz.¹⁴⁸

A manifestação de vontade é constituída, em regra¹⁴⁹, pela declaração propriamente dita, como elemento externo e pela vontade, elemento interno da declaração. Manuel de Andrade ao propor essa subclassificação da declaração, assevera que a vontade, na qualidade de elemento interno da declaração, corresponde ao conteúdo da vontade negocial. Esse último subdivide-se em vontade da ação, vontade da declaração ou vontade da ação como declaração e vontade negocial, vontade do conteúdo da declaração ou intenção do resultado.

Para o autor, a vontade da ação constitui a consciência e vontade da prática do comportamento declarativo, pressupõe uma ação desejada e voluntária, ou seja, a declaração deve ser realizada de forma consciente e voluntária. Por sua vez, a vontade da declaração, também denominada vontade da ação como declaração, recai sobre o significado da declaração, o que implica dizer que o declarante intentou executar os atos que compõem o comportamento declarativo (vontade da ação) e os efetuou com intenção negocial (vontade da declaração) ou ao menos, com a consciência de que tal intenção lhe poderia ser atribuída (consciência da declaração). Finalmente, a vontade negocial, também intitulada vontade do conteúdo da declaração ou intenção de resultado, corresponde à vontade do fazimento do negócio jurídico de conteúdo correspondente ao significado exterior da declaração, ou seja, quis praticar aquele negócio específico e concreto¹⁵⁰.

No que toca às diretivas antecipadas de vontade, a vontade de ação corresponde ao intento de elaboração de um documento prévio que instrui equipe médica e familiares para a situação vindoura em que o declarante não terá condições de se expressar, ou ainda, de constituir o procurador para cuidados de saúde, sem quaisquer interferências ou ingerências,

¹⁴⁷ MOTA PINTO, 1999, p. 416.

¹⁴⁸ ANDRADE, 1998, p. 122.

¹⁴⁹ Isto porque a vontade também pode ser revelada pelo silêncio, nos moldes do art. 111, do CCB. Todavia, para fins de manifestação de vontade no âmbito das diretivas antecipadas de vontade haverá de ser sempre escrita.

¹⁵⁰ ANDRADE, op. cit., p. 126-128.

quer de profissionais da saúde, de familiares ou qualquer pessoa. Do mesmo modo, o subscritor das diretivas antecipadas deve ter plena consciência do objetivo das diretivas e de que ao elaborá-las constrói um planejamento para os cuidados de saúde, na hipótese em que não tenha condições de expressar seus desejos e consentimento, vontade da declaração. A vontade negocial ou intenção do resultado consiste na vontade específica e concreta do estabelecimento das cláusulas das diretivas, ou seja, a compreensão das informações prestadas pela equipe médica, assim como das consequências de cada escolha para a evolução do quadro da enfermidade.

Importante registrar que o declarante não pode sofrer pressões externas, tanto para a elaboração do instrumento, tal como no que toca ao seu conteúdo, quanto alterações por questões psíquicas ensejadas muitas vezes pela sobrecarga emocional de seu quadro clínico. Isto porque essas situações podem influenciar a real vontade do paciente e por conseguinte comprometer a validade do documento.

Tecidas tais considerações a respeito da declaração, passa-se à análise da forma. Com efeito, o art. 104, inciso III, do CCB, estabelece que constitui requisito de validade do negócio jurídico a forma prescrita ou não defesa em lei¹⁵¹. No mesmo sentido, o art. 107, do mesmo Codex dispõe que a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, salvo nas hipóteses em que a própria lei exigir. Não existe forma prescrita em lei para realização do negócio jurídico de diretivas antecipadas de vontade, muito menos forma de defesa em lei. Assim, à primeira vista parece haver liberdade de forma para a elaboração desse tipo negocial.

Em Portugal, a lei regulamentadora (Lei nº 25/2012), em seu art. 3º estabelece a forma como essas instruções devem ser realizadas. Com efeito, o item 1 estabelece que as diretivas antecipadas de vontade devem ser formalizadas por intermédio de documento escrito, assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registro Nacional do Testamento Vital ou notário, até existe nesse país um modelo padronizado de utilização facultativa¹⁵².

¹⁵¹ A doutrina distingue as formalidades substanciais, cuja inobservância implica nulidade do negócio jurídico, das formalidades probatórias, impostas não de modo absoluto, mas apenas para a prova do negócio e sua falta pode ser suprida por outros meios de prova mais difíceis de obtenção. ANDRADE, 1998, p. 141.

¹⁵² Lei nº 25/2012, art. 3º: “1 - As diretivas antecipadas de vontade são formalizadas através de documento escrito, assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registo Nacional do Testamento Vital ou notário, do qual conste: a) A identificação completa do outorgante; b) O lugar, a data e a hora da sua assinatura; c) As situações clínicas em que as diretivas antecipadas de vontade produzem efeitos; d) As opções e instruções relativas a cuidados de saúde que o outorgante deseja ou não receber, no caso de se encontrar em alguma das situações referidas na alínea anterior; e) As declarações de renovação, alteração ou revogação das diretivas antecipadas de vontade, caso existam. 2 - No caso de o outorgante recorrer à colaboração de um médico para a elaboração das diretivas antecipadas de vontade, a identificação e a assinatura do médico podem constar no documento, se for essa a opção do outorgante e do médico. 3 - O ministério com a tutela da área da saúde aprova, mediante pareceres prévios do Conselho

No mesmo sentido caminha a França, em que dispõe no art. 1º, item 1, do Decreto do Conselho de Estado, que impõe a obrigatoriedade de documento escrito, datado e assinado por seu autor, também fornece um modelo de diretivas para uso do declarante aprovado pelo Conselho de Estado.

O enunciado 37, da I Jornada de Direito de Saúde do Conselho Nacional de Justiça, dispõe que esse negócio jurídico: “[...] devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito”¹⁵³.

Assim, verifica-se que existe uma tendência de que esse tipo negocial seja realizado em documento escrito. Ao discorrer sobre o tema no direito brasileiro, alguns autores recomendam que as diretivas sejam realizadas por escritura pública, em Cartório de Notas, visto que, no seu entender, essa medida aumentará substancialmente a segurança jurídica do negócio¹⁵⁴, que, além disso, será registrado na Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC)¹⁵⁵.

Certamente, os atos praticados pelos cartórios extrajudiciais potencializam o conhecimento da existência da elaboração das diretivas antecipadas de vontade, posto que marcados pelo princípio da publicidade. Além disso, as ações notariais são dotadas de fé pública, a qual, por sua vez, atribui veracidade ao instrumento, que em tese recairá sobre a declaração realizada pelo paciente; por conseguinte, proporcionará maior segurança, até mesmo à classe médica, visto que assegura a observância da vontade do paciente sem questionamentos de terceiros, aí inseridos os familiares. No entanto, como afirmado pelas próprias autoras, essa elaboração por escritura pública pode esbarrar nas condições socioeconômicas do paciente.

Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) e da Comissão Nacional de Proteção de Dados, um modelo de diretivas antecipadas de vontade, de utilização facultativa pelo outorgante. PORTUGAL. Lei nº 25/2012. 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). **Diário da República**, nº 136/2012, Série I de 2012-07-16. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/116042189/201908150614/diploma?rp=indice>. Acesso em: 09 set. 2020.

¹⁵³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça**. São Paulo, 15 mai. 2014. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf. Acesso em: 11 set. 2020.

¹⁵⁴ Aquele que elabora as diretivas, certamente intenta que tais sejam fielmente cumpridas. A título exemplificativo, nos EUA uma senhora de 80 anos tatuou “Não Ressuscitar” em seu peito, no intuito de reafirmar suas diretivas, que ficavam penduradas em sua geladeira. In: *“Some individuals have been quite emphatic in making their end-of-life decisions known, with one eighty-year old woman tattooing ‘Do Not Resuscitate’ on her chest to reinforce the living will she had hanging on her refrigerator”*. SAITTA, Nicole Marie; HODGE JR, Samuel D. Wrongful Prolongation of life--a cause of action that has not gained traction even though a physician has disregarded a “do not resuscitate” order. **30 Temple Journal of Science, Technology & Environmental Law**, L. 221, Winter 2011.

¹⁵⁵ HIRONAKA; AGAPITO, 2019.

Essa publicização conferida pelos cartórios extrajudiciais, em matéria de cuidados de saúde em alguns casos pode não conferir o resultado almejado. Isto porque muitas vezes o paciente pode adentrar para atendimento médico hospitalar sem condições de informar sua existência¹⁵⁶. Desse modo, com vistas a retirar o obstáculo socioeconômico, bem como facilitar o acesso da existência assim como do conteúdo das diretivas, seu declarante pode fazer inclui-las no prontuário eletrônico do Sistema Único de Saúde (SUS), e no caso de ser titular de plano de saúde, no prontuário médico eletrônico do respectivo plano¹⁵⁷.

No prontuário eletrônico do SUS, na tela inicial do sistema, no campo “lembretes”, é possível averbar a informação da existência de DAV, o que possibilita seu conhecimento a partir do instante em que este paciente inicie o atendimento médico hospitalar. Dessa forma, sem embargo de opiniões diversas, parece que o registro das diretivas antecipadas de vontade no prontuário médico eletrônico possibilita maior efetividade à publicidade do documento, visto que permite o acesso ao profissional de saúde que irá atender o subscritor, além disso, no caso específico do E-SUS, atua em nível federal, logo, em qualquer lugar do território nacional a equipe que prestará cuidados ao paciente terá acesso a essas informações, independentemente da forma como esse paciente iniciará o atendimento, como por exemplo, ainda que dê entrada ao atendimento de forma inconsciente, sem condições de avisar a respeito da existência das diretivas, esses profissionais terão condições objetivas de conhecê-las.

Dessa feita, pode-se verificar a tendência à exigência de documento escrito, mas frisa-se, apenas uma tendência, tendo em vista que a ausência de previsão legislativa a respeito possibilita a liberdade de forma, até mesmo o enunciado 37, da I Jornada de Direito de Saúde, retromencionado, faz uso da expressão “preferencialmente” por escrito, e na parte final consigna “[...] sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito”.

Nesse sentido, cabe apreciar a possibilidade ou não de realização das diretivas antecipadas de vontade por intermédio de outros meios, dentre eles o vídeo. A princípio urge ressaltar que, no contexto atual, sem norma específica regulamentadora, pode-se afirmar que

¹⁵⁶ Aliás, no parecer do órgão de classe adverte que, ainda que realizado em cartório não há garantias de que essa vontade será observada, tendo em vista que, se não houver informação de sua existência à equipe médica não haverá meios de sabê-lo. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Parecer CREMEB 20/18, de 27 de setembro de 2018**. Processo Consulta n. 003.487/2013: Eficácia Legal na Aplicação das Diretivas Antecipadas de Vontade (Testamento Vital) na Prática Médica. Salvador, 27 set. 2018. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BA/2018/20>. Acesso em: 11 set. 2020.

¹⁵⁷ O prontuário médico eletrônico do paciente possibilita o acompanhamento de atendimentos anteriores, a visualização de exames já realizados, os históricos familiares, a evolução dos cuidados, bem como os medicamentos administrados de outras informações.

se trata de negócio jurídico não solene, portanto, há a liberdade das formas, por conseguinte, não haveria óbices na sua realização por intermédio de vídeo.

Todavia, conforme já registrado em notas anteriores, a vontade declarada deve estar isenta de vícios, logo, a externalização das diretivas deve ser procedida de modo a assegurar a ausência de interferências tanto no ato de elaboração, quanto no seu conteúdo. Isso implica dizer que ao possibilitar a realização das diretivas por meio de vídeo, é preciso criar mecanismos que possam evitar essas pressões e/ou interferências. Desse modo, assim como no enunciado supramencionado, recomenda-se que a elaboração por instrumento particular seja assinada por duas testemunhas, parece correto aplicar essa exigência nas diretivas externalizadas em vídeo. Tudo isso, para evitar discussões a respeito da isenção da vontade do declarante¹⁵⁸.

3.1.3 Idoneidade do objeto

Finalmente, para encerrar a temática dos elementos essenciais do negócio jurídico, importa apreciar a idoneidade do objeto que, por sua vez, encontra correspondente legal na legislação civilista brasileira no art. 104, inciso II, do CCB: “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: [...]; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; [...]”. portanto,

¹⁵⁸ Poder-se-ia também aplicar por analogia a regra contida no art. 1.876, §2º, do CCB. Visto que ao tratar do testamento particular elaborado por processo mecânico, o testador deve assinar depois de o ter lido na presença de no mínimo três testemunhas, que o subscreverão também. Existe proposta legislativa, Projeto de Lei nº 3.799/2019, que dispõe “testamentos ordinários podem ser escritos ou realizados por sistema digital de som e imagem, desde que gravadas imagens e voz do testador e das testemunhas”. Essa discussão aflorou-se em tempos de pandemia e isolamento social, cujo objetivo é apreciar a possibilidade de utilização da plataforma audiovisual independentemente de previsão legislativa. Em nota sobre o tema, Mário Luiz Delgado, registrando casos anteriores de flexibilização das formalidades testamentárias realizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, como nos casos de ausência de assinatura de próprio punho do testador, mas que continha sua impressão digital, bem como quanto ao número de testemunhas, sempre que não houver dúvidas quanto à isenção na vontade no testador, visto que tais formalidades existem apenas para refutar eventuais vícios de consentimento, propõe uma interpretação teleológica do CCB, com fundamento no princípio da presença virtual, no sentido de conceber a expressão “processo mecânico” do art. 1.876, do CCB como autorizadora da utilização da gravação de imagem e som por meio de qualquer processo ou plataforma tecnológica. Mas o autor alerta que se deve tomar todas as cautelas possíveis para se desviar de eventuais fraudes e, para tanto, sugere que a gravação ocorra na presença das testemunhas, que também carecerão declarar em áudio e vídeo que tudo presenciaram e assistiram. DELGADO, Mario Luiz. O testamento em vídeo como uma opção de *lege lata*. **Revista Consultor Jurídico**, 28 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-28/processo-familiar-testamento-video-opcao-lege-lata>. Acesso em: 14 set. 2020.

Ora, se se enveredam sobre a viabilidade de realização de testamento por vídeo, negócio jurídico unilateral, solene, por muito mais razões existe a compatibilidade com as diretivas antecipadas. Primeiramente, por não constituir ato solene, não existir forma prevista ou não defesa em lei, além disso, se pode o mais grave (testamento), poderia o menos grave (diretivas antecipadas não solene). Mas importante, precaver-se das eventuais fraudes já alertadas pela doutrina nas hipóteses de testamento, assim, o ideal seria a gravação de voz e imagem das testemunhas, atestando a veracidade da declaração.

a idoneidade do objeto carece de apreciação quanto à licitude, à possibilidade e às condições de determinação.

No que concerne à licitude do objeto, Orlando Gomes assinala que o objeto, assim compreendido em coisas ou serviços que interessam aos indivíduos, não pode ser contrário à disposição de lei, à moral ou aos bons costumes, ou seja, aos preceitos fundamentais concebidos em determinado contexto social¹⁵⁹.

Ao construir o elemento da licitude do objeto, alguns autores destacam haver um princípio geral que abriga, em regra, a licitude dos negócios jurídicos, no sentido de que não havendo disposição de lei, quer implícita quer explicitamente, prevalecerá o princípio da liberdade contratual. Nessa concepção, é cabível a realização de diversas combinações negociais, do mesmo modo que podem intentar a produzir quaisquer efeitos e ocupar-se de tudo aquilo que pode ser objeto de relação jurídica¹⁶⁰.

Com efeito, haverá liberdade a respeito da disposição do objeto, desde que não existam proibições, explícitas ou implícitas, bem como que tais disposições não sejam contrárias às normas de ordem pública, o que implica dizer, em normas relativas a interesses fundamentais, que o sistema jurídico almeja tutelar, de igual forma aos princípios inerentes que fundamentam esse sistema.

Em matéria de diretivas antecipadas de vontade, a licitude do objeto recai sobre as hipóteses de cabimento dessas formulações bem como a fixação de seu conteúdo. Neste viés, as diretrizes antecipadas devem versar sobre condutas que buscam evitar a distanásia e, nos moldes do ordenamento jurídico brasileiro, não podem recair sobre a prática de eutanásia, ante a vedação legal desse instituto.

Conseqüentemente, se houver entre as condutas elencadas nas diretivas, alguma recusa, suspensão ou interrupção de tratamento, que diante das circunstâncias importem na aceleração do processo de morrer, essas disposições serão nulas, ante a ilicitude do objeto. Na próxima seção serão abordadas as questões teóricas pertinentes ao objeto, entre elas eutanásia, ortotanásia, distanásia e mistanácia.

A lei civil trata ainda da possibilidade do objeto. Pois bem. A impossibilidade do objeto pode revelar-se como absoluta, relativa, física ou jurídica. A impossibilidade absoluta recai pelo comprometido do adimplemento da obrigação em razão de leis naturais, ao passo que a relativa representa mudança qualitativa do conteúdo da obrigação, sem implicar nulidade do negócio. Por semelhante modo, o objeto é fisicamente impossível quando, por sua

¹⁵⁹ GOMES, 2010, p. 288.

¹⁶⁰ ANDRADE, 1998, p. 332-333.

natureza, não compor qualquer relação jurídica, em contrapartida, aquele juridicamente impossível assume essa qualidade em razão de disposição legal, que retira do bem ou prestação a viabilidade de constituir objeto de negócio jurídico, a exemplo dos bens fora do comércio¹⁶¹.

Por fim, a determinabilidade do objeto consiste na imprescindibilidade de individualização do objeto no momento da concretização do negócio ou vir a ser individualmente determinado segundo critérios estabelecidos pelos sujeitos do negócio jurídico.

Em sede de diretivas antecipadas, cuja finalidade consiste na manifestação prévia quanto aos cuidados de saúde que seu declarante almeja que lhe sejam administrados por circunstância superveniente que o impossibilite de exprimir sua vontade, logo, há dois recortes temporais: um da elaboração das diretrizes e outro da ocasião em que tais produzirão seus efeitos, não se pode ignorar a evolução tecnológica dos tratamentos que poderá sobrevir nesse intervalo temporal.

Assim, ao se considerar que os elementos essenciais relativos ao objeto, diversamente do que ocorre com os subjetivos (capacidade do agente), devem subsistir no momento da eficácia do negócio jurídico, por conseguinte, pode ocorrer de o apontamento de determinada técnica que o declarante deseja que lhe seja administrada em situação vindoura, seja inexistente ou até mesmo impossível no momento da elaboração, contudo quando da produção dos efeitos da declaração, vista a evolução tecnológica, seja viável, possível e até mesmo indicada posteriormente.

Neste contexto, a apreciação desses elementos deve ocorrer em dois momentos distintos, no que toca aos elementos subjetivos, os requisitos de validade serão concebidos a partir do momento de sua elaboração, ou seja, o declarante deve ser capaz ao tempo da construção de suas diretrizes, ainda que haja incapacidade superveniente. Todavia, os elementos relativos ao objeto, mormente a licitude e a possibilidade serão avaliados no momento de sua produção de efeitos, por conseguinte, eventualmente, o objeto era lícito e possível quando da sua elaboração, mas por ocasião da produção de efeitos, por condições diversas, limitação por norma cogente posterior, moralidade, inexistência ou inaplicabilidade da técnica, os efeitos não poderão ser produzidos, neste ponto, aproxima-se do ato jurídico.

¹⁶¹ GOMES, 2010, p. 288.

3.2 O cabimento das diretivas antecipadas e definições teóricas pertinentes: morte, eutanásia, suicídio assistido, ortotanásia e cuidados paliativos

O tema das diretivas antecipadas de vontade alcança relevo, posto que diferentemente do que ocorria no passado, com mortes agudas, o indivíduo se curava ou morria, na atualidade, geralmente, existe um considerável lapso temporal entre a descoberta da doença e a morte, o que se denomina processo de morrer e alguns estudos indicam que esse tempo pode corresponder a cinco anos.

Por essa razão muitos países debruçam-se sobre esse **denominado** processo de morrer e apreciam os acontecimentos nesse período. Essa realidade é atribuída ao avanço e às conquistas da medicina e às novas tecnologias aplicadas na área da saúde. Neste contexto, surgem também instituições e pessoas que militam em favor do direito de morrer com dignidade¹⁶².

Historicamente, o conceito de morte passou por diversas formulações. Em um primeiro instante, a morte fora assim definida por Hipócrates, 500 A.C., no livro **De morbis**:

Testa enrugada e árida, olhos cavos, nariz saliente, cercado de coloração escura. Têmporas deprimidas, cavas e enrugadas, queixo franzido e endurecido, epiderme seca, lívida e púmbea, pêlos das narinas e dos cílios cobertos por uma espécie de poeira, de um branco fosco, fisionomia nitidamente contornada e irreconhecível.¹⁶³

Após essa concepção de morte, adveio aquela que a compreendia como a cessação da respiração e a parada cardíaca. Atualmente, a verificação da morte dá-se pelo critério cerebral.

O desenvolvimento e avanço das novas tecnologias, inclusive com sua aplicação na medicina, entre elas medidas de ressuscitação cardíaca, máquinas de circulação extracorpórea

¹⁶² Barchifontaine e Pessini, no livro *Bioética e saúde*, relatam algumas balizas históricas a respeito da morte. Descrevem a morte no século XVIII como uma cerimônia pública e organizada, muitas vezes pelo próprio doente. O quarto do indivíduo que estava para morrer transformava-se em um espaço público em que se entrava e saía livremente. “Ainda no começo do século XIX, os passantes que encontravam na rua o pequeno cortejo do Padre levando o viático acompanhavam-no, entrando em seguida no quarto do doente”. Os autores destacam a importância da presença dos parentes, amigos e vizinhos, inclusive das crianças. Tempos mais tarde, a morte tornou-se um tabu: “Antigamente dizia-se às crianças que se nascia dentro de um repolho, mas elas assistiam à grande cena de despedidas da vida, à cabeceira do doente moribundo. Hoje, são iniciadas desde a mais tenra idade na fisiologia do amor, mas quando não vêem mais o avô, alguém lhe diz que ele repousa num belo jardim entre as flores [sic]”. Esses autores afirmam que, na atualidade, há um grande esforço para negar a morte, até com condutas no intuito de se esconder do doente a gravidade da situação a fim de “poupá-lo”. É natural que o doente morra na ignorância. Prosseguem: “[...] observamos um deslocamento do lugar da morte. Já não se morre em casa, em meio aos entes queridos, mas sozinho no Hospital (UTI). No hospital a morte é um fenômeno técnico causado pela parada de cuidados, declarada por decisão de profissionais especializados (neurologistas) – fala-se de **tanocratas**, os donos da morte”. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leocir. **Bioética e saúde**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Centro São Camilo de Desenvolvimento em Administração da Saúde, 1989. p. 173-174.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 175.

e respiradores artificiais, contribuíram para a necessária ressignificação da morte. Além disso, cabe destacar alguns outros fatores que ensejaram essa pertinente revisitação ao tema morte, por exemplo, a possibilidade de prolongamento artificial de vida, que reclama uma definição de morte encefálica. A doutrina justifica a necessidade dessa definição por razões sociais, humanas e econômicas, ao passo que os leitos de terapia intensiva são limitados e custosos, que acabam por onerar os familiares ou o Estado em casos irreversíveis e/ou irrecuperáveis. E, por assim, no dizer de Barchifontaine e Pessini¹⁶⁴, “Muitas vezes os esforços para atender sem necessidade a uma vida vegetativa de um paciente, arruinam sua família e desacreditam os médicos”.

A apreciação de reversibilidade ou irreversibilidade da atividade encefálica é realizada pelo médico, particularmente o neurologista, que se valerá dos recursos disponíveis para essa constatação. Contudo, ao considerar a morte como um processo, alguns autores alertam que não pode ser fixada em um momento específico. A doutrina de Barchifontaine e Pessini aponta que “o cérebro pode ser deprimido por drogas até níveis afuncionais, não perdendo entretanto a capacidade de recuperação, como por exemplo na anestesia”¹⁶⁵.

É comum em grandes instituições médicas neurotraumatológicas a utilização, em casos de lesões graves de coma, o barbitúrico iatrogênico. Nesse cenário, segundo a literatura médica, o paciente se encontra em estado arreativo e com traçado eletroencefalográfico isoeletrico. Ademais, no que toca aos critérios para definição da morte encefálica, tais podem sofrer variações desde conceitos puramente técnicos até medidas mais rebuscadas, inclusive com dados de ordem clínica e exames subsidiários.

A Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (FM/USP) estabeleceu critérios para apuração de morte encefálica, após pareceres da Procuradoria Jurídica e da Comissão de Normas Éticas e Regulamentares e da aprovação do Conselho Deliberativo do Hospital das Clínicas, em 12 de julho de 1983, com o propósito de que se configura morte na ausência de função tronco cerebral e observados os seguintes parâmetros:

Paciente em coma arreativo e aperceptivo por mais de 6 (seis) horas de observação, tendo sido excluídas condições de hipotermia e uso de drogas depressoras do Sistema Nervoso Central. O conceito clínico da morte encefálica deve ser respaldado por um exame complementar que demonstre inequivocamente ausência de atividade cerebral ou ausência de perfusão sanguínea cerebral. Em nossas condições atuais pode-se utilizar para isso o eletroencefalograma ou a arteriografia cerebral, ou ainda, medidas de fluxo sanguíneo cerebral mediante emprego de radioisótopos¹⁶⁶.

¹⁶⁴ BARCHIFONTAINE; PESSINI, 1989, p. 177.

¹⁶⁵ Ibid., p. 177.

¹⁶⁶ Ibid., p. 178.

A Declaração de Sidney, adotada pela 22ª Assembleia Médica Mundial em Sidney, Austrália, em 1968, e emendada pela 35ª Assembleia Médica Mundial em Veneza, Itália, em outubro de 1983, dispõe que a determinação do momento da morte é responsabilidade do médico e deve permanecer dessa forma, que seguirá utilizando os critérios clássicos conhecidos por todo médico.

Neste mesmo documento, há um apontamento a respeito da complicação decorrente do processo gradual da morte em nível celular, que pode variar a capacidade dos tecidos em termos de resistência à falta de oxigênio. Contudo, enfatiza que o momento da morte das diferentes células e órgãos não é tão importante quanto a certeza de que o processo se tornou irreversível, independentemente das técnicas de ressuscitação que possam ser utilizadas.

Prossegue a declaração, ao registrar a essencialidade de determinação da cessação de todas as funções, de todo o cérebro, o bulbo raquídeo, e ainda será baseada no juízo clínico suplementado e, caso necessário, por um certo número de diagnósticos. Aponta que nenhum critério tecnológico é totalmente satisfatório no estado atual da medicina, do mesmo modo que nenhum procedimento tecnológico pode substituir o juízo geral do médico. No caso particular de transplante de órgãos, o estado da morte deve ser evidenciado por dois ou mais médicos os quais não devem ter relacionamento ou pertencer à mesma equipe que realize o transplante.

Assim, a Declaração de Sidney encerra-se com a afirmativa de que a determinação do estado de morte de uma pessoa possibilita, do ponto de vista ético, suspender as tentativas de ressuscitação e, em países onde a lei permite, extrair órgãos do cadáver sempre que tenham cumprido os requisitos legais do consentimento.

Contudo, o critério da morte cerebral pode ser enfrentado de formas distintas. Ao menos dois critérios poderão ser adotados: o critério da cessação irreversível das funções do tronco encefálico (*brainstem death*), adotado em Portugal; e o critério da cessação irreversível de todas as funções encefálicas/cerebrais (morte cerebral total / *whole brain death*), adotado em países como Espanha, Itália, Brasil, Estados Unidos da América, França, Austrália, Alemanha, entre outros¹⁶⁷.

Ao discorrer sobre essa ausência de uniformidade no caráter declarativo da morte, Geraldes aponta para a necessidade de um debate jurídico sobre o tema, visto que no seu

¹⁶⁷ GERALDES, João de Oliveira. Critérios de morte: da técnica médica à axiologia jurídica. Finis vitae ou ficta mortis? **Revista da Ordem dos Advogados**, v. 70, p. 625-674, jan./dez. 2010. Disponível em: https://www.academia.edu/5388268/Morte_Cerebral_-_Finis_vitae_ou_ficta_mortis_Revista_da_Ordem_dos_Advogados_ano_70.o_Janeiro_Dezembro_I_II_2010_625-674. Acesso em: 02 jun. 2020.

dizer: “as leis da natureza não variam geograficamente e, só por isso, a Ciência Jurídica deve, com cautela, analisar o facto (ou suposto facto) que tem de enquadrar e valorar”¹⁶⁸.

A alteração do critério para definição de morte de cessação irreversível da função cardiorrespiratória para o critério cerebral deu-se, particularmente, na segunda metade do século XX, por força dos avanços científicos, sobretudo do progresso no domínio das técnicas de reanimação, que possibilitaram o restabelecimento e a manutenção dos movimentos circulatórios, tanto do oxigênio quanto do sangue. Mediante a utilização de novos equipamentos, tais como o ventilador mecânico e o marcapasso (*pacemaker*), as funções respiratórias e circulatória sanguínea podem ser mantidas, o que se denomina suportes não naturais de manutenção de vida.

Nesse panorama de emprego das novas técnicas de reanimação e de suporte não natural da vida humana emergiu uma nova categoria de estado de vida dos indivíduos, especialmente nas hipóteses de lesões cerebrais, visto que a utilização dessas técnicas assegura a manutenção da vida, contudo nem sempre conduzirá a inversão do estado clínico do paciente.

Essa alteração do critério de definição de morte chama a atenção, posto que, coincidentemente ou não, é contemporânea ao movimento de corrida de transportes de órgãos que, para haver êxito, os órgãos deveriam ser retirados sob condições transplantáveis. Geraldes, valendo-se das lições de Hans Jonas, aponta que mediante razões utilitaristas e economicistas inequivocamente assumidas pelo *Ad Hoc Committee*, o conceito de morte cerebral estaria alinhado a servir a outros propósitos – a colheita de órgãos¹⁶⁹.

Para além do momento da configuração da morte, os debates que recaem sobre esse fato da vida são muito mais amplos. A possibilidade ou não de realizar a antecipação da morte por motivo de compaixão ante um cenário de sofrimento desproporcional e insuportável, também está inserida nesse contexto, especialmente diante da existência de recursos terapêuticos capacitados a prolongar por bastante tempo a vida do doente, por conseguinte, enseja um lento e penoso processo de morrer, emergindo o seguinte paradoxo: preservação da vida e alívio do sofrimento.

A expressão sofrimento, para a temática, abrange o sofrimento físico, o sofrimento moral, como nos casos do indivíduo tetraplégico, o sofrimento pela angústia do portador de Alzheimer e, ainda, o sofrimento presumido do paciente em estado vegetativo persistente¹⁷⁰.

¹⁶⁸ GERALDES, 2010, p. 627.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 633 O autor afirma que a nova proposta do critério declarativo de morte foi impulsionada pela necessidade de ressignificar juridicamente a pessoa viva e o morto, ao passo que possibilitaria a colheita dos órgãos em estado transplantáveis.

¹⁷⁰ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o Direito penal brasileiro. **Revista Bioética**, Brasília, v. 16, n. 1, p. 61-83, 2018. p. 62.

Para prosseguir no desenvolvimento do tema, são pertinentes as especificações teóricas a respeito de eutanásia, suicídio, distanásia e ortotanásia.

A primeira delas, a eutanásia, deriva do grego “*Eu*”, que significa “bem” ou “bom” e “*Thanatos*”, que significa morte. Assim, o termo eutanásia encontra relação com boa morte ou morte fácil. Quando do surgimento da expressão, que segundo a doutrina origina de 1646, a primeira utilização do termo em inglês era concebida como o estado de espírito da pessoa no momento da morte. Uma morte tranquila que poderia ser proporcionada pelo clero, pelos amigos e pela família, esse sentido somente foi alterado em meados do século XX, relacionando-se, a partir de então, como a abreviação da morte¹⁷¹. Pode-se conceituá-la como morte resultante da administração de substância fármaco para este fim, no intuito de acelerar a morte do moribundo¹⁷².

A eutanásia, assim, é tida como uma espécie de morte piedosa, posto que visa sanar uma situação de sofrimento físico e/ou psíquico considerada incurável e insuportável, em um panorama de terminalidade de vida¹⁷³. Não há dúvidas de que o intuito da prática da eutanásia é conferir ao indivíduo um fim de vida digno ao doente, além de poupá-lo de um sofrimento desproporcional^{174,175}.

¹⁷¹ DRANE, James; PESSINI, Leo. **Bioética, Medicina e Tecnologia: Desafios éticos na fronteira do conhecimento humano**. Tradução de Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2005. p. 141.

¹⁷² NUNES, Rui; SILVA, Filipa Martins. Caso belga de eutanásia em crianças: solução ou problema? **Revista Bioética**, Brasília, v. 23, n. 3, p. 475-484, 2015. p. 476.

¹⁷³ Pode-se, também, encontrar um conceito de eutanásia da Declaração sobre a Eutanásia da Congregação para a Doutrina da Fé de 1980, em que a compreende como uma ação ou omissão que, por sua natureza ou nas intenções, provoca a morte a fim de eliminar toda a dor.

“Por eutanásia entendemos como a ação ou omissão na qual ela mesma ou intencionalmente causa a morte, buscando que todo o sofrimento possa ser eliminado. Os termos de referência da Eutanásia, consequentemente, são encontrados na intenção da vontade e nos métodos utilizados” (tradução livre).

“By euthanasia is understood an action or an omission which of itself or by intention causes death, in order that all suffering may in this way be eliminated. Euthanasia’s terms of reference, therefore, are to be found in the intention of the will and in the methods used”. SACRED CONGREGATION FOR THE DOCTRINE OF THE FAITH. **Declaration on euthanasia**. 5 may 1980. Disponível em: <http://www.cin.org/vatcong/euthanas.html>. Acesso em: 17 jun. 2020.

¹⁷⁴ Ao discorrer sobre o tema, Campbell narra uma experiência vivida com uma paciente chamada Anna. O autor testemunha que essa paciente antes de morrer era uma pessoa que se expressava muito bem, clara e contundente quanto a suas convicções, até em fazê-las serem ouvidas e respeitadas. Lembra, o autor, de uma gravação de sua entrevista diante de uma turma de duzentos estudantes de Medicina, em que a paciente demonstrava veementemente seu intento de não mais viver e que não se tratava de um estado depressivo temporário. Contudo, o autor chama a atenção para o fato de que, na maioria das vezes, as decisões médicas relativas à vida e à morte são tomadas nos casos em que o paciente não pode expressar qualquer desejo, quer porque não tenha condições e informações técnicas para a tomada de decisão quer porque tal fora prejudicada em razão da doença ou de acidente. CAMPBELL, Alastair. Eutanásia e o Princípio da Justiça. **Revista Bioética**, Brasília, v. 7, n. 1, 1999.

¹⁷⁵ No dia 04 de setembro de 2020, um homem francês de 57 anos, que sofre há mais de 34 anos de uma doença rara incurável, resolveu abandonar seu tratamento, inclusive com a suspensão da alimentação e hidratação, bem como transmitir seus momentos finais de vida em seu perfil do Facebook para mostrar às pessoas qual a agonia exigida pela lei. Alain Cocq, dias antes, escreveu ao presidente Emmanuel Macron “implorando” que o deixasse “partir em paz”, em resposta Macron declarou “como eu não estou acima da lei, não estou em

Existem diversas classificações¹⁷⁶, das quais duas foram consideradas como mais relevantes para a discussão – a eutanásia ativa e a eutanásia passiva –, que se referem ao modo de atuação do agente. A primeira forma configura a imprescindibilidade de uma ação que concorra para a morte sem sofrimento do doente. De outra banda, a eutanásia passiva, também denominada indireta, dá-se pela não intervenção ou não realização de um ato que uma vez praticado poderia ter evitado a morte, também realizada no intuito de evitar ou reduzir o sofrimento. Alguns autores acrescentam, ainda, uma terceira modalidade de eutanásia, a denominada eutanásia de duplo efeito, que consiste na aceleração da morte em virtude de uma consequência indireta de ações médicas, do mesmo modo que as anteriores, visa ao alívio do sofrimento de um paciente terminal^{177,178}.

A classificação supramencionada leva em conta o modo de atuação do agente, contudo, pode ser classificada, ainda, quanto à intenção que anima a conduta do agente, como eutanásia direta e indireta e, no que toca à vontade do paciente, pode apresentar-se como voluntária, não voluntária e involuntária. Também existe a classificação quanto à finalidade do agente, tem-se, nesse modo, a eutanásia libertadora, eliminadora e econômica. Essas últimas não são muito utilizadas pela doutrina.

Em termos de autorização legislativa para a realização da eutanásia, destacam-se alguns países¹⁷⁹ como: Holanda e Bélgica¹⁸⁰, que descriminalizaram essa conduta no ano de

posição de atender ao seu pedido”. A lei citada pelas partes é a Loi Claey-Leonetti (2005), que veda a prática de eutanásia, contudo, como única saída às pessoas que se a desejam, a possibilidade de morrer de fome e de sede. Dessa forma, Alain, diante da recusa do pedido de que lhe fosse prescrito um medicamento para que partisse em paz, resolve se deixar morrer ao cessar toda a alimentação e hidratação como último ato militante pela eutanásia. ROUQUETTE, Pauline. Dans une France “en retard” sur l’euthanasie, Alain Cocq veut se laisser mourir en direct. **FRANCE 24**, 04 set. 2020. Disponível em: <https://www.france24.com/fr/20200904-dans-une-france-en-retard-sur-l-euthanasie-alain-cocq-veut-se-laisser-mourir-en-direct>. Acesso em: 19 jan. 2021. Após iniciar a transmissão, o Facebook “derrubou” o perfil de Cocq por política da página.

¹⁷⁶ Quanto à intenção que motiva a conduta do agente, a doutrina aponta como eutanásia direta e indireta, quanto à vontade do paciente, pode revelar-se voluntária, não voluntária e involuntária. No que tange à finalidade do agente, tem-se eutanásia libertadora, eliminadora e econômica.

¹⁷⁷ FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto. Classificações históricas de eutanásia. **UFRGS, Bioética**. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutantip.htm>. Acesso em: 17 jun. 2020.

¹⁷⁸ Alguns autores apontam a incongruência no discurso em que a lei proíbe matar, contudo permite a suspensão ou interrupção de tratamento.

¹⁷⁹ No entanto, no Canadá, em alguns estados dos Estados Unidos da América e na América Latina, Uruguai e Colômbia, também possuem leis que autorizam a prática da eutanásia. Ainda no âmbito da América Latina, Chile e Brasil possuem projetos de lei que buscam autorizar. No Brasil, o Projeto de Lei 7/2018 visa descriminalizar a prática; o art. 6º, altera o art. 13 do Código Penal para assim dispor: “§3º - Não se considera omissão penalmente relevante a falta de instituição de suporte de vida ou a não realização de tratamento ou procedimento médico ou odontológico recusados expressamente pelo paciente ou, nos casos em que o paciente não possa expressar sua vontade, por seu representante legal.”

¹⁸⁰ A lei belga exige o preenchimento de determinadas condições, que destacam o pedido voluntário, ponderado e repetido do paciente, que se encontra em condições de sofrimento insuportável, decorrente de doença grave e incurável, além disso, tal sofrimento é insuscetível de alívio. A lei impõe ainda ao médico o dever de discutir com o moribundo, de modo a explicar as possibilidades para o caso em exame, de forma clara e

2002, desde que preenchidas determinadas condições e, posteriormente, no ano de 2009, Luxemburgo também legalizou a prática. Em 2014, a Bélgica aprovou lei que dispõe sobre a eutanásia sem referência a limites de idade, o que emergiu intensos debates a respeito das decisões médicas em fim de vida em crianças¹⁸¹. Em dezembro de 2020, a Câmara dos Deputados aprovou, por 198 votos favoráveis e 138 contra e abstenções, a autorização da prática da eutanásia, classificando-a, até mesmo como direito social¹⁸².

No Brasil, a eutanásia configura-se crime tipificado no art. 121, § 1º, do Código Penal Brasileiro¹⁸³. Sobre o tema, em suas lições Bento Faria assinala que essa prática, também denominada “homicídio piedoso”, não pode ser tolerada pelo nosso sistema jurídico, e até assevera que “As insuficiências da ciência médica não justificam o sacrifício da vida humana [...]”; e mais “O conceito de doença incurável só é verdadeiro em função de cada estágio científico”¹⁸⁴. Dessa forma, o autor defende veementemente a criminalização da eutanásia e a faz, aliás, estabelecendo um paralelo com a eugenia.

Nelson Hungria chama a atenção para a configuração da eutanásia como homicídio privilegiado. Narra que, no projeto inaugural de Sá Pereira, estava previsto no art. 130, nº IV: “à piedade, provocada por situação irremediável de sofrimento em que estivesse a vítima e às suas súplicas”; e o art. 189 instituía a causa de diminuição de pena, que possibilitava ao juiz a

adequada, indicando, inclusive, a via dos cuidados paliativos e o paciente deve consultar outro médico antes da tomada de decisão. Além disso, a lei prevê que o paciente deve ser maior de idade ou emancipado. Ocorre que em 13 de fevereiro de 2014, a Câmara dos representantes da Bélgica aprovou a lei que não faz referência a limites de idade. Para os parlamentares o que deve ser levado em conta é a capacidade de discernimento do menor e da sua habilidade de compreensão de suas implicações. Exige ainda, que o menor esteja em situação de doença terminal ou incurável que conduzirá à morte do doente em curto espaço de tempo e à sujeição a sofrimento constante e insuportável, o pedido por escrito da criança, o consentimento dos pais ou representante legal e a disponibilização de apoio psicológico a todos os envolvidos. A literatura registra que apesar de aparentemente se estender a menores, essa disciplina acaba por limitar, ante a ausência de disposição expressa, os casos de doenças psiquiátricas e ao exigir capacidade e discernimento, afasta da aplicação os casos de crianças com alterações de consciência, deficientes intelectuais, crianças muito jovens e recém-nascidos. Portanto, a Bélgica tornou-se o primeiro país a autorizar a eutanásia independentemente de idade. Na Holanda, por sua vez, há a permissão de eutanásia a partir de 12 anos de idade, com o consentimento dos pais até os 16 anos e após, cabe apenas ao menor a deliberação. NUNES; SILVA, 2015, p. 477-478.

¹⁸¹ O projeto de lei do Chile que visa à legalização da eutanásia e do suicídio assistido foi elaborado em 2014, no entanto, em 07/05/2019, foi incorporada ao projeto a possibilidade de alcance da prática de eutanásia para menores entre 14 e 17 anos.

¹⁸² ESPAÑA. Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo de 2021. Regulación de la eutanasia. **Boletín Oficial del Estado**, n. 72, de 25 de marzo de 2021. Disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-4628. Acesso em: 02 abr. 2021.

¹⁸³ Ao se valer das lições da doutrina italiana, o professor José Afonso da Silva destaca as razões pelas quais a eutanásia constitui crime. Arrola questões científicas e morais. Destaca a eventualidade de ocorrência de erro em diagnóstico e da descoberta de medicamentos. Relativamente às causas morais, indica que o ordenamento jurídico e até mesmo a consciência comum atribuem um significativo valor à vida humana que impedem a legalização da prática da eutanásia. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 39. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional nº. 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 204.

¹⁸⁴ FARIA, Bento de. **Código Penal Brasileiro (comentado)**. Decreto-lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 3. ed. atual. Parte Especial. Rio de Janeiro: Record, 1961. (Arts. 121 a 154, v. IV). p. 27.

redução de metade da pena quando o autor do injusto praticasse a conduta nos moldes do art. 130, IV, sendo facultado ao juiz converter a pena em detenção¹⁸⁵. Contudo, este texto não foi replicado no Projeto da Subcomissão Legislativa e o texto aprovado contém apenas a atenuante geral do motivo de relevante valor moral¹⁸⁶.

Outro tema pertinente ao fim de vida, consiste na antecipação da morte pelo próprio indivíduo – suicídio – que demanda atenção da sociedade e do Estado, por meio de serviços públicos de saúde, visto que em muitos casos está relacionado com quadros de depressão grave. Alguns autores, ao apreciar o tema, sustentam que o suicídio seria um ato contrário à lei moral, ao passo que existe uma obrigação moral consigo mesmo, e o homem teria o dever de conservar sua própria vida em razão da sua qualidade de vida. Kant ressalta a contradição existente entre o agir livre no intuito do desenvolvimento da personalidade e a autorização de retirar a própria vida¹⁸⁷.

Entretanto, para fins de desenvolvimento do tema, carece destacar a distinção entre suicídio¹⁸⁸ e suicídio assistido, tendo em vista que este último se relaciona com o tema das decisões de fim de vida. Primeiramente, urge destacar que o suicídio propriamente dito se refere ao ato da própria pessoa, por isso não é passível de punição, contudo, o auxílio prestado ao suicídio é punível na maioria das legislações penais, visto que a maior parte dos países busca coibir essa prática.

¹⁸⁵ HUNGRIA, Néilson. **Comentários ao Código Penal**. Decreto-lei 2.848, de 7 dezembro de 1940. Rio de Janeiro: Forense, 1958. (Arts. 121 a 136, v. V). p. 126. Ao valor sobre o tema, o autor chama atenção, até mesmo, se o doente que se encontra nessas condições de dor e sofrimento insuportáveis estaria em suas plenas faculdades mentais, especialmente porque está tomado por emoção e angústia.

¹⁸⁶ No entanto, existem alguns autores que advogam em favor da prática da eutanásia e o fazem com fundamento na norma constitucional, particularmente no sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, pois sob essa concepção “seria desumano, obrigar um indivíduo a continuar vivendo em condições sub-humanas de dor e sofrimento”. No que toca ao aspecto penal, afirmam que para que haja relevância social, a conduta deve ultrapassar a esfera individual do autor e atingir interesse de outro, princípio da alteridade. E para essa corrente, justamente com fundamento no princípio da alteridade, pode-se excluir a eutanásia da subsunção ao crime, quer como homicídio, quer como induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122 CPB), visto que tal ação alcança apenas bens jurídicos do enfermo, além disso o agente somente auxiliou na preservação na liberdade de escolha entre o direito à vida e à dignidade humana. FOGAÇA, Vitor Hugo Bueno; MARGRAF, Alencar Frederico; CALSAVARA, Caroline Carvalho. O direito de pacientes em estado terminal a uma morte digna: a eutanásia à luz dos princípios constitucionais. **Revistas dos Tribunais**, São Paulo, v. 109, n. 1016, p. 79-95, jun. 2020. p. 86.

¹⁸⁷ KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 234.

¹⁸⁸ No dizer da doutrina, o suicídio conceitua-se como a ação mediante a qual um indivíduo se inflige a morte, por um ato ou pela omissão de algo que lhe conserve a vida. Diversas são as formas em que se materializam, contudo, esses atos ou omissões devem ser intencionais, precedidos de sopesamento. Já nas tentativas de suicídio a doutrina aponta a utilização de meios fracos (gás, ingestão de drogas etc) e comumente são realizadas mediante motivos familiares e amorosos, ao passo que o suicídio é motivado, geralmente por desastre grave, enfermidades incuráveis, fracassos econômicos, pena judiciária muito pesada, etc. Além disso, a doutrina ressalta que no suicídio predomina uma ideia de autodestruição, diversamente da tentativa, que sobrepuja a autoconservação, na realidade, indica um apelo por socorro. Segundo estatísticas, o suicídio é uma das principais causas de morte. Em Berlim, constitui a primeira causa de morte, a segunda em países como Bélgica, Dinamarca, Japão, Canadá, Áustria, Suécia e Suíça e a terceira na Austrália, França, Noruega, Escócia e EUA. PESSINI; BARCHIFONTAINE, 1989. p. 185.

O suicídio assistido conta com a colaboração de terceiro para que o indivíduo em fase de fim de vida abrevie o processo de morte e, assim, amolda-se na situação de auxílio ao suicídio. Todavia, o suicídio assistido, juntamente com a eutanásia, na atualidade é concebido como instrumento de cooperação para um fim de vida digno, especialmente nos casos em que a dor e o sofrimento são partes integrantes da existência do indivíduo, contudo, as duas práticas não se confundem. Na eutanásia o profissional da saúde administra a substância que acelera a morte, ao passo que no suicídio assistido o médico prescreve o fármaco letal, no entanto, o próprio paciente que realiza a administração.

Ao se considerar que o suicídio assistido se relaciona ao fim de vida com dignidade, existem aqueles que defendem que a lei penal deveria distinguir essas modalidades do auxílio ao suicídio puro e simples. Em vista disso, a lei penal carecia diferenciar o auxílio ao suicídio sem justo motivo ou causa válida do suicídio assistido que objetiva abreviar um sofrimento desnecessário e sem volta.

Além da punição penal prevista em muitos ordenamentos jurídicos, o auxílio ao suicídio difere-se do suicídio assistido no que toca à imprescindibilidade ou não da participação de terceiro. Isto porque no suicídio puro e simples não há a necessidade da participação de outrem para sua realização. A conduta do terceiro subsume-se na instigação ou no auxílio do ato, ao passo que no suicídio assistido a participação do terceiro é indispensável.

Ressalta-se que, para fins de configuração do suicídio assistido, é fundamental que o paciente esteja consciente e em plena capacidade física e mental para a execução do ato e o auxílio seria permitido ante a fase de terminalidade de vida, portanto, para fins de suicídio assistido é imprescindível, além dos requisitos já mencionados – consciência e capacidade, o diagnóstico de doença terminal, sem possibilidade de cura, e do sofrimento que retira a qualidade de vida.

A legislação¹⁸⁹ que possibilita a realização do suicídio assistido funda-se na observância da autonomia do paciente. Contudo, alguns autores criticam determinados requisitos e limitações impostos na lei, por exemplo, aqueles relacionados ao tempo de vida restante, que resultam da atividade de ponderação da autonomia do paciente com o interesse do Estado na proteção da vida.

Ao apreciar o tema, Dennis Plaisted menciona dois casos previstos nos estados de Oregon e Washington, que possuem leis autorizadas da prática de suicídio assistido, no

¹⁸⁹ O suicídio assistido foi descriminalizado na Holanda, em Luxemburgo, na Suíça e em quatro estados norte-americanos – Oregon, Washigton, Montana e Vermont.

entanto, apenas aos doentes terminais com tempo de vida restante de menos de seis meses. O autor questiona se a própria razão de ser da permissão legislativa seria a autonomia do paciente, não há justificativa para a exigência de limites temporais de vida restante e afirma que essa exigência implica um processo de desvalorização da vida das pessoas em estado terminal, posto que a pessoa com menos de seis meses de vida restante não tem praticamente nenhuma via a proteger ao se considerar aqueles que têm expectativa maior¹⁹⁰.

Entretanto, essa limitação temporal encontra respaldo no temor de perda do controle estatal quanto a essas práticas, do mesmo modo que, se existe mais tempo restante de vida, acredita-se que novas oportunidades poderão aparecer, até mesmo a viabilização da vida. Ao se considerar que as próprias ciências médicas indicam que os momentos finais consistem na maior carga de dor e sofrimento, o exercício de limitação da autonomia pessoal do paciente imposto pelo Estado nos casos do suicídio assistido constitui medida legítima e razoável, ao passo que prestigia a vida em todas as suas fases.

Nota-se a proximidade dos conceitos da eutanásia, em sua modalidade passiva, com a ortotanásia¹⁹¹. Como já afirmado anteriormente, na eutanásia passiva, há a omissão e/ou

¹⁹⁰ “A principal justificativa para essas leis tem sido o princípio do respeito da autonomia; no contexto do Suicídio Medicamente Assistido, esse princípio é mencionado para insinuar que pessoas capazes devem ser autorizadas a controlar o momento e o modo de suas próprias mortes para a melhor medida possível. Alguns se opuseram a esse argumento, no entanto, se dizer que o respeito pela autonomia é a razão para permitir o Suicídio Medicamente Assistido, então por que concedê-lo apenas a pessoas com menos de seis meses de vida? Por que não permiti-lo para pessoas com um ano de vida ou mais? Na realidade, por que deve ser uma doença terminal no final das contas, se autonomia é o nome do jogo? Defensores das leis da Morte com Dignidade (DWD) responderam que o respeito pela autonomia individual deve ser equilibrado com o interesse legítimo do Estado na vida de seus cidadãos. Pessoas com menos de seis meses de vida têm praticamente nenhuma vida para proteger, ao passo que pessoas com mais tempo sobrando, ou aquelas que não estão doentes de modo terminal possuem um amplo e longo trecho da vida sobrando. O Estado pode, então, anular suas autonomias de interesses visando promover seus próprios interesses em preservar suas vidas” (tradução livre).

“*The primary justification for these laws has been the principle of respect for autonomy; In the context of physician-assisted suicide (PAS), this principle is said to imply that competent persons should be allowed to control the timing and manner of their own deaths to the greatest extent possible. Some have objected to this justification, however, saying that if respect for autonomy is the reason for allowing PAS, then why grant it only to persons with less than six months to live? Why not allow it for people with a year to live or longer? Indeed, why must one be terminally ill at all, if autonomy is the name of the game? Defenders of the Death with Dignity (DWD) laws have responded that respect for individual autonomy must be balanced against the state’s legitimate interest in the lives of its citizens. Persons with less than six months to live have virtually no life left to protect, whereas persons with more time left, or who are not terminally ill, have a meaningfully long segment of life remaining. The state can therefore overrule their autonomy interests in order to promote its own compelling interest in preserving their Lives*”. PLAISTED, Dennis. An Undignified Side of Death with Dignity Legislation. **Kennedy Institute of Ethics Journal**, v. 23, n. 3, p. 201-228, sep. 2013. p. 202. Disponível em: <https://muse.jhu.edu/article/521497/pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

¹⁹¹ Também caminha em uma linha tênue, sem embargos de posição contrária, a distinção entre a eutanásia indireta ou de duplo efeito com a ortotanásia, isto porque o agente é motivado a retirar a dor do paciente, contudo a ministração de alguns fármacos em doses e por determinado tempo pode contribuir para o encurtamento da vida. A doutrina exemplifica com os casos em que paciente oncológico em fase terminal padece dores angustiantes controladas apenas com a aplicação de doses cada vez mais elevadas de medicamentos analgésicos e sedativos. “Nesses pacientes, a dose terapêutica – necessária para o

interrupção dolosa das intervenções médicas e medicamentosas, que ainda seriam indicadas e úteis ao paciente, ao passo que na ortotanásia haverá omissão quando tais práticas não possuírem utilidade alguma, senão apenas prolongar artificialmente a vida do paciente sem lhe conceder melhores condições de terminalidade. Porém, em termos jurídicos, existe um abismo que os separa. Isto porque a eutanásia, atualmente, no Brasil, é tipificada como crime, e a ortotanásia atua no plano da licitude¹⁹². Assim, a eutanásia consiste na antecipação da morte, movido por compaixão, ao passo que na ortotanásia evita-se retardar a morte indevidamente.

Sobre essa distinção, cita-se o Parecer Cremec nº 21/2010, de 21/06/2010, que consta como interessada a Direção do Hospital Geral Waldemar de Alcântara. O caso versava sobre um recém-nascido prematuro de 31 semanas de idade gestacional, nascido de parto cesáreo, com peso de 1.880 gramas, que precisou ser intubado em sala de parto e colocado em ventilação mecânica. Com poucas horas de vida, precisou ser transferido para UTI neonatal, com desconforto respiratório e quadro grave de infecção neonatal com choque. Além disso, tratava-se de paciente diagnosticado com Síndrome de Edwards, Trissomia do cromossomo 18^{193,194}, patologia com prognóstico reservado, incompatível com a vida.

arrefecimento da dor – aproxima-se cada vez mais da dose que leva à morte (por paralisação do aparelho respiratório, por exemplo)”. A autora alerta ainda que o uso frequente dessas substâncias enfraquece o organismo e reduz a consciência do paciente durante o uso. VILLAS-BÔAS, 2018, p. 64.

¹⁹² A prática da eutanásia além de responsabilidade criminal, acarreta responsabilidade disciplinar do médico, prevista na Resolução CFM nº 2217/2018: Art. 41. É vedado ao médico: Abreviar a vida do paciente, ainda que, a pedido deste ou de seu representante legal. E ilícito administrativo tipificado no artigo 1º, do Código de Ética Médica, em que veda ao médico praticar atos danosos ao paciente por ação ou omissão, que sejam caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência.

¹⁹³ Trata-se de uma síndrome ocasionada por um cromossomo 18 a mais, isto porque normalmente os bebês nascem com dois cromossomos 18. Essa condição acarreta deformidades que colocam em risco a vida do bebê, geralmente no coração e no cérebro e outras desordens congênitas em outros órgãos. Ocasionalmente, ainda, deficiências intelectuais graves. O recém-nascido nessas condições demanda cuidados médicos especiais, particularmente relacionados à respiração e à alimentação, e frequentemente possui apenas alguns dias ou semanas de vida. As estatísticas indicam que apenas 5 a 10% dos nascidos sob essas condições sobrevivem mais de um ano. **TRISSOMIA 18. Chromosome Medicina Genômica**, São Paulo. Disponível em: <https://chromosome.com.br/faq/trissomia-18-sindrome-de-edwards/>. Acesso em: 06 jul. 2020.

¹⁹⁴ Ao discorrer sobre a síndrome o Conselheiro destacou: “A trissomia do 18, cujo primeiro relato foi descrito por Edwards *et al.* (1960), apresenta como principais características: baixo peso ao nascimento, acentuado retardo de crescimento e desenvolvimento, occipício proeminente, orelhas displásicas e de implantação baixa, esterno curto, malformações cardíacas, mãos fechadas com sobreposição do 2º sobre o 3º e do 5º sobre o 4º dedos, calcâneo proeminente e hálucos dorsifletidos. O número de outras anomalias associadas é vasto, sendo descritos na literatura mais de 150 tipos diferentes. A sua incidência é estimada em 1:8.000 nascidos vivos, com ligeira predominância de indivíduos afetados do sexo feminino. Os estudos anátomo-patológicos permitiram delinear um amplo espectro de malformações dos órgãos internos nesta condição. Os sistemas mais acometidos são o sistema nervoso central, o cardiovascular, o digestivo e o geniturinário. O prognóstico é bastante reservado, pois cerca de 55 a 65% dos recém-nascidos afetados morrem na primeira semana de vida, 90% morrem até 6 meses de idade, com apenas 5 a 10% vivos no final do primeiro ano de vida. Os pacientes com mosaicismos da trissomia do 18 e trissomias parciais do mesmo cromossomo parecem apresentar sobrevida melhor (Sugayama *et al.*, 1999)”. **CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO CEARÁ. Parecer CREMEC nº 21, de 21 de junho de 2010**. A suspensão dos meios artificiais de manutenção da vida em paciente terminal não caracteriza eutanásia passiva, e sim, ortotanásia,

Após alguns dias, ainda sob condições de ventilação mecânica, com evolução de insuficiência cardíaca e mediante utilização de drogas vasoativas e diuréticos, apresentava ainda, quadro de anemia, alimentava-se por sonda nasogástrica. Neste caso, havia assistência de equipe médica, de enfermagem e fisioterapia. O objeto da consulta do parecer foi a delimitação do que seriam considerados cuidados paliativos.

Ao fundamentar o parecer, o conselheiro relator traz a diferenciação entre eutanásia e ortotanásia e frisa que as práticas de não tratamento, de omissão ou de suspensão de suporte vital fútil não podem ser considerados atos de eutanásia, mas implicam exercício regular de direito médico. Isto porque, em sua visão, o instituto da ortotanásia objetiva obstar a ocorrência da distanásia, que pode ser definida como o abuso do emprego de recursos médicos, que ensejam o prolongamento do processo de morrer, transformando-o em uma experiência lenta e sofrida.

Ao debruçar-se sobre os fatos que permeavam o caso, o parecerista afirmou que se tratava de paciente terminal, visto que de acordo com a literatura médica, os recém-nascidos portadores da Trissomia 18, na maior parte dos casos, possuem sobrevida de alguns dias, e apenas 10% podem alcançar seis meses de vida e, em alguns casos remotos, um ano de idade. Além disso, as deficiências biológicas¹⁹⁵ desse paciente (cardíacas e respiratórias) não são passíveis de cura, portanto, a conduta médica deve estar pautada no princípio da não-maleficência, que se sobreporá ao da beneficência.

Isto implica dizer que a tomada de decisão sobre a atuação médica deve estar voltada ao conforto e alívio do paciente, e sustentada por processo de obtenção de consenso da equipe médica, inclusive nos casos em que haja possibilidade, a anuência do representante legal do paciente. E, assim, parecer conclusivo foi no sentido de que, diante das circunstâncias do caso apresentado, a suspensão dos meios artificiais de manutenção de vida, quais sejam, ventilação mecânica, administração de drogas vasoativas, transfusão de sangue, diuréticos e antibióticos não ensejava a ocorrência de eutanásia passiva, mas de ortotanásia.

A ortotanásia, também denominada limitação terapêutica, atua no plano da análise das condutas médicas que, em um critério médico-científico, pondera se a prática de determinada conduta será útil ou não ao tratamento do paciente. A expressão deriva do grego *orthos* (reto,

considerada exercício regular e ético da profissão médica. A introdução ou manutenção de medidas terapêuticas extraordinárias ou desproporcionais em paciente terminal caracteriza distanásia, que deve ser evitada. Confirmada a condição de terminalidade da vida, há a obrigatoriedade de manutenção dos cuidados paliativos. Fortaleza, 21 jun. 2010. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/CE/2010/21>. Acesso em: 06 jul. 2020.

¹⁹⁵ O autor afirma que a condição de deficiência intelectual, na doutrina médica denominada como retardo mental, não pode ser levada em conta para a tomada de decisão, sob pena de incidir nos conceitos de eugenia e conotação nazi.

correto) e *thanatos* (morte), que pode ser interpretada como morte a seu tempo. Relaciona-se com a postura da equipe médica de assistir e amparar o paciente a um processo de morte sem sofrimento, se desvencilhando do emprego de medidas desproporcionais de prolongamento de vida. Portanto, nesse caso, o profissional da saúde não realiza interferências no intuito de antecipar ou adiar a morte, simplesmente deixa seguir seu processo natural.

Essa prática deriva da premissa de que a morte digna decorre de um direito humano. Por essa razão, deve ser prestigiada a autonomia e a dignidade do indivíduo em processo de fim de vida. No mais, é preciso observar, também, a necessidade de estabelecimento de critérios consensuais, a fim de evitar discrepâncias no processo de suspensão ou abstenção de tratamento de pacientes em fim de vida.

Contudo, não está excluída a vontade do paciente, caso deseje tal prolongamento. É bom alertar que, nos casos em que o paciente não pode exprimir sua vontade e nem há manifestação prévia a esse quadro, a ausência de indicação de continuidade terapêutica deve ser comunicada à família, no intuito de retirar o suporte artificial. Nestes casos, sempre deve prevalecer o melhor interesse do paciente¹⁹⁶. No entanto, pode ser que os familiares solicitem a manutenção fútil por um tempo indeterminado, v.g., aguardar a chegada de algum familiar, porém, essas medidas não devem ser mantidas permanentemente, visto que ensejaria agressão desnecessária ao moribundo¹⁹⁷.

Nessa seção, cabe também discorrer a respeito da distanásia. A distanásia constitui o prolongamento excessivo da vida, e para tanto, a equipe médica recorre a todas as técnicas existentes no intuito de preservar a vida do paciente, ainda que carecedor de qualidade de vida e com sofrimento desproporcional¹⁹⁸. Implica obstinação ou encarniçamento terapêutico¹⁹⁹.

¹⁹⁶ É comum essa situação nos casos dos pacientes não competentes, tais como recém-nascidos, anencéfalos, crianças, deficientes mentais severos, entre outros. Em se tratando de crianças e adolescentes, a comunidade médica destaca a importância de ouvi-los e envolvê-los no processo de decisão considerando o grau de maturidade. Aliás, foi destacado em notas anteriores que alguns países aceitam a eutanásia de crianças e adolescentes.

¹⁹⁷ **Parecer Cremec nº 21/2010. “EMENTA:** A suspensão dos meios artificiais de manutenção da vida em paciente terminal não caracteriza eutanásia passiva, e sim, ortotanásia, considerada exercício regular e ético da profissão médica. A introdução ou manutenção de medidas terapêuticas extraordinárias ou desproporcionais em paciente terminal caracteriza distanásia, que deve ser evitada. Confirmada a condição de terminalidade da vida, há a obrigatoriedade de manutenção dos cuidados paliativos”. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO CEARÁ, 2010.

¹⁹⁸ FOGAÇA; MARGRAF; CALSAVARA, 2020, p. 84.

¹⁹⁹ A respeito do tema, a III Jornada de Direito Médico aprovou o seguinte enunciado: Enunciado nº 89: “Deve-se evitar a obstinação terapêutica com tratamentos sem evidências médicas e benefícios, sem custo-utilidade, caracterizados como a relação entre a intervenção e seu respectivo efeito – e que não tragam benefícios e qualidade de vida ao paciente, especialmente nos casos de doenças raras e irreversíveis, recomendando-se a consulta ao gestor de saúde sobre a possibilidade de oferecimento de cuidados paliativos de acordo com a política pública”. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados da I, II e III Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 11 set. 2020a. p. 19-20.

O termo “tratamento fútil”²⁰⁰ (ou futilidade terapêutica), origina-se da expressão inglesa *medical futility*²⁰¹. Essa expressão é muito utilizada nos países anglo-saxões, ao passo que os países europeus recorrem mais à terminologia “obstinação terapêutica” que, por sua vez, advém do francês “*l’acharnement thérapeutique*”²⁰². A utilização desses processos terapêuticos acarreta efeitos mais nocivos do que aqueles da própria condição de enfermidade, ou ainda, tais procedimentos são inúteis porque inexistente a viabilidade de cura e o benefício almejado é menor que os inconvenientes previsíveis²⁰³, “o acréscimo de dias ou horas a uma existência que se tornou um ônus e uma tortura para o indivíduo, por vezes contra a sua vontade, quando o organismo já se encontra em falência global e irremediável, não pode ser visto como benefício ou dever médico”²⁰⁴.

Além da inutilidade da aplicação dessas práticas, a experiência tem revelado que em muitos casos enseja malefícios. Relativamente às Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs), Pessini e Hossne alertam que os tubos para alimentação e respiração, orifícios artificiais para gastrostomias, colostomias, traqueostomias, equipamentos para sedação, além de gerar

²⁰⁰ No Processo Consulta nº 12/2020, o conselheiro parecerista elenca algumas hipóteses para definir se diante daquela situação concreta, a prática de determinados atos configura futilidade terapêutica: “– Qual o prognóstico do paciente? Estaria o paciente irremediavelmente condenado à morte? Os recursos propedêuticos e terapêuticos foram esgotados? – Que benefício trará tal medida ao paciente? A Beneficência propõe que o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional. – Que danos tal medida poderá acarretar? A não maleficência encontra-se regida pelo item VI dos princípios fundamentais: O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade. – Qual a opinião do paciente e família a respeito? A autonomia da pessoa será exercida sem que a ela seja dado o direito de atentar contra a própria vida. Serão respeitadas as decisões benéficas dos responsáveis legais pelas crianças e incapazes, jamais aquelas que propõem risco para a vida ou sua extinção. – Que implicações tal conduta trará aos outros pacientes? Princípio da Justiça: Até que ponto pode-se considerar de vida a concentração de exagerados recursos financeiros na assistência de poucos em detrimento de muitos?” CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE MINAS GERAIS. **Parecer CRM-MG nº 37/2020**. Processo Consulta nº. 12/2020. A prática de extubação paliativa, caracterizada por uma ação voluntária e consensual, não se configura prudente, nem recomendável, nem ética, até que o tema seja disciplinado por normas específicas. Belo Horizonte, 10 fev. 2020. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/MG/2020/37>. Acesso em: 10 jul. 2020.

²⁰¹ Em termos históricos, a expressão surgiu com o êxito da utilização da medicina intensivista na Segunda Guerra Mundial. Nesse período, concentravam-se os cuidados aos feridos graves da guerra inseridos em ambientes em que se ajuntavam os recursos materiais e humanos. Na década de 60, houve instalação de diversas unidades intensivas no mundo e posteriormente surgiram os centros de terapia intensiva, eclodindo assim, uma nova especialidade médica, a terapia intensiva e/ou intensivista. HOSSNE, William Saad; PESSINI, Leo. Distanásia: O tratamento médico fútil e/ou inútil: Da angústia à serenidade do equacionamento bioético. **Revista Eclesiástica Brasileira**, Petrópolis, v. 75, n. 300, p. 776-808, out./dez. 2015. p. 783.

²⁰² Também correspondente à expressão encarniçamento terapêutico.

²⁰³ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO CEARÁ, 2010.

²⁰⁴ VILLAS-BÔAS, 2018, p. 68. Ademais, a autora chama a atenção para as razões que muitas vezes motivam a prática de obstinação terapêutica. Levanta a hipótese do intento de obtenção de vantagem econômica ante a utilização de medidas custosas e desnecessárias, como, por exemplo, a manutenção inútil em unidades de terapia intensiva, indica, ainda, como uma causa motivadora dessa prática, a vaidade profissional, pois, em seu dizer, o profissional não admite o fracasso das tentativas terapêuticas e a evidente e próxima morte. A autora sustenta que essas ações podem subsumir-se em tipos penais, como a lesão à integridade física do paciente.

sofrimento inútil ao doente, privam-no do convívio com seus familiares no pouco tempo que lhe resta. Não bastasse essas hipóteses arroladas acima, a atenção das UTIs demanda altos custos que não são justificados para uma utilização inútil e/ou fútil e que por diversas vezes pode acarretar o empobrecimento familiar²⁰⁵.

Há uma proposta para definição de critérios qualitativos e quantitativos de tratamento fútil, que versa sobre a experiência pessoal e experiência compartilhada com outros médicos e até mesmo com dados empíricos publicados²⁰⁶. Essa proposta de definição de futilidade médica é realizada por Schneiderman valendo-se dos critérios já mencionados, quantitativos e qualitativos. No que toca ao primeiro critério, o autor propõe que, se um dado tratamento não obteve êxito nos últimos cem casos, muito provavelmente não funcionará se for empregado novamente. Em termos quantitativos, assevera o autor que tratamento fútil seria aquele que existe probabilidade inaceitável de alcançar um efeito que o doente concebe como benefício. Afirma, ainda, que se o tratamento, no melhor dos cenários, para a sobrevivência do paciente requerer confinamento perpétuo a uma UTI ou ao Ambiente Hospitalar com intensos cuidados, resta clara a falha na perseguição dos objetivos da medicina²⁰⁷.

²⁰⁵ HOSSNE; PESSINI, 2015, p. 784.

²⁰⁶ Ibid., p. 789.

²⁰⁷ “A maioria de nós provavelmente concordaria que se o tratamento não funcionou nos últimos 100 casos, quase que certamente não irá funcionar se for tentado novamente. (Estatísticas calculam limites superiores a 95% Intervalo de Confiança de 3%). A experiência de 100 casos é ligada a muitas áreas da medicina. A proposta não é um ‘objetivo’ ou uma definição ‘livre de valores’, mas melhor algo que busque um consenso razoável em que a certeza absoluta é impossível e benefícios terapêuticos são a meta. Se nós podemos concordar ao chamar esse tratamento de fútil, então o dever comum do médico não exige que o ofereça” (tradução livre).

“Most of us probably would agree that if a treatment has not worked in the last 100 cases, almost certainly it is not going to work if it is tried again. (Statisticians can calculate that the upper limit of the 95% Confidence Interval is 3%.) The experience of 100 cases is attainable in many areas of medicine. This proposal is not an ‘objective’ or ‘value-free’ definition, but rather one that seeks reasonable consensus where absolute certainty is impossible and therapeutic benefit is the goal. If we can agree to call this treatment futile, then the ordinary duty of the physician does not require offering it”.

Do mesmo modo: “[...] se o tratamento falhar em libertar o paciente de estar ‘preocupado’ com a doença com a incapacidade de cumprir qualquer outro objetivo de vida que o tratamento também será visto como fútil. Consequentemente, se o melhor resultado que os médicos podem alcançar para manter a sobrevivência exige manter o paciente perpetuamente confinado à Unidade de Tratamento Intensivo ou aos equipamentos hospitalares intensos, esse resultado não deve ser considerado como um sucesso, mas sim como uma falha em alcançar as metas da medicina. Tal tratamento, por nossa definição, é também fútil” (tradução livre).

“[...] if the treatment fails to release the patient from being ‘preoccupied’ with the illness and incapable of achieving any other life goal that treatment should also be regarded as futile. Hence, if the best outcome physicians can achieve to maintain survival requires keeping the patient perpetually confined to the Intensive Care Unit or the acute care hospital setting, that outcome should not be regarded as a success, but rather as a failure to achieve the goals of medicine. Such treatment, by our definition, is also futile”. SCHNEIDERMAN, Lawrence J. Defining Medical Futility and Improving Medical Care. **Journal of Bioethical Inquiry**, v. 8, n. 2, p. 123-131, jun. 2011. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3106156/>. Acesso em: 15 jul. 2020.

Do lado oposto da obstinação terapêutica, encontram-se os cuidados paliativos²⁰⁸, que podem ser definidos como aqueles cuidados dispensados ao paciente em terminalidade de vida, contudo versam sobre assistência devida, visto que contribuem para a proteção da dignidade da pessoa, em homenagem à condição de humanidade do indivíduo²⁰⁹. Para a doutrina, estão abrangidos nos conceitos de cuidados paliativos, aqueles que têm por escopo conferir conforto ao moribundo, no entanto, não haverá interferência no processo de morte propriamente dito. Neste contexto, vale citar a administração de analgésicos²¹⁰ e outros fármacos relacionados aos sintomas, bem como a higienização, a atenção devida ao paciente e aos seus familiares²¹¹. Essas medidas são adotadas a fim de assegurar melhor qualidade de vida.

Os cuidados paliativos, como prática que visa melhorar a qualidade de vida do paciente, abrangem o alívio de sintomas físicos como fadiga, náusea, vômito, perda de apetite, anorexia, prisão de ventre, insônia e dor; sintomas psicológicos consistentes em estresse, ansiedade, luto, agitação e depressão, e sintomas sociais como isolamento, solidão, raiva, sentimento de “peso” à família e cuidadores, entre outros.

No *Manual de Cuidados Paliativos*²¹² consta que todo e qualquer paciente detentor de doença crônica e/ou ameaçadora da vida poderá receber os cuidados paliativos –crianças, adultos e idosos – e que estes cuidados se encontram presentes em todos os níveis de atendimento e serão ministrados por profissionais de saúde devidamente qualificados com treinamentos apropriados. Esse documento aponta os princípios dos cuidados paliativos:

- Iniciar o mais precocemente possível o acompanhamento em cuidados paliativos junto a tratamentos modificadores da doença. Incluir toda a investigação necessária para compreender qual o melhor tratamento e manejo dos sintomas apresentados.
- Reafirmar a vida e sua importância.
- Compreender a morte como processo natural sem antecipar nem postergá-la.
- Promover avaliação, reavaliação e alívio impecável da dor e de outros sintomas geradores de desconforto.

²⁰⁸ A doutrina médica também se vale da expressão terapia terminativa.

²⁰⁹ O parágrafo único, do artigo 41, da Resolução CFM nº 2217/2018, dispõe: “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 consideração a vontade expressa do paciente (Testamento Vital) ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal”. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018**. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília, DF, 27 set. 2018. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 18 ago. 2020.

²¹⁰ Em alguns casos, quando o paciente se encontra em quadro de sofrimento intolerável que não é aliviado com a utilização desses analgésicos em tempo aceitável, a prática médica considera a possibilidade de sedação, nominada no meio médico como sedação terminal, desde que sob supervisão médica.

²¹¹ VILLAS-BÓAS, 2018.

²¹² D’ALESSANDRO, Maria Perez Soares; PIRES, Carina Tischler; FORTE, Daniel Neves (coord.). **Manual de Cuidados Paliativos**. São Paulo: Hospital Sírio-Libânes; Ministério da Saúde, 2020. p. 14.

- Perceber o indivíduo em toda sua completude, incluindo aspectos psicossociais e espirituais no seu cuidado. Para isso é imprescindível uma equipe multidisciplinar.
- Oferecer o melhor suporte ao paciente focando na melhora da qualidade de vida, influenciando positivamente no curso da doença quando houver possibilidade e auxiliando-o a viver tão ativamente quanto possível até a sua morte.
- Compreender os familiares e entes queridos como parte importante do processo, oferecendo-lhes suporte e amparo durante o adoecimento do paciente e também no processo de luto após o óbito do paciente.²¹³

Dessa forma, percebe-se que os cuidados paliativos possuem um viés multidisciplinar e interdisciplinar, que envolvem diferentes profissionais da área da saúde e especialidades, tais como fisioterapia, enfermagem, fonoaudiologia, terapia ocupacional, serviço social, psicologia, farmácia, nutrição, além da assistência espiritual e podem ser ministrados no âmbito hospitalar, enfermarias, ambulatórios e até mesmo em sede de assistência domiciliar.

A atividade médica tem se valido da *palliative performance scale* para a avaliação funcional de pacientes em cuidados paliativos, que constitui:

[...] uma ferramenta que permite a mensuração do declínio progressivo da funcionalidade de pacientes em cuidados paliativos e apresenta níveis de indicadores, expressos em porcentagens, tais como, grau de deambulação, capacidade de fazer atividades/extensão da doença; capacidade de realizar o autocuidado; ingestão de alimentos/ingestão de líquidos e nível de consciência.²¹⁴

Ao realizar a avaliação, pode-se estabelecer uma escala, também denominada score, que varia entre 0 e 100%, em que 100% significa a capacidade máxima de atividade funcional e de outro extremo, o 0 (zero) reporta-se à morte do paciente. De acordo com a capacidade funcional do doente, considera-se condição estável o score entre 70% e 100%, grupo que carece de número reduzido de cuidados, entre 40% e 60% localiza-se a condição transitória, que demanda mais cuidados e, por último, valores iguais a 30% implicam o estágio terminal com aptidão funcional comprometida e necessidade de cuidados intensos²¹⁵.

Um estudo realizado pela Universidade Federal de Pelotas a respeito desses cuidados em Programa realizado pelo Hospital Escola, buscou realizar um levantamento do perfil dos pacientes atendidos pelo programa e revelou que dos 127 (cento e vinte e sete) pacientes atendimentos, 23% destinavam-se aos cuidados paliativos e, no que toca ao diagnóstico clínico, 50% das internações decorreram de neoplasias, 25% por sequelas de AVC, 14% por

²¹³ D'ALESSANDRO; PIRES; FORTE, 2020, p. 13.

²¹⁴ WILLE, Fernand Hisse; DUVAL, Patrícia Abrantes; BORGES, Lúcia Rota. O uso da *palliative performance scale* para a avaliação funcional de pacientes em cuidados paliativos. In: CONGRESSO DE CUIDADOS PALIATIVOS DO MERCOSUL, III., 2017, Pelotas. *Anais* [...]. Pelotas: UFPEL, 2017. v. 2, p. 6.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 7.

Doença de Alzheimer e 11% por outros diagnósticos, como insuficiência renal, SIDA e Diabetes Mellitus. Relativamente ao desconforto, 44% referiam-se a dor, na sequência, 28% com anorexia e 28% lesões por pressão²¹⁶.

A doutrina traz ainda outros conceitos relacionados com a morte. Chama a atenção para a realidade de diversos países da América Latina, em que se materializam as hipóteses de *mistanásia*, definida como morte infeliz. Ocorre a *mistanásia* por meio de um processo de morte lenta, cuja ocorrência pode se dar de diversas formas e como produto de um sistema ou estrutura, entre eles o contexto médico hospitalar, mas não como única fonte. Estão inseridos, nesse caso, aqueles que morrem de fome, a morte dos vulneráveis econômicos, as vítimas de torturas em regimes totalitários²¹⁷.

Essas apropriações conceituais fizeram-se necessárias, ao passo que no Brasil o que se verifica é a possibilidade de realização de *ortotanásia*, ou seja, o paciente pode recusar tratamentos desproporcionais e fúteis e as diretivas antecipadas de vontade possuem a finalidade de deixar exteriorizado esse desejo e evitar a prática de *distanásia*.

3.3 O conteúdo das diretivas antecipadas de vontade e sua interpretação

Ao considerar a própria finalidade das diretivas antecipadas de vontade, no sentido de que revela a vontade pessoal do indivíduo para seus cuidados de saúde, particularmente a prévia autorização, recusa ou até mesmo suspensão de tratamentos médicos em que supervenientemente poderá ser submetido, a definição daquilo que integrará o conteúdo desse documento é imprescindível.

Inicialmente, convém estabelecer que o conteúdo das diretivas, em que pese haver o princípio da autonomia privada do declarante, este princípio não é absoluto, e o conteúdo da declaração esbarra nos limites impostos por normas de natureza cogente. Exemplificando, o declarante não pode dispor sobre tratamentos que são considerados úteis e indispensáveis, pois a omissão da administração dessas medidas poderia implicar a *eutanásia*, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

²¹⁶ FERREIRA, Sara Deise de Souza Lopes *et al.* Cuidados paliativos no programa melhor em casa: o perfil dos pacientes assistidos. In: CONGRESSO DE CUIDADOS PALIATIVOS DO MERCOSUL, III., 2017, Pelotas. *Anais* [...]. Pelotas: UFPEL, 2017. v. 2. p. 12. Disponível em: https://wp.ufpel.edu.br/cuidativa/v-2-2017/#_RefHeading_Toc2171_8399325902. Acesso em: 19 ago. 2020.

²¹⁷ BARCHIFONTAINE; PESSINI, 1989, p. 217. Esses mesmos autores apontam, também, como realidade nos países da América Latina, a *anacrotanásia*, que seria uma morte a destempo, visto que precoce e injusta, que pode ser exemplificada pelas altas taxas de mortalidade infantil, baixa expectativa de vida, más condições de trabalho que implicam ocorrência de acidente de trabalho, desorganização no trânsito, ausência de medicina preventiva e saúde pública organizada e eficiente. Tem-se, também, a *narcotanásia*, morte pelo mundo da droga, inclusive decorrente da utilização de anestésicos.

Do mesmo modo, não pode determinar a antecipação da morte intencionalmente, quer por eutanásia, como já mencionada, quer por suicídio assistido, visto que não existe autorização legislativa para essas práticas e, mais que isso, o ordenamento jurídico pune aquele que auxilia o suicídio e aquele que realiza a morte piedosa. Não bastasse a responsabilidade penal, o agente poderá sofrer sanções disciplinares no âmbito do Conselho de Classe.

Dessa forma, disposições como essa implicaram a ilicitude do objeto, por conseguinte, essas cláusulas serão nulas, conforme já apreciado em notas anteriores. Além da ilegalidade do objeto, tal disposição não teria eficácia, ao passo que não é possível exigir o cumprimento de uma ordem manifestamente ilegal. Entretanto, não se pode perder de vista que esse raciocínio não é aplicado nos países em que há autorização legislativa para a eutanásia e o suicídio assistido, pois nestes casos tais disposições serão válidas e eficazes, desde que revestidas dos requisitos legais impostos para a autorização da prática²¹⁸.

Ademais, o conteúdo das diretivas antecipadas pode incluir a limitação ou recusa de tratamentos, disposições a respeito de cuidados de conforto e até mesmo o requerimento de todo o cuidado possível. Amy E. Thompson, ao informar sobre o tema, aponta em meio a seu conteúdo:

No testamento vital você define quais tratamentos médicos você quer e não quer por si mesmo. Esses tratamentos podem incluir coisas como ressuscitação cardiopulmonar (RCP), ventilação mecânica (uma “máquina respiratória”), medicamentos, tubos de alimentação, nutrição artificial, diálise e líquidos intravenosos (IV). (tradução livre).²¹⁹

Do mesmo modo, pode haver questões relativas à suspensão ou interrupções de condutas, isto porque muitas vezes podem existir expectativas atinentes ao êxito de determinada técnica, contudo, ao aplicá-la na prática, percebe-se que aquela postura se revela inútil e desproporcional. Porém, seu conteúdo está restrito aos tratamentos considerados fúteis ou extraordinários, na medida em que os cuidados paliativos, cuja função consiste em proporcionar melhor qualidade de vida ao doente, não podem ser recusados.

²¹⁸ Por exemplo, nos países que autorizam a realização da eutanásia e/ou suicídio assistido, o pedido deve ser escrito.

²¹⁹ “*In a living will, you define what medical treatments you want and do not want for yourself. These treatments can include things like cardiopulmonary resuscitation (CPR), mechanical ventilation (a ‘breathing machine’), medications, feeding tubes, artificial nutrition, dialysis, and intravenous (IV) fluids*”. THOMPSON, Amy E. Advance Directives. **Jama**, v. 313, n. 8, p. 868, 2015. Disponível em <http://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2130319>. Acesso em: 10 abr. 2019.

Há de ser observado, ainda, que a recusa ao tratamento (*withhold*) e a suspensão de um tratamento já iniciado (*withdraw*) não podem ser concebidas como sinônimos²²⁰, visto que, para alguns, a recusa a tratamento possui disciplina distinta da suspensão de tratamento já iniciado. Pois, neste último, existe a noção de que a morte provocada por uma ação (*suspend*) é mais culpável que do que aquela induzida por uma omissão (recusa).

*A justificação para esta posição baseia-se no argumento de que a decisão de não iniciar a terapia, ou a de suspender a que está em curso, não são idênticas sob o ponto de vista ético, na medida em que, no primeiro caso, a omissão consistiria em deixar a natureza seguir o seu curso após a avaliação de que toda acção humana resultaria num agravamento da condição geral do doente (maleficência) e, no segundo caso, envolveria uma acção directa e deliberada para retirar os meios terapêuticos que estavam a ser praticados, o que conduz à morte da pessoa como causa mais próxima.*²²¹

As diretivas antecipadas de vontade constituem instrumento eficaz à garantia da autonomia do paciente no quadro de terminalidade de vida, de modo que buscam evitar a ocorrência da distanásia e deixam a morte seguir seu processo natural, a fim de configurar uma morte digna ao indivíduo, portanto, relacionam-se à ortotanásia.

O paciente terminal pode ser compreendido como aquele indivíduo detentor de doença que conduz à morte, com alta probabilidade de sua ocorrência próxima, geralmente entre 3 e 6 meses, sendo seu quadro irreversível, independentemente de tratamento. Entretanto, não se pode excluir a casuística.

Terminalidade de vida não pode ser concebida como sinônimo de estado vegetativo persistente. Neste último, existe uma situação clínica verificada mediante diagnóstico, em que a pessoa se encontra desprovida de atividade cognitiva e autoconsciência e para a manutenção da vida é imprescindível a administração de alimentação e hidratação artificiais, contudo, esse indivíduo não pode ser interpretado como paciente terminal.

Do mesmo modo, não se pode confundir doente terminal com agonia terminal. Isto porque, como definido em linhas anteriores, o doente terminal relaciona-se com aquele panorama em que o indivíduo iniciou o processo de morte, visto que sua enfermidade não reage a nenhum tratamento dispensado, ao passo que esta última refere-se ao doente moribundo.

²²⁰ Contudo, alguns países tratam as expressões como sinônimos, por exemplo, a Espanha que se vale da expressão *limitación del esfuerzo terapéutico* para se reportar a ambas as práticas.

²²¹ CARNEIRO, António Vaz; ANTUNES, João Lobo; FREITAS, António Falcão de. Relatório sobre o estado vegetativo persistente. **Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida**, Portugal, fev. 2005, p. 1-20. p. 11. Disponível em: <https://www.cneqv.pt/pt/pareceres/relatorio4>. Acesso em: 15 jan. 2021.

Como já afirmado em linhas anteriores, o Brasil não possui disposição legal sobre o tema das diretivas antecipadas de vontade, o que existe são resoluções do Conselho Federal de Medicina. E, por diversas vezes, são levantadas algumas hipóteses que demandam posicionamento desse conselho de classe. Em Processo Consulta nº 003.487/2013, o CFM foi instado a se posicionar a respeito dos fatores limitantes da aplicação das diretivas, aliás, com a devida vênua, a consulta foi equivocadamente intitulada “Eficácia legal na aplicação das Diretivas Antecipadas de Vontade (Testamento Vital) na Prática Médica”. Equivocadamente, porque não existe lei que as disciplinem, e a impropriedade se repete na ementa²²².

Chama a atenção nesse parecer, que ao discorrer sobre questões conceituais, o parecerista afirma que as diretivas constituem um indicador, uma instrução, orientação e não obrigação. Além disso, assevera que “[...] estas Diretivas Antecipadas são instruções escritas que o paciente prepara para ajudar a guiar o seu cuidado médico [...]”²²³. Com essa afirmativa por parte de conselheiro parecerista do CFM, é possível induzir alguns resquícios da visão paternalista da atuação do médico e perceber indicativas da dificuldade no reconhecimento do protagonismo do paciente em suas escolhas para o fim de vida. Isto corrobora a necessidade de estudo a respeito da força vinculante das diretivas, objeto desta tese.

Neste parecer, o médico conselheiro afirma que as diretivas antecipadas de vontade estão limitadas aos casos de paciente detentor de “doença grave com desfecho inevitável”, logo, aquelas hipóteses em que o indivíduo padece de doença terminal ou não há reversibilidade de quadro, observadas a partir do momento em que se torna paciente não competente, ou seja, que não tem mais capacidade para deliberar e/ou expressar seus intentos a respeito dos cuidados médicos.

O parecerista recomenda que esse instrumento seja confeccionado com o auxílio de um médico de confiança do paciente, posto que aquele detém a expertise necessária para dirimir dúvidas, informar de forma clara e adequada os fatos decorrentes da evolução da doença, bem como viabilizar o real intento do paciente, ao passo que poderá alertar a respeito de pensamentos fantasiosos, até mesmo decorrentes do conhecimento superficial do “[...] processo saúde-doença-morte [...]”²²⁴.

Importante destacar, ainda, a advertência do parecerista quanto à expressão utilizada pela Resolução CFM nº 1.995/2012, que poderia gerar interpretações equivocadas, até precisou ser dirimida por meio de uma nota técnica. As expressões “paciente em estado

²²² CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA, 2018.

²²³ Ibid., p. 3.

²²⁴ Ibid., p. 3.

terminal” e “pacientes em fim de vida” não podem ser concebidas como sinônimas, visto que a primeira expressão se refere à irreversibilidade do quadro do doente, independentemente do tratamento e com probabilidade de morte iminente, ao passo que a segunda se relaciona também com a irreversibilidade do quadro, contudo, sem probabilidade de morte atual. Essa diferença é imprescindível, tendo vista que no segundo caso pode haver a subsunção à eutanásia, que é vedada no ordenamento jurídico brasileiro.

Oportuno registrar, em meio a esse conteúdo, diante do caso concreto, quais as implicações e limitações ao esforço terapêutico a ser desenvolvido pela equipe médica, sobretudo pontos mais recentes, como a hidratação e a nutrição artificial, visto que se verifica o debate existente a respeito da interrupção de tais técnicas.

Alguns autores assinalam que a paralisação da nutrição intravenosa e hidratação constitui prática eutanásica, posto que essas técnicas estariam inseridas no conceito de cuidados paliativos básicos para manter os doentes vivos por muito tempo. Dessa forma, a suspensão da nutrição e hidratação acarretaria a morte do paciente por fome e sede. Por outro lado, há aqueles que as conceituam como tratamento médico, assim como a diálise e a ventilação mecânica, pois as pessoas que se encontram em estado vegetativo persistente não sentem fome nem sede²²⁵.

Na concepção de cuidados paliativos, visto que, por se tratarem de cuidados básicos, tanto a hidratação quanto a nutrição estão relacionadas ao pertinente respeito à dignidade do paciente²²⁶.

Por outro lado, alguns autores entendem que a hidratação e a nutrição artificiais, sob determinadas condições, implicam medida desproporcional ante a gravidade do estado do moribundo, posto que ensejariam apenas um profundo e irremediável desconforto; e acrescentam que a morte está tão próxima a esses indivíduos, que dificilmente padecerão os efeitos da inanição.

Isto porque as limitações decorrentes de alguns tipos de tratamento no âmbito nutricional, a exemplo do que ocorre com a utilização de sondas e cateteres, conduzem a mudanças substanciais na vida do paciente. Alguns profissionais de saúde ressaltam que o aumento da dependência dos regimes dietéticos restritivos, de medicamentos e de aparelhos, desencadeia o sentimento de angústia e medo por parte do paciente, acrescido das

²²⁵ ROSENVALD, Nelson. **O estado vegetativo persistente**. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/06/11/O-estado-vegetativo-persistente>. Acesso em: 25 out. 2019.

²²⁶ VILLAS-BÔAS, 2018, p. 70.

incapacidades físicas, perda das relações sociais, financeiras e sexuais, bem como alterações estéticas e da capacidade de autocuidado²²⁷.

Ao abordarem o tema, Drane e Pessini²²⁸ focam na alimentação comum e na alimentação artificial. Consignam que alimentar um doente é um cuidado básico, que sempre deve ser oferecido, quanto aos doentes terminais, afirmam que devem ser alimentados e hidratados, quando com fome e sede, respectivamente. Essa situação difere da utilização de tecnologia que injeta materiais nutritivos nas veias ou órgãos internos do paciente.

Os autores supracitados avocam o ensinamento moral católico advindo dos séculos XV ao XVII, em que os teólogos espanhóis conceberam que algumas formas de preservação de vida que usualmente se constituem fáceis, no processo de morrer se tornam sobremodo onerosas para serem exigidas, visto consistir prática dolorosa, dispendiosa, vergonhosa, insuportável e até mesmo repugnante. Desenvolveu-se, assim, a significação de extraordinário/desproporcional, ao passo que, se a onerosidade se sobrepõe aos benefícios, do ponto de vista do paciente, a medida não deve ser procedida²²⁹.

No mais, importante adequar esses conceitos à luz da concepção de paciente terminal e aquele em estado vegetativo persistente, isto porque, neste último, serão mantidas a alimentação e hidratação artificiais e não perder de vista que, independentemente, se recusa ou suspensão, tais condutas não poderão implicar antecipação de morte, sob pena de subsumir-se ao conceito de eutanásia.

Em termos de terminalidade de vida, a expressão omissão ou suspensão do suporte vital, conteúdo relacionado à prática de ortotanásia como visto em notas anteriores, refere-se à não utilização de aparelhos de ventilação mecânica e/ou ao seu desligamento, além da administração de fármacos vasoativos. Do mesmo modo, é possível inserir, neste contexto, a ordem de não reanimar, a não administração ou suspensão de métodos dialíticos aos pacientes com falência renal, o não emprego de antibióticos àqueles com quadros de infecções.

Em determinados casos, a reanimação cardiopulmonar é concebida como medida desproporcional. A partir desses casos emerge a questão da ordem de não reanimar (*do not resuscitate order – DNR*). Essa postura também se apresenta com outras expressões, como “instrução de não-reanimar”, “decisão de não tentar reanimar” ou “permitir a morte natural”.

²²⁷ PINTO, Fernando Jorge Cardoso. **Alimentação em final de vida**: a opinião dos enfermeiros. 2012. Dissertação (Mestrado em Cuidados Paliativos) – Faculdade de Medicina, Universidade do Porto, Porto, 2012. p. 19. O autor prossegue ao afirmar que a nutrição artificial é algo comumente indesejado e acarreta uma “*carga de representação afetiva de desvinculação social*”. Por isso muitas vezes representa uma situação ensejadora de estresse e sofrimento para o paciente e sua família.

²²⁸ DRANE; PESSINI, 2005, p. 185.

²²⁹ *Ibid.*, p. 187.

Ao tratar sobre o tema, Rui Nunes aponta que essa instrução pressupõe que o paciente esteja diante de um quadro de terminalidade de vida irreversível e atual, e arrola alguns exemplos como os casos de neoplasia metastática em fase terminal, *sepsis* generalizada e alguns quadros de pneumonias²³⁰. O autor prossegue asseverando que existem algumas situações clínicas em que é eticamente adequado o sopesamento da ordem de não reanimação cardiopulmonar, contudo tal medida deve ser apreciada por mais de um médico e preferencialmente com o consenso de toda a equipe de saúde.

Alguns hospitais adotam um formulário DNR, cujo preenchimento é feito por um médico ou procurador de cuidados de saúde, desde que a pedido do paciente, em que se deixa claro que o paciente não deseja receber tratamento de prolongamento de vida na ocasião de parada cardíaca ou respiratória. Esses procedimentos abrangem ressuscitação cardiopulmonar (RCP), intubação, uso de ventilador, desfibrilação e outras técnicas relacionadas com a ressuscitação.

Contudo, a existência desse documento não influencia a indicação de outros tratamentos ou cuidados médicos. Esses formulários são preenchidos com o auxílio do médico, pelo próprio paciente, pelo procurador de cuidados de saúde ou em conformidade com as diretivas antecipadas.

Por haver, ainda, um aprofundamento e detalhamento em relação a tratamentos específicos, como antibióticos e tubos de alimentação. Alguns estados²³¹ dos EUA disponibilizam um programa adicional denominado POLST, *Physician Orders for Life-Sustaining Treatment*²³², que consiste em um formulário que evidencia a vontade atual do paciente para a situação superveniente. Esse formulário é elaborado mediante um processo colaborativo e de conversas aprofundadas entre paciente, familiares e médicos, a respeito dos problemas de saúde e a evolução da doença²³³.

Uma parcela de entusiastas do programa afirma que o POLST possui certos benefícios do programa se comparados às diretivas antecipadas. O primeiro deles é que, necessariamente deve ser confeccionado com o auxílio de um médico, que ao final assinará o formulário juntamente com o paciente ou procurador de cuidados de saúde. A participação de um médico no processo colaborativo de preenchimento desse formulário, contribui para maior

²³⁰ NUNES, Rui. Proposta sobre suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais. **Revista Bioética**, Brasília, v. 17, n. 1, p. 29-39, 2009. p. 35.

²³¹ Apenas seis estados não são filiados ao programa. NATIONAL POLST Program Designations. **National POLST**. Disponíveis em: <https://polst.org/programs-in-your-state/>. Acesso em: 21 jul. 2020.

²³² Pode ser traduzido como Programa de Ordens Médicas para o Tratamento que sustenta a vida.

²³³ HUNTSBERRY-LETT, Ashley. POLST Programs: When Advance Directives Aren't Enough. **AgeingCare**. Disponível em: <https://www.ageingcare.com/articles/polst-programs-169542.htm>. Acesso em: 21 jul. 2020.

aproximação entre a vontade real do paciente e a vontade declarada. Contudo, possui cunho complementar e não substitutivo das diretivas antecipadas de vontade.

Além disso, sustentam que, por se tratar de um formulário destinado a acompanhar os pacientes, que acabam por transitar em diversos ambientes, ainda que em cuidados médicos de urgência e emergência, os paramédicos e socorristas são obrigados a executar as instruções do POLST, que revelam quais medidas devem ser adotadas e evitadas. Diferentemente do que ocorre com as diretivas antecipadas, que na hipótese de os socorristas não terem acesso, certamente não serão observadas e receberão cuidados não desejados.

As particularidades do programa podem variar de um estado para outro, até mesmo a nomenclatura²³⁴, mas geralmente alcançam medidas de conforto, intervenções limitadas ajustadas aos anseios do doente, tais como a permissão de administração e antibióticos, fluidos intravenosos e monitoramento cardíaco, mas sem a intubação ou ventilação mecânica. O paciente pode ainda optar pelo tratamento completo em caso de crise.

Com o escopo de evitar a falha de comunicação a respeito da existência das diretivas, alguns estados americanos possibilitam a utilização de braceletes de “ordem de não ressuscitar”, a fim de conferir publicidade da vontade do paciente, inclusive nos casos de atendimento emergencial realizado por equipe médica disponível, que não guarda qualquer relação ou conhecimento da vontade. Na Pennsylvania, por exemplo, há a possibilidade de utilização de um bracelete específico com ordem de não ressuscitar fora do hospital, que científica os prestadores de serviços médicos de emergência a respeito da existência da ordem. O mesmo ocorre em Wisconsin para os casos de adultos com doenças terminais que optam pela ordem de não ressuscitar e inclui, ainda, a compressão cardíaca, intubação endotraqueal, ventilação artificial, e desfibrilação, caso tenham uma emergência médica enquanto não hospitalizados²³⁵.

Contudo, o modelo americano não está isento de críticas, que são realizadas por médicos experientes e atuantes em UTIs. Relatam a necessidade de humanização e reconstrução dos sistemas atuais, inclusive em matéria de diretivas antecipadas e da necessidade de conscientização comunitária para a sensibilização desses profissionais.

Isto porque, na América, as decisões de fim de vida são tratadas como “códigos” e ensejam um processo de mecanização da tomada de decisão, até mesmo com abordagem abrupta aos pacientes, sem contexto ou preparação, visto que após perguntarem algumas

²³⁴ POST (*Physician Orders for Scope of Treatment*); MOST (*Medical Orders for Scope Treatment*); MOLST (*Medical Orders for Life-Sustaining Treatment*) e TPOPP (*Transportable Physician Orders for Patient Preference*).

²³⁵ SAITTA; HODGE JR., 2011.

questões para aprimorar o diagnóstico e fazer um exame físico superficial, geralmente, jovens médicos perguntam ao paciente: “Agora, se o seu coração parar, devemos tentar ressuscitá-lo?”. Isto aumenta a angústia do paciente e familiares, que se questionam se existe algo mais sério ou se estão omitindo informações sobre o quadro. Relata o autor:

Essas conversas perturbadoras com médicos trainees são resultado direto do Ato de Autodeterminação do Paciente (PSDA) de 1990 e é solicitado que hospitais documentem diretivas antecipadas no momento da admissão. Em retrospecto, essa solicitação fez com que hospitais colaborassem com a elaboração pobre de uma solução para um importante problema e apressarem para o método mais eficiente de recursos. O grande anseio da PSDA se resume a uma conversa superficial e confusa sobre “situação do código” juntamente com residentes sem treinamento uma hora após a admissão no hospital. Enquanto é melhor ter conversas de fases-da-vida como um ambulatorial com um médico confiável, sempre haverá mais a esclarecer no hospital. Então, vale mais a pena realizar as conversas de hospital de maneira certa. (tradução livre).²³⁶

Dentro das diretrizes médicas que acabam por prolongar a vida do doente, além da ressuscitação cardiopulmonar, podem ser incluídas a utilização de respirador, a realização de cirurgias, testes diagnósticos, diálise, transfusões de sangue e administração de fármacos. Todos esses temas poderão ser deliberados pelas diretivas antecipadas, esbarrando-se apenas no limite da eutanásia, ou seja, a recusa ao tratamento ou sua suspensão não pode implicar antecipação da morte, apenas uma medida de deixá-la seguir seu curso natural.

Do mesmo modo, um tema que vem ganhando repercussão nos últimos anos é a sedação nos casos de doença crônica e severa. Isto porque essa prática, conforme analisado em notas anteriores, a fim de conferir um pouco de conforto ao paciente, na tentativa de amenizar os quadros angustiantes de dor, há necessidade de ajustes na dosagem dessas substâncias analgésicas que, por sua vez, podem ensejar a antecipação do momento da morte.

Ao se levar em conta que o intuito da equipe médica é possibilitar uma redução dos efeitos angustiantes das dores insuportáveis e não a antecipação da morte do paciente, essa conduta é aceita e praticada em muitos hospitais. Aliás, alguns países até legislaram sobre o tema, a exemplo da França, que autoriza o pedido de sedação profunda e contínua, alterando a consciência até a morte.

²³⁶ “These disturbing conversations with physician trainees are a direct outcome of the Patient Self-Determination Act (PSDA) of 1990 and its requirement that hospitals document advance directives at the time of admission. In retrospect this requirement forced hospitals to comply with a poorly conceived solution to an important problem and they rushed to the most resource-efficient method. The grand aspirations of the PSDA have boiled down to cursory and confusing discussions about “code status” held with untrained residents an hour after hospital admission. While it’s best to have phases-of-life conversations as an outpatient with a trusted clinician, there will always be more to clarify in the hospital. So it’s worth getting the hospital conversations right”. BROWN, Samuel Morris. **Through the valley of shadows**: Living Will, Intensive Care and Making Medicine Human. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 219.

A lei portuguesa (Lei nº 25/2012)²³⁷, em seu art. 2º, item 2, arrola os conteúdos que podem ser objeto das diretivas antecipadas de vontade consistentes quanto a recusa à submissão de tratamento de suporte artificial das funções vitais, não sujeição a tratamento fútil, inútil ou desproporcional relativo ao seu quadro clínico. Neste item, a lei portuguesa dispôs que essa recusa deve estar em conformidade com as boas práticas profissionais²³⁸ e destaca a possibilidade da disciplina sobre o suporte básico de vida e medidas relacionadas à alimentação e hidratação artificiais que visem apenas retardar o processo natural de morte.

Em Portugal, a lei ainda define como conteúdo das diretivas antecipadas de vontade, os cuidados paliativos adequados, em atendimento ao direito de intervenção global no sofrimento decorrente da doença grave ou irreversível, em fase avançada, abrangendo também a terapêutica sintomática apropriada.

Os dois últimos itens desse dispositivo legal asseguram o direito de não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental e a faculdade de autorizar ou recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos.

Esse instrumento é denominado “*Instrucciones Previas*”, na Espanha, contudo, tendo em vista que cada comunidade autônoma pode disciplinar o tema, não existe uma lei uniforme em todo o país. Em âmbito nacional, existe apenas a Ley nº 41/2002, que dispõe sobre a autonomia do paciente, os direitos e as obrigações em matéria de informação e documentação clínica, porém essa lei, em seu art. 11, conceitua as *instrucciones previas*. Posteriormente, em 2017, sobreveio o Real Decreto nº 124/2007 que regulamenta o *Registro Nacional de Instrucciones Previas*, com o intuito de conferir efetividade ao documento em todo território espanhol.

Toma-se por análise a Ley nº 3/2005 da Comunidad de Madrid²³⁹, que em seu art. 6º, ao disciplinar o conteúdo desse documento assegura ao paciente a liberdade de disposição a respeito dos cuidados e tratamentos de saúde, inclusive o destino de seu corpo e órgãos após a sua morte. No item 2 desse artigo, o legislador afirma que essas instruções alcançam o tratamento e as intervenções médicas que o paciente deseja, recusa e/ou outras questões atinentes ao final de vida, desde que estejam em conformidade com a lei. Prevê, ainda, que o paciente pode manifestar-se antecipadamente sobre o desejo de não ser informado a respeito de suposto diagnóstico fatal e, neste caso, designará uma ou várias pessoas a quem o médico deverá informar.

²³⁷ PORTUGAL, 2012.

²³⁸ No Brasil, o Código de Ética da Medicina veda os médicos da prática dessas medidas desproporcionais.

²³⁹ ESPAÑA. Ley 3/2005, de 23 de mayo de 2005. Regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente. **Boletín Oficial del Estado**, n. 269, de 10 de noviembre de 2005. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2005-18452>. Acesso em: 21 jul. 2020.

No ordenamento jurídico francês, as diretivas antecipadas de vontade estão previstas na *Loi n° 2016/87*, a partir do art. 8°, que alterou o art. L. 1111-11, do Código Sanitário, sendo denominadas “*directives anticipées prévues*”. Contudo, a lei afirma que um decreto do Conselho do Estado que disciplinará pormenorizadamente alguns temas afetos a ela. Essa norma mencionada é o *Décret n° 2016-1067*, que apresenta, aliás, o modelo das diretivas antecipadas.

No que tange ao conteúdo, o decreto francês assinala a necessidade dos dados de identificação do autor do documento, do procurador de cuidados de saúde, denominado pessoa de confiança, nos casos de sua constituição. Também existem campos exclusivos para essa informação no formulário disponibilizado no site do Ministério da Alta Autoridade Sanitária (HAS) e para os casos em que o autor das diretivas é fisicamente incapaz de redigi-las, a identificação de duas testemunhas.

Ainda concernente ao conteúdo, no direito francês, o autor das diretivas antecipadas poderá disciplinar sua vontade em relação às decisões médicas no cenário de terminalidade de vida, particularmente a respeito da continuidade, limitação, interrupção e/ou recusa a tratamentos ou atos médicos, em uma situação futura em que será incapaz de expressar seu desejo decorrente de doença grave ou ainda, quando não detentora de doença grave conhecida, mas na hipótese eventual de ser vítima de acidente grave. Pode também, manifestar-se a respeito da sedação profunda e contínua até a morte quando estiver diante dos cuidados paliativos²⁴⁰. E, por último, o formulário detém um campo para modificações ou anulações das disposições contidas nessas diretivas antecipadas.

Na Itália, após as intensas batalhas, inclusive judiciais, citadas no capítulo 2 dessa tese, sobreveio lei disciplinadora sobre tema, *Legge n° 219/2017*. A lei aprovada em 22 de dezembro de 2017, entrou em vigor apenas em 31 de janeiro do ano seguinte, com decreto regulamentador em dezembro de 2019, Decreto n° 168/2019, responsável pela disciplina da base de dados nacional para o registro dessas diretivas. Neste país, o documento é denominado “*Disposizioni anticipate di trattamento*”, que nos termos do art. 4º²⁴¹, da *Legge*

²⁴⁰ Essas regras encontram-se previstas nos artigos R. 1111-18 do referido decreto. Esse decreto também dispõe sobre a acessibilidade das diretivas antecipadas. Afirma que devem ser acessíveis ao médico chamado a tomar a decisão de limitar ou interromper o tratamento. Contudo, elas podem ser arquivadas e mantidas, a critério de seu autor, junto ao prontuário médico compartilhado ou apenas a menção a respeito de sua existência, bem como o local em que são mantidas e os detalhes de contato da pessoa depositária (art. R.1111-19).

²⁴¹ “1. Toda pessoa maior de idade e capaz de compreender e de querer, em antecipação a uma eventual incapacidade futura de autodeterminação e após ter adquirido informações médicas adequadas sobre as consequências de suas escolhas, pode, por meio das DAT (declarações antecipadas de tratamento), expressar as próprias vontades em matéria de tratamentos de saúde, além do consentimento ou da recusa no que diz respeito a avaliações diagnósticas ou escolhas terapêuticas e a tratamentos de saúde individuais. Indica

nº 219/2017, consiste no documento elaborado com finalidade de expressar a vontade do paciente em questões de tratamento de saúde, bem como apresentar consentimento ou a recusa a testes de diagnóstico, escolhas terapêuticas e tratamento médico.

Esse artigo dispõe, ainda, que o documento será elaborado após a obtenção de informações médicas adequadas sobre as consequências de suas escolhas e pode ser utilizado para indicar alguém de confiança, denominado “*fiduciário*”, que ocupará o lugar do autor das diretivas nas relações com o médico e com os demais profissionais de saúde.

Ao se tratar do conteúdo das diretivas antecipadas de vontade, cabe considerar a possibilidade de suspensão ou abstenção de tratamento médico, mesmo em um contexto em que o doente participou ativamente do processo de decisão, que confere efetividade ao princípio do consentimento informado, livre e esclarecido de indivíduo com capacidade para decidir autonomamente. Isto implica dizer que o paciente compreende a informação prestada e é capaz de exercer juízo de valores com base naquilo que lhe fora informado.

Como visto em notas anteriores, o indivíduo que recusa determinado tratamento, mediante exercício de ponderação entre os riscos e benefícios, deve ser alertado pelo profissional de saúde das consequências de sua escolha, mas sempre respeitando a autonomia do paciente. Isto porque nenhuma interferência médica deve ser coercitiva, sob pena de haver lesão à integridade física e pessoal do doente.

Portanto, a elaboração das diretivas antecipadas deve ser precedida de um processo colaborativo realizado entre médico, paciente e familiares e até mesmo uma busca de autoconhecimento para que o autor possa elaborá-las ciente de seu intento e harmonizado aos seus valores, suas crenças e seus ideais. Brown destaca a importância desse processo colaborativo ao relatar um testemunho:

Uma abordagem metódica e gradual a discussões sobre possíveis limites a tratamentos médicos pode funcionar mesmo que a saúde da pessoa tome um rumo inesperado. Hank entrou na nossa UTI com pneumonia relacionada a uma deglutição deficiente decorrente de um pequeno derrame que ele sofreu no ano anterior. Ele poderia tanto ser alimentado pelo resto de sua vida por uma sonda de alimentação,

também uma pessoa de sua confiança, doravante denominada ‘fiduciário’, que tome o seu lugar e o represente nas relações com o médico e as unidades de saúde” (tradução livre).

“1. Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un’eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata ‘fiduciario’, che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie”. ITALIA. **Legge n. 219, 22 dicembre 2017.** Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Roma, 22 dicembre 2017. Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2017;219>. Acesso em: 22 jul. 2020.

ou ele poderia finalmente morrer de pneumonia causada por comida e secreções caindo em seus pulmões, o que os médicos chamam de “aspiração”. Sua filha e eu marcamos uma reunião para discutir os planos futuros com Hank e sua família inteira para o meio-dia, no segundo dia de sua hospitalização. Ele estava com um apoio extra para sua respiração, mas não exigia ainda a intubação. Por volta das 11 horas da manhã, Hank estava conversando agradavelmente com a sua esposa quando entrou em colapso inesperadamente de um ritmo cardíaco chamado “torsades de pointes”. Nós ressuscitamos Hank e, em aproximadamente dez dias depois, o liberamos da respiração mecânica. Ter experimentado de primeira mão os suportes de vida, Hank decidiu que não queria intubação ou ressuscitação cardíaca de novo. Ele se sentiu confiante de que estava em sua fase final da vida, e nós e sua família o ajudamos a encerrá-la. Ele morreu um mês depois, após desenvolver outra pneumonia. (tradução livre).²⁴²

Dessa feita, ao apreciar os relatos do médico que trabalha há muitos anos à frente de unidades de tratamentos intensivos, mesmo em face de sua crítica a respeito de formulários prontos e códigos, como já apreciado no conteúdo das diretivas antecipadas, percebe-se que a padronização ou o estabelecimento de modelos prontos podem prejudicar o exercício da autonomia do paciente, bem como não refletir seu real intento.

Em termos de interpretação das diretivas antecipadas de vontade, não se pode olvidar que no processo de sua elaboração, o autor leva em conta os tratamentos, métodos, diagnósticos e as técnicas existentes no momento, trata-se de uma manifestação de vontade presente que projeta seus efeitos para o futuro. Isto porque a manifestação de vontade é realizada em determinado período, antes da necessidade de o ato médico sequer surgir, em diversos casos, com anos de antecedência. O que em tese poderia tornar o consentimento menos atual.

Do mesmo modo, ante os avanços terapêuticos e clínicos, pode ocorrer de dada técnica existente na época da elaboração do documento, não mais existir no momento do ato médico, ou ainda, ser considerada extraordinária ou desproporcional. Ademais, ao se considerar a possibilidade de progresso dos meios tecnológicos, não se pode excluir a eventualidade de surgimento de novas técnicas e intervenções não existentes ao tempo da confecção das diretivas, e até com procedimentos curativos²⁴³.

²⁴² “A methodical, gradual approach to discussions about possible limits to medical treatment can work even when a person’s health takes an unexpected turn. Hank was admitted to our ICU with pneumonia related to poor swallowing from a small stroke he sustained the year before. He could either be fed for the rest of his life by feeding tube, or he would ultimately die of a pneumonia caused by food and secretions falling into his lungs, what doctors call ‘aspiration’. His daughter and I scheduled a meeting to discuss future plans with Hank and his entire family for noon on the second day of his hospitalization. He was on some extra support for his breathing but had not yet required intubation. Around 11 a.m. Hank was chatting pleasantly with his wife when he collapsed without warning from a dangerous heart rhythm called ‘torsades de pointes’. We resuscitated Hank and about ten days later liberated him from the ventilator. Having experienced life support firsthand, Hank decided that he didn’t want intubation or cardiac resuscitation again. He felt confident that he was in life’s final phase, and we and his family helped him wrap up his life. He died a month later, after he developed another pneumonia”. BROWN, 2016, p. 207-208.

²⁴³ Por essa razão, a lei portuguesa prevê um prazo de cinco anos para caducidade do documento. Após esse período, o autor das diretivas deverá elaborar novas diretivas antecipadas.

Deve-se levar em conta a própria finalidade das diretivas antecipadas de vontade no processo de interpretação. Na qualidade de instrumento de realização da vontade do paciente em terminalidade de vida, a sua interpretação deve guardar relação com a vontade manifestada por seu autor.

Relativamente à interpretação das diretivas antecipadas de vontade, como negócio jurídico, conforme analisado em notas anteriores, faz-se pertinente a análise a respeito das teorias relacionadas ao predomínio da vontade ou da declaração e, assim, realizar sua adequação à disciplina das diretivas.

Existem duas teorias a respeito da predominância da vontade ou da declaração. A primeira delas – a teoria subjetiva ou voluntarista – ao focalizar na vontade, destaca que o negócio jurídico é substancialmente vontade. Por essa razão a declaração deve implicar idêntica correspondência com o intento do agente, até mesmo porque essa declaração nada mais é do que simples instrumento de manifestação daquela. Desse modo, haverá proteção aos interesses do declarante²⁴⁴. Para essa concepção, todas as questões que permeiam a formação ou o conteúdo do ato conduzem para a real intenção do agente e em um contexto de divergência entre a declaração e a vontade real, deve prevalecer essa última. Há uma grande tutela da vontade, por isso, adquirem intenso relevo matérias relativas ao vício de consentimento, bem como os motivos, as razões psicológicas da realização do negócio.

Por sua vez, a teoria da declaração volta-se para a declaração propriamente dita, independentemente de sua coincidência com a vontade. Para essa concepção, o fundamento do negócio jurídico deságua no comportamento objetivo do agente, como instrumento de realização da disciplina de seus próprios interesses. Neste contexto, as hipóteses de divergência entre a vontade e a declaração não trazem maiores divergências, ao passo que os motivos ensejadores do ato não são relevantes, pois o que se interpreta não é o pretendido pelo agente, mas aquilo que se extrai da declaração. Assim, tutela-se não mais o indivíduo declarante, mas o destinatário e terceiros de boa-fé²⁴⁵.

Contudo, é possível observar que ambas as teorias são extremistas, na medida em que em uma, a inobservância da vontade real pode ensejar a anulação do negócio jurídico, teoria da vontade; e na outra, teoria da declaração, a intenção do agente é irrelevante. Neste cenário surgiram duas outras teorias, a teoria da responsabilidade e a teoria da confiança.

A teoria da responsabilidade está relacionada à vontade, no sentido de que havendo divergência entre a vontade real e a vontade declarada, o declarante responde pelos danos daí

²⁴⁴ AMARAL, 2018, p. 476.

²⁴⁵ *ibid.*, p. 476-477.

decorrentes, se a divergência se deu por sua culpa. De outra banda, a teoria da confiança, a declaração prevalece sobre a vontade real em circunstâncias objetivas em que aquela tenha criado justas expectativas no destinatário. Portanto, nessa teoria, evidenciada a boa-fé do destinatário da declaração, esta persistirá nos termos da confiança despertada, por outro lado, inexistindo boa-fé, a declaração não prevalecerá e o negócio será anulado. Observa-se que a culpa é redirecionada ao destinatário e não mais ao declarante²⁴⁶.

No Código Civil Brasileiro, essas teorias podem ser apreciadas à luz dos artigos 110, 112 e 113. O primeiro está relacionado à prevalência da manifestação da vontade, ainda que o declarante tenha realizado reserva mental. Ao discorrer sobre o tema, Nestor Duarte assinala que essa regra confere segurança às relações jurídicas e adverte que os efeitos devem recair “ao que foi declarado e não ao que, eventualmente, for desejado, mas não declarado”²⁴⁷. Nota-se que a prevalência da declaração, exclui a teoria voluntarista.

Por sua vez, o artigo 112 informa que nas declarações de vontade se prestigiará mais a intenção no sentido literal da linguagem. Assim, em uma primeira leitura do artigo, o leitor pode ser levado a compreender que a legislação civilista brasileira adotou a teoria voluntarista, porém, em uma análise sistemática a conclusão é outra.

Ao comentar o artigo, Nestor Duarte alerta que em alguns casos a declaração pode não corresponder à vontade real, mas isso não enseja a consideração da vontade omitida na declaração e assinala: “Nestes termos o que se procura é extrair dos elementos contidos na declaração a intenção das partes [...]”²⁴⁸. Portanto, novamente a declaração sobressai sobre a vontade. No mesmo sentido, Francisco Amaral também enfatiza a expressão “na qual a intenção se consubstancia”²⁴⁹. Assim, para ambos os autores, o Código Civil Brasileiro optou pela teoria da declaração.

Ao realizar uma análise sistemática dos artigos, inclusive do artigo 113, que aduz que os negócios jurídicos devem ser interpretados à luz da boa-fé e os usos do lugar da celebração, pode-se afirmar que a teoria da vontade não fora recepcionada pelo Código Civil Brasileiro, salvo em matéria de vícios de consentimento, em que a vontade real ganha relevo.

A interpretação dos negócios jurídicos pode ser conceituada como um processo que visa retirar o autêntico significado e alcance daquilo que foi estabelecido por uma ou ambas as partes ou de qualquer de suas circunstâncias, fatos, documentos, declarações, entre outros²⁵⁰.

²⁴⁶ AMARAL, 2018, p. 477.

²⁴⁷ DUARTE, 2016, p. 87.

²⁴⁸ Ibid., p. 87.

²⁴⁹ AMARAL, 2018, p. 477.

²⁵⁰ GHERSI, Carlos Alberto. **Derecho civil**: parte general. 3. ed. atual. ampl. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2002. p. 551.

Estabelecidas tais premissas, de que as diretivas antecipadas de vontade constituem negócio jurídico e o Código Civil Brasileiro em termos de interpretação desses negócios adotou a teoria da declaração, resta o levantamento das peculiaridades da interpretação dessas diretrizes.

Na qualidade de negócio jurídico existencial, as diretivas antecipadas de vontade implicam um instrumento apto para realização da autonomia privada do paciente, particularmente aqueles direitos mais substanciais à pessoa humana, isto porque se dedicam aos cuidados relativos à saúde, à vida e ao processo de morrer do doente.

A construção do documento pode ter sido realizada em circunstâncias em que já se conheça a existência da doença e suas implicações, de modo a permitir ao declarante o sopesamento do progresso da doença e dos tratamentos existentes, o que permite melhor avaliação do paciente para sua elaboração de forma mais segura e próxima à sua vontade. No entanto, ao se considerar que o documento pode ser realizado a qualquer tempo, existe a possibilidade de as situações ali previstas não coincidirem com o quadro existente ou, ainda, de as inovações tecnológicas desenvolverem técnicas não pensadas e sequer imagináveis no momento da confecção.

Assim, em alguns casos, é possível evidenciar a desatualização da vontade do declarante ante o progresso dos meios terapêuticos. Não seria incomum tais fatos ocorrerem, basta se observar a evolução das ciências médicas nos últimos anos, até com emprego de tecnologias de ponta, que viabilizam novas terapias, desenvolvimento de fármacos e tratamentos outrora inviáveis ou impensáveis. Por essa razão, as diretivas antecipadas de vontade escritas esbarram em obstáculos que podem induzir ao questionamento de sua atualidade. Como já discutido em notas anteriores, Portugal estabeleceu uma janela temporal entre a assinatura do documento e sua eficácia, prazo este de cinco anos, que poderá ser renovado mediante declaração de confirmação (art. 7º, itens 1 e 2).

Mas essa exigência ocorre mediante previsão legislativa e nos casos em que não existe esta regra, a hipótese de não atualidade ou não correspondência dos fatos narrados nas diretivas com o quadro atual do paciente carece de resolução. Para agravar a situação, não há exigência de que o documento seja elaborado com o auxílio de um médico, o que existe, conforme já mencionado, é uma recomendação do Conselho Federal de Medicina exteriorizada no Parecer Consultivo – Parecer Cremeb nº 20/2018. Essa situação pode problematizar ainda mais a aplicação das diretivas, ao passo que seu conteúdo abrange conhecimento especializado e em constante evolução para produção de efeitos de uma vontade projetada para o futuro.

A condução da interpretação das diretivas antecipadas de vontade, como negócio jurídico para a produção de efeitos em condições nas quais não possa exprimir sua vontade, deve prestigiar a vontade do declarante. Como já registrado em notas anteriores, nos negócios jurídicos será levada em consideração a intenção do agente materializada na declaração, de modo a conferir maior segurança e estabilidade às relações jurídicas.

Contudo, particularmente em sede das diretivas, a questão se torna mais tormentosa, visto que a teoria da declaração busca conferir maior segurança ao seu destinatário, ao passo que a finalidade das diretivas é conferir efetividade à vontade do paciente.

Ao discorrer sobre o tema da interpretação dos negócios jurídicos, Emílio Betti assevera que “não é a vontade interna, ainda que não tenha sido expressa, mas sim a declaração ou o comportamento, enquadrados na esfera de circunstância, que confere seu significado e o seu valor”²⁵¹. Nesse sentido, em sua concepção, o exercício de interpretação dos negócios jurídicos não deve ficar atrelado ao sentido literal das palavras, mas sim estar atento a todas as circunstâncias que o permearam, inclusive aos fatos antecedentes e consequentes que a eles se relacionam²⁵².

Do mesmo modo, não se pode perder de vista que ao iniciar a atividade hermenêutica, o intérprete precisa verificar quais os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico para a disposição do objeto, bem como o alcance da autonomia privada para aquele caso concreto.

Inicialmente, pode-se afirmar que as regras e disposições relativas à interpretação dos contratos também são aplicáveis nas diretivas antecipadas de vontade, naquilo que for compatível, até mesmo porque aqueles constituem negócios jurídicos bilaterais, ao passo que estas são unilaterais. Neste contexto, é fundamental aos contratos a convergência de vontade, o consenso, cujos efeitos se produzirão em vida, nos moldes dos artigos 427 a 435 do CCB, diversamente das diretivas antecipadas, marcadas pelas características da unilateralidade e de negócio personalíssimo, em que se há apenas uma vontade revelada, produzirão efeitos em circunstâncias em que o declarante não pode exprimir sua vontade.

Todavia, a problemática reside no fato de que tais documentos serão interpretados em ocasião na qual o seu declarante não tiver condições de exprimir sua vontade e qualquer dúvida ou omissão não poderá ser sanada pessoalmente pelo paciente, emissor do documento. Por isso, parece ser mais razoável a utilização dos critérios de interpretação do testamento, que produzirá efeitos com a morte do testador, ou seja, nisto se assemelha às diretivas, pois em ambos os casos no momento da produção de efeitos da declaração de

²⁵¹ BETTI, Emílio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 347.

²⁵² Ibid., p. 347-348.

vontade não será possível a consulta ao declarante, no primeiro em razão da morte e, no outro, considerando que o declarante, tendo em vista a enfermidade, não pode exprimir sua vontade.

Tanto no testamento, quanto nas diretivas antecipadas de vontade, existe o exercício do direito de autorregulação de interesses privados do declarante, em que, este, espera que as determinações, instruções e diretrizes sejam cumpridas no momento oportuno. Assim como nas diretivas antecipadas de vontade, no testamento também podem conter situações que demandem um exercício hermenêutico mais acurado, visto que se trata de um documento elaborado muitas vezes por uma pessoa sem o conhecimento jurídico necessário e sem o auxílio do profissional *expert*.

Na interpretação do testamento o que se busca é esclarecer as verdadeiras intenções do testador em suas disposições de última vontade, de modo a assegurar a produção dos efeitos pretendidos, desde que não violem normas de ordem pública, princípio da preponderância da vontade do testador.

O Código Civil Brasileiro em seu artigo 1.899 dispõe que a interpretação do testamento deve ser realizada de forma que assegure ao máximo a última vontade do disponente. Por essa razão, é correto afirmar que no testamento prepondera o fator subjetivo, no sentido de importar para o processo interpretativo as expressões comumente utilizadas pelo testador, as circunstâncias pessoais, os costumes de sua profissão, meio social, da região onde vive, visto que tais elementos contribuem para a efetividade do princípio da preservação da obediência à sua vontade²⁵³.

Importante destacar que a interpretação do testamento exige do intérprete a busca da real vontade e verdade do declarante. Nessa perspectiva, a ele cabe a análise do sentido lógico e gramatical de suas palavras, partindo-se do pressuposto de que o testador expressou sua vontade em termos adequados, especialmente no caso de ter contado com a participação de um especialista em matéria sucessória ou mediante esclarecimentos de um notário²⁵⁴.

Nas hipóteses de subsistirem cláusulas conflitantes entre si, valendo-se dos ensinamentos de Emílio Betti, urge compreender o negócio jurídico, *in casu*, as diretivas antecipadas de vontade como um todo unitário, a ser interpretado na sua integridade: “um todo, entre cujas partes individuais, preliminares e conclusivas, não é admissível uma clara separação”²⁵⁵. Dessa feita, não se pode apreciar cada cláusula de forma isolada, sem seu contexto, mas analisar no intuito de conferir eficácia à vontade do declarante e, assim,

²⁵³ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 715.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 715.

²⁵⁵ BETTI, 2007, p. 348.

concebidas conjuntamente de modo que assegure melhor proximidade com a vontade do paciente, particularmente no caso das diretivas, da não interferência inútil e deixar o processo de morte seguir seu curso natural ou naqueles casos em que o paciente externaliza seu intento em não cessar tratamentos.

Do mesmo modo, a esse respeito surge a dúvida da possibilidade ou não de utilização de outras manifestações de intento do paciente, escritos ou não, ao passo que essas manifestações, cartas, documentos, vídeos, etc., podem não representar a real intenção do declarante no momento da elaboração das diretivas antecipadas. Isto porque, se manifestadas anteriormente às diretivas propriamente ditas, podem indicar que houve mudança de intenção, tanto é assim que fez um documento específico para revelá-la

Contudo, a princípio, parece que a problemática se agrava nos casos em que essas manifestações ocorrem após a elaboração das diretivas. Teriam tais declarações posteriores a natureza de complementação das diretivas previamente confeccionadas ou de substituí-las, especialmente aquelas que não se revestem do mesmo modo como foram inicialmente elaboradas?

Parece certo afirmar que, nos casos em que nessa nova declaração exista menção a documento anterior, às diretivas antecipadas propriamente ditas, cabe observar se consta expressamente a natureza da nova declaração, se complementação ou se substituição. Neste caso, é necessário observar a natureza revelada pelo declarante. Entrementes, caso não exista, caberá ao intérprete examinar as cláusulas conflitantes entre os dois instrumentos de declaração de vontade e, assim, fazer prevalecer a vontade mais atual, desde que compatível com o quadro clínico existente.

Em seu Tratado de Direito das Sucessões, Itabaiana de Oliveira, no tópico das regras para a interpretação das cláusulas testamentárias, registra que ante a possibilidade de interpretações distintas de uma cláusula testamentária deverá prevalecer aquela que melhor assegure a obediência à vontade do testador, dessa forma adverte: “deve-se atender mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”²⁵⁶. Dessa forma, diferentemente do que ocorre com outras categorias negociais em que se aplica a teoria da declaração, parece mais assertivo afirmar que nos testamentos é aplicada a teoria da vontade.

A construção das regras de interpretação das disposições testamentárias construídas por Itabaiana de Oliveira ensejou o arrolamento de trinta hipóteses, contudo, para o presente

²⁵⁶ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. **Tratado de direito das sucessões**. 4. ed. rev. atual. pelo autor com a colaboração de Aires Itabaiana de Oliveira. São Paulo: Max Limonad, 1952. (Da Sucessão Testamentária, v. 2). p. 521.

estudo, destacam-se somente aquelas pertinentes e capazes de contribuir para a interpretação das diretivas antecipadas de vontade:

II – Nas condições do testamento convém que seja considerada antes a vontade do que as palavras: *In conditionibus testamentorum voluntatem potius, quam verba considerari.*

III – Julgamos que, em tudo, prevalece a vontade do testador, que é a legítima: *In omnibus etenim testatoris voluntatem, quae legitima est, dominari consemus.*

IV – A disposição de vontade do defunto deve ser cumprida: *Defuncti dispositivo custodiatur.*

V – Deve-se procurar o sentido mais cômodo ao objeto de que se trata, e à natureza do ato: *Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipitur; quae rei gerendae optior est.*

VI – Deve-se preferir o sentido próprio e geralmente aceito das palavras, e entender o que, em tais casos, comumente se costuma fazer: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.*

VII – As palavras devem ser interpretadas no seu sentido: *Verba cum effectu sunt accipienda.*

VIII – Quando uma cláusula é suscetível de dois sentidos, deve-se entender naquele em que pode ter efeito e não no em que nenhum efeito teria: *Quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est in accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit.*

IX – Deve-se preferir a inteligência que faz valer o ato, à que o torna insubsistente: *Quoties in actionibus ambigua oratio est, comodissimum est id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat.*

X – Quando uma disposição é tão obscura que impossível se torna conhecer a vontade do testador, considera-se aquela não escrita: *Quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possunt, perinde sunt, ac si scripta non essent.*

XI – Onde há obscuridade de palavras, vale o que consta do ato: *Ubi est verborum ambiguitas, valet, quod acti est.*

XII – Nas expressões duvidosas, deve ser atendido principalmente o pensamento daquele que as proferiu: *In ambiguis orationibus máxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset.*

XV – Nas coisas duvidosas, convém seguir a opinião mais benigna: *In ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet.*

XVI – Deve-se preferir a proposição mais benigna à mais rigorosa: *Humaniorem sententiam pro duriore eligimus.*

XVII – Quando o testador dispõe sobre duas coisas que se contradizem, de modo que é impossível saber qual delas persistiu e qual revogou, têm-se ambas por nenhum efeito: *Ubi pugnatia inter se in testamento inveniuntur, neutrum ratum est.*

XVIII- As expressões gerais se devem entender geralmente, mas a espécie sempre derroga: *In foto jure generi per speciem derogatur; et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.*

XXIII – De modo algum, devem ser modificadas aquelas coisas que, sempre, tiveram interpretação certa: *Quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inventum videri.*

XXVII – O que está escrito em último lugar, presume-se conter a vontade na qual o testador perseverou nela, derogando o que, em contrário, havia escrito antes: *In legatio novissimae scripturae valente.*

XXX – Se a intenção precede às palavras e é mais poderosa do que elas, todavia não se pode presumir que alguém diga alguma coisa senão por meio das palavras de que se serviu: *Si prior atque potentior est, quam vox, mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur.*²⁵⁷

²⁵⁷ ITABAIANA DE OLIVEIRA, 1952, p. 521-527.

As regras supramencionadas foram construídas a fim de objetivar o modo de interpretação das disposições testamentárias, contudo, ante a relação entre tais e as diretivas antecipadas, como sua natureza jurídica, negócio jurídico unilateral e personalíssimo, e quanto aos efeitos, pois seus efeitos estão subordinados às disposições acessórias que autolimitam a vontade, no caso do testamento, somente produzirão efeitos por ocasião da morte (termo), e por enfermidade que impossibilite expressar sua vontade (condição) na hipótese das diretivas, é possível valer-se dessas regras como norte interpretativo dessas últimas.

Neste contexto, nota-se que a interpretação desses tipos negociais prestigia mais a real vontade do declarante, que deve sempre ser respeitada e não se encontra sujeita a presunções do intérprete, sob pena de lesão à autonomia do declarante. Ademais, em cláusulas duvidosas deve ser considerado o documento como um todo e o resultado da interpretação deve corresponder àquela que mais atende ao pensamento de seu emissor²⁵⁸.

No intuito de reduzir os riscos de dúvidas e dubiedades nas diretivas antecipadas, bem como sanar eventuais questões relativas à interpretação de suas cláusulas, o paciente poderia valer-se de instrumentos alternativos e/ou prévios à sua própria elaboração. Uma alternativa seria o *Advanced Care Planning* (ACP) – Planejamento Antecipado do Cuidado²⁵⁹, que se ocupa de matéria menos abrangente que as diretivas antecipadas, pois redireciona o paciente a expressar apenas suas preferências ou recusas por determinadas intervenções para cuidados, tais como diálises, ventilação mecânica, nutrição e hidratação artificiais. Nesta fase são discutidas metas para o cuidado e prognóstico, com o objetivo de estabelecimento dos valores e desejos do paciente, a fim de proporcionar-lhe os cuidados apropriados.

Nesse sentido, ao estabelecer as metas e os valores do paciente para os cuidados em fim de vida, diante de qualquer dúvida interpretativa das diretivas antecipadas de vontade

²⁵⁸ Por essa razão, em que pese a ausência de previsão legislativa nesse sentido no ordenamento jurídico brasileiro e a não obrigatoriedade de exigência nos países em que há disciplina legislativa, parece que a participação de um médico de confiança do paciente no processo de elaboração se mostra eficaz e reduz os riscos de dubiedades e cláusulas conflitantes, além de constituir meio indissociável para efetivação do consentimento informado do paciente, ao passo que poderá alertar o declarante a respeito das fases evolutivas de seu quadro, os protocolos de tratamentos existentes para o caso, bem como benefícios e prejuízos. Ademais, ao ouvir o paciente, o médico terá condições de esclarecer suas dúvidas e ter conhecimento de sua real vontade e assim poderá indicar quais as alternativas conduzirão para aquele resultado e que devem ser consignadas nas diretivas. Importante registrar que a função do médico de confiança no processo de elaboração das diretivas não quer dizer que ele esteja habilitado para tomar as decisões pelo paciente, mas sua função consiste em esclarecer, informar e prestar o auxílio técnico para as questões complexas envolvidas, a vontade a ser revelada, bem como a ser cumprida é do paciente.

²⁵⁹ Esse instrumento é indicado especialmente para os casos de nomeação de procurador para os cuidados de saúde, ao passo que traça metas para os cuidados em fim de vida. Não haverá discriminação pormenorizada das hipóteses de autorização ou recusa, mas diretrizes que expressam preferências que auxiliarão o procurador na decisão que melhor se afeiçoa aos interesses e preferências do paciente, ou nos casos de elaboração de diretivas escritas, munido das metas e valores, indicará de maneira mais específica os nortes para tratamento em fim de vida, lembrando que o conteúdo não poderá ultrapassar os limites impostos pela lei, como a eutanásia.

escritas ou do próprio procurador para cuidados de saúde para situações concretas, caberá ao intérprete realizar a interpretação que melhor se amolde àquelas metas e valores inseridos no Planejamento Antecipado do Cuidado.

Por fim, convém registrar que nas hipóteses em que não seja possível sanar a dúvida, quer aquelas contidas no documento escrito, quer aquelas provenientes do procurador de cuidados de saúde, devem ser apreciados os interesses juridicamente tutelados. Assim, não se pode ignorar que algumas decisões são irreversíveis, tais como a recusa ou suspensão de tratamento, que poderá conduzir, ainda que em processo natural, à morte do paciente. Neste caso, havendo dúvida insanável sobre a decisão a ser tomada parece mais correta a adoção daquela interpretação que prestigia a preservação da vida, aliás, essa interpretação vai ao encontro das regras interpretativas propostas neste trabalho e inspiradas nas lições de Itabaiana de Oliveira²⁶⁰, “Nas coisas duvidosas, convém seguir a opinião mais benigna”, “Deve-se preferir a proposição mais benigna à mais rigorosa” e “Quando o testador dispõe sobre duas coisas que se contradizem, de modo que é impossível saber qual delas persistiu e qual revogou, têm-se ambas por nenhum efeito”.

Os modelos padronizados de diretivas antecipadas tais como o português e o francês podem reduzir as chances de suscitação de dúvidas a respeito da interpretação da vontade do declarante. Contudo, isso não significa dizer que tais modelos refletem realmente o intento e anseio do paciente.

Isto porque a padronização ou a instituição de formulários muitas vezes implicam a mecanização desse tão importante momento decisório do paciente. Como será relatado nos capítulos posteriores, há certa resistência do médico em ter essas denominadas “conversas difíceis” de esclarecer ao paciente sua condição e hipóteses decorrentes da evolução da enfermidade e, conforme relatos médicos, a abordagem nos casos desses formulários ou códigos frequentemente ocorre de forma abrupta: “em caso de parada cardiorrespiratória, você deseja ser ressuscitado ou não?”.

Essas práticas denotam que, na verdade, existe apenas um consentimento *f* e não substancial. Portanto, a princípio, parece que os sistemas abertos, em que há liberdade de disposição, obviamente que limitadas apenas pelas normas cogentes, apesar de passível de suscitação de dúvidas a depender da redação empreendida pelo autor, indicam maior probabilidade de alcance da real vontade do paciente, efetivam substancialmente o exercício da autonomia e consentimento do paciente; por esta razão, não apenas figuram uma conduta *pro forma*.

²⁶⁰ ITABAIANA DE OLIVEIRA, 1952, p. 521-527.

4 O DESCUMPRIMENTO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Neste capítulo será analisada a força vinculatória das diretivas antecipadas de vontade, bem como as diversas consequências jurídicas de seu descumprimento. Essas consequências serão examinadas sob os diversos caminhos que seu inadimplemento pode oferecer, a depender daquele que deu causa ao incumprimento.

4.1 Noções de cumprimento: o cumprimento e o princípio da boa-fé

Disposições relativas ao cumprimento ou não das diretivas antecipadas de vontade devem ser ponderadas sob diversos aspectos. A violação do direito de autodeterminação do paciente, da inobservância do consentimento informado, a adequação do âmbito e disciplina dessa lesão, no sentido de identificar no âmbito de cláusulas contratuais ou não e, assim, definir o estatuto jurídico aplicável, normas de direito contratual e/ou responsabilidade extracontratual.

Por essa razão, a noção de cumprimento, não cumprimento e cumprimento defeituoso partirá do pressuposto de que a violação à vontade do paciente tenha ocorrido no âmbito de uma relação jurídica contratual. Do mesmo modo que o descumprimento das diretivas também poderá ser objeto de estudo apenas no âmbito da responsabilidade extracontratual ante a violação do direito de autodeterminação do paciente e desrespeito ao conteúdo alcançado pelo consentimento informado ou no próprio dissentimento, contudo, fora do contexto de uma relação jurídica contratual. Essas questões serão aprofundadas no tópico da responsabilidade civil dos profissionais da saúde.

O cumprimento da obrigação consiste na “*realização voluntária da prestação debitória*”²⁶¹ e, nesse sentido, afirma o autor, não alcança a realização coercitiva decorrente de execução judicial, mas carece de voluntariedade. Além disso, o art. 422, do CCB dispõe que os contratantes deverão guardar tanto na execução quanto na conclusão dos contratos, os princípios da boa-fé e da probidade. Dessa feita, o cumprimento da prestação debitória também deve ser executado nos ditames da boa-fé, o que implica dizer que, além dos deveres inerentes à prestação, seja a principal seja a secundária, o cumprimento reclama ainda a observância de múltiplos deveres acessórios de conduta, sob pena de caracterizar cumprimento defeituoso, por conseguinte, vir a obrigar o devedor a reparar os danos dele resultantes ou a sofrer outras consequências.

²⁶¹ VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2015. v. II. p. 7.

Antunes Varela destaca que:

*O devedor não pode cingir-se a uma observância puramente **literal** das cláusulas do contrato, se a obrigação tiver natureza contratual. Mais do que o respeito **farisaico** da fórmula na qual a obrigação ficou condensada, interessa a colaboração **leal** na satisfação da necessidade a que a obrigação se encontra adstrita. Por isso ele se deve ater, não só à **letra**, mas principalmente ao **espírito** da relação obrigacional.*²⁶² (grifos do autor).

A afirmação do autor vai ao encontro do que já fora discorrido neste trabalho, especialmente no que diz respeito à interpretação dos negócios jurídicos, mormente das diretivas antecipadas. Isto porque, nos casos em que haja relação contratual entre médico e paciente, ainda que não seja indicada a sua participação específica no processo de elaboração do documento, esse profissional, dada a relação de confiança e o acompanhamento ao tratamento do paciente, pode ser levado a conhecer melhor as preferências e os intentos de seu paciente, por conseguinte, ter condições de interpretar essas disposições de modo que configure melhor atendimento à vontade do doente e não apenas, como disse o autor, o cumprimento literal de suas cláusulas.

O não cumprimento, por sua vez, constitui na situação subjetiva de não realização da prestação assumida e na respectiva insatisfação do interesse do credor, sendo irrelevante sua causa²⁶³. Em outras palavras, o não cumprimento importa na ausência da realização do ato obrigado ou em sua realização, quando firmado sua não execução. Esse descumprimento pode ensejar o inadimplemento absoluto da obrigação ou o simples retardamento. Do mesmo modo, há o não cumprimento por fatos imputáveis ao devedor e aqueles que não²⁶⁴.

Nas hipóteses de inadimplemento absoluto que não resultar de causa imputável ao devedor, a solução é resolução da obrigação e nada pode ser exigido do devedor. Diferentemente de quando age com culpa, sentido *lato sensu*. Do mesmo modo, o inadimplemento relativo apenas traz consequências ao devedor quando decorrente de hipóteses imputáveis ao obrigado, nos moldes do art. 393, do CCB. A consequência do

²⁶² VARELA, 2015, p. 12.

²⁶³ Ibid., p. 60.

²⁶⁴ Entre os fatos que não são imputáveis ao devedor destaca-se aqueles que procedem de fatos de terceiro, de caso fortuito ou força maior, da própria lei ou até mesmo do próprio credor. Em termos de diretivas antecipadas, a inadimplemento por culpa de terceiro poderia ocorrer nas hipóteses de não comunicação da existência de tal documento ou da constituição do procurador para cuidados de saúde por parte daquele que deveria comunicar à equipe médica. Pode ocorrer também do médico não cumprir as diretrizes deixadas previamente pelo paciente, visto que rompem os limites impostos pela lei, v.g. ao sugerir determinada conduta que configura eutanásia ou suicídio assistido do mesmo modo que a forma como foram elaboradas podem gerar dificuldades no processo de interpretação, como expressões ambíguas ou contraditórias. Assim, a dificuldade no tocante à vontade desse paciente, decorre de sua própria conduta descuidada no processo de elaboração do conteúdo.

inadimplemento culposo ensejará na responsabilidade patrimonial do devedor, inteligência dos arts. 389 e 391, do CCB.

No que toca ao não cumprimento, pode haver sua classificação quanto aos efeitos, dividindo-se em: falta de cumprimento, mora e cumprimento defeituoso. A primeira situação versa sobre os casos de impossibilidade de seu cumprimento, pois tornou-se impossível ou também sobre o contexto da obrigação, ao passo que ainda sendo possível seu cumprimento, tal não é mais útil ao seu credor, não atende mais aos seus interesses. A mora, por sua vez, está prevista no art. 394, do CCB, e corresponde ao não cumprimento da obrigação ou ao seu não recebimento no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

Por fim, o cumprimento defeituoso, também denominado violação positiva do contrato, constitui na execução da prestação mediante vícios, defeitos ou irregularidades que ensejam danos ao credor. No dizer de Antunes Varela, o cumprimento defeituoso da obrigação trata-se de uma violação *sui generis* ao passo que alcança não apenas as “deficiências” da prestação principal ou de qualquer dever secundário, mas também a lesão aos deveres acessórios de conduta²⁶⁵ que, por força de lei – aqui no Brasil, o art. 422, do CCB – compõem a relação jurídica obrigacional. Em um relato de experiência em UTI, um médico conta a história de uma paciente que pode ser indicada como uma conduta integrante aos deveres acessórios de conduta:

Conforme eu comecei a conversar com Linda sobre os eventos do dia anterior, eu ficava orgulhoso que nós tínhamos ignorado a prática usual do hospital de excluir pacientes de casas de repouso da UTI. Apesar da casa de repouso, Linda não tinha se dado conta que ela estava no processo de morte, e ela admitiu para mim que seus filhos estavam ainda menos cientes de quão pouco tempo de vida ela tinha. Nós fizemos chamadas e incomodamos linhas aéreas para permitir que seus filhos viessem ao lado de sua maca. Linda e eu conversamos sobre documentos que categoricamente recusam o tratamento com apoio de tecnologias artificiais e sobre admissão na UTI. Eu propus a ela que nós usássemos um sistema semi-invasivo de apoio aos pulmões para permitir que ela continuasse vive tempo o suficiente para ver seus filhos uma última vez. Ela olhou profundamente aliviada e concordou com o plano. Por mais horrível que fosse para uma mulher elegante quase na meia idade encarar a morte, sua transferência à UTI permitiu o tempo crucial para que Linda e seus filhos se reunissem, para processarem sua morte iminente, e para completar suas vidas juntos. Se nós tivéssemos aplicado uma simples interpretação do seu testamento vital e sua concordância em entrar em uma casa de repouso, nós nunca teríamos aceitado Linda na UTI. Por que gastar recursos médicos para prolongar a vida de um paciente por um ou dois dias? Linda e sua família poderiam ter, deste modo, perdido a chance de dizer adeus. O que poderia ter sido uma tragédia. (tradução livre).²⁶⁶

²⁶⁵ VARELA, 2015, p. 130.

²⁶⁶ “As I began to discuss with Linda the events of the last day, I was glad that we had ignored the usual practice of excluding hospice patients from the ICU. Despite hospice, Linda hadn’t quite realized that she was in the process of dying, and she acknowledged to me that her children were even less aware of how little time she had left. We made calls and pestered the airlines to allow her children to come to her bedside. Linda and I

Em sede de diretivas antecipadas, a título exemplificativo, o inadimplemento absoluto pode ocorrer quando do seu conteúdo extrai o pedido de todo cuidado possível e em uma situação emergencial o médico deixa de realizar uma reanimação cardiopulmonar, por conseguinte, o paciente vem a óbito. Brown indica um exemplo desse descumprimento:

Eu tenho visto a angústia moral afetar inclusive os procedimentos técnicos. Enquanto o “código lento” de outrora (o qual os médicos “caminham, não correm” para o quarto do paciente, deste modo apenas fingindo realizar uma ressuscitação cardiopulmonar) não é mais abertamente praticado, eu continuo vendo ressuscitações cardiopulmonares apáticas sendo realizadas. Além da desonestidade inerente em tais farsas, existe ainda o risco de que os médicos irão reforçar uma técnica negligente. Uma ressuscitação cardiopulmonar de alta qualidade requer muita prática, o que pode ser prejudicado se algumas tentativas de ressuscitação forem fracas (meia-boca). Quando isso importa, médicos devem ser menos aptos a realizar uma boa ressuscitação. A postura que eu uso com os outros médicos é que eles estão fazendo duas coisas quando eles oferecem uma ressuscitação cardiopulmonar profissional e de alta qualidade (levando em conta que a ressuscitação não viola os desejos do paciente). Primeiro, eles estão participando de um inconfundível ritual americano relacionado à morte que muitos indivíduos consideram como um protesto contra a inevitabilidade da morte. Segundo, eles estão preservando habilidades de ressuscitação que irão permitir que eles – quando o tempo é essencial – usem a ressuscitação cardiovascular de maneiras que dão às pessoas uma oportunidade significativa com sentido, alta qualidade de vida. Importante lembrar que a ressuscitação está entre os procedimentos médicos de maior sucesso ao se levar em conta o “número tratado”. (tradução livre).²⁶⁷

É preciso recordar que o autor das diretivas antecipadas muitas vezes encontra-se em estágio avançado da doença, com quadro irreversível e morte provável (3 a 6 meses). Portanto, a atuação do médico, em tese, guarda fundamento nos cuidados paliativos e na omissão de tratamentos inúteis. Contudo, a vontade do paciente era o emprego de todos os

discussed the documents that categorically refused life support technologies and ICU admission. I proposed to her that we use a semiinvasive lung support system to allow her to stay alive long enough to see her children one last time. She looked deeply relieved as she agreed with the plan. As horrifying as it was for an elegant woman barely into middle age to be facing death, her transfer to the ICU allowed crucial time for Linda and her children to gather, to process her imminent death, and to complete their lives together. If we had applied a simple interpretation of her living will and her associated decision to enter hospice, we never would have accepted Linda into the ICU. Why spend medical resources to prolong a patient’s life for a day or two? Linda and her family would have thereby lost their chance to say goodbye. That would have been a tragedy”. BROWN, 2016, p. 219.

²⁶⁷ *“I have seen moral distress affect even technical procedures. While the ‘slow code’ of yesteryear (in which clinicians ‘walk, don’t run’ to the patient’s room, thereby only pretending to perform CPR) is no longer openly practiced, I still see lackadaisical CPR performed. Beyond the dishonesty inherent in such charades, there’s the risk that clinicians will reinforce sloppy technique. High-quality CPR requires extensive practice, which can be corrupted if some CPR attempts are half-hearted. When it matters, clinicians may be less able to perform good CPR. The framing I now use with other clinicians is that they are doing two things when they provide professional, high-quality CPR (assuming CPR does not violate the patient’s wishes). First, they are participating in a distinctly American ritual related to mortality that many individuals value as a protest against the inevitability of death. Second, they are maintaining CPR skills that will allow them – when time is of the essence – to use CPR in ways that give people a significant opportunity for meaningful, high-quality life. Remember that CPR is among the most successful of medical procedures as judged by the ‘number needed to treat’”. Ibid., p. 221-222.*

esforços. Do mesmo modo, também pode configurar inadimplemento absoluto nos casos de recusa a tratamento. Imagine que nas instruções exista a recusa à amputação de membros ou a ordem de não utilização de intubação. Ambas as hipóteses configuram inadimplemento absoluto, inclusive a intubação ao paciente, visto que diante do caso concreto, muitas vezes, a retirada do paciente dessa condição poderá levantar dúvidas a respeito da prática de eutanásia, que é vedada no ordenamento jurídico brasileiro.

O inadimplemento relativo, por sua vez, pode ocorrer, v.g. nos casos em que o paciente expressa antecipadamente o pedido de sedação profunda e tanto a equipe médica quanto a família relutam em realizar a prática, contudo, após considerável decurso de tempo, decidem observar a vontade do moribundo.

Importa ressaltar, ainda, que além dos negócios jurídicos, a responsabilidade civil também constitui fonte de obrigação, visto que tal pode resultar de danos ocasionados ao indivíduo e/ou patrimônio e, por conseguinte, ensejar o dever de recomposição da situação do ofendido. Essa obrigação decorre do dever jurídico geral de abstenção: *neminem laedere*. Dessa forma, a transgressão desse dever de abstenção, caracterizada pela lesão a um direito alheio, mediante uma conduta antijurídica voluntária ou não, e até mesmo decorrente de uma atividade de risco lícita com potencial lesivo, implicará responsabilidade civil extracontratual.

Não se pode olvidar os benefícios oportunizados pelas diretivas antecipadas de vontade – tais como a observância da vontade, o exercício de autodeterminação preventiva e autonomia prospectiva –, mas também possibilita a redução dos impactos que a tomada de decisões de fim de vida causa nas pessoas próximas ao paciente e à preservação de sua dignidade. A dignidade da pessoa humana, que por sua natureza é inalienável e indisponível, que consubstancia o direito à liberdade ética de autodeterminação e à autonomia individual, no entanto, em alguns casos, pode haver um conflito entre a autonomia do paciente e a beneficência do médico.

Pertinente ao tema das diretivas antecipadas, encontra-se o direito dos profissionais de saúde à recusa de desempenhar condutas ou tratamentos que contrariem sua consciência moral ou profissional, denominada objeção de consciência, disciplinada, juntamente com recusa terapêutica por pacientes, pela Resolução CFM nº 2.232/2019²⁶⁸.

Em seu art. 7º, a resolução supramencionada assevera ser direito do médico a objeção de consciência e no art. 8º traz a conceituação dessa conduta, ao afirmar que se trata de direito do médico de abstenção de atendimento diante de recusa terapêutica do paciente, quando a prática

²⁶⁸ Além disso, a objeção de consciência é direito do médico assegurado no Capítulo II, inciso IX, do Código de Ética Médica, Resolução CFM n. 2217, de 27/09/2018.

de atos médicos, ainda que autorizados por lei, contrarie princípios de sua consciência. Contudo, no exercício desse direito, o profissional deverá comunicar o fato ao seu diretor técnico, no intuito de assegurar a continuidade da assistência a ser efetuada por outro médico (art. 9º).

Como já demonstrado neste trabalho, o fundamento das diretivas antecipadas de vontade respalda-se na autonomia do paciente. Se por um lado, busca-se assegurar a autonomia do paciente, inclusive com fundamentos constitucionais para tanto, de outro, não se pode obrigar o profissional da saúde a praticar aquilo que fere seus princípios e ditames éticos, filosóficos e até religiosos, sob pena de tolher-lhe sua autonomia.

Dessa forma, a objeção de consciência figura como mecanismo assecuratório da integridade moral do profissional da saúde, mormente nas hipóteses de tensão entre a prática ou abstenção de ato médico e suas crenças e convicções pessoais. A literatura a respeito do tema apresenta que se refere a uma tutela aplicada em situações limítrofes, em que o profissional de saúde se sente moralmente ofendido na hipótese de continuidade do procedimento ou atendimento²⁶⁹.

Nesse sentido, o profissional, denominado objeitor, diante de uma situação de conflito entre seus valores éticos, filosóficos e religiosos e a prática ou abstenção de determinado ato médico, poderá valer-se desse direito para fundamentar o não cumprimento de um dever legal ou administrativo. Contudo, na objeção de consciência não há espaço para discussão de qual interesse deverá prevalecer, mas simplesmente por motivo de consciência pode abster-se da prática do ato sem que haja possibilidade de responsabilidade civil, criminal e/ou administrativa.

Portanto, antes mesmo de apreciar eventual responsabilidade pelo descumprimento, pertinente se faz a análise das circunstâncias que permeiam os fatos, no intuito identificar se não se trata de uma das hipóteses de objeção de consciência, situação em que não haverá responsabilidade médica se realizada em conformidade com a lei.

4.2 Consequências do descumprimento por fatos imputáveis ao destinatário da declaração

Como visto em notas anteriores, a manifestação de vontade, previamente realizada por intermédio das diretivas antecipadas de vontade, constitui uma forma de externalização e antecipação do exercício do consentimento informado ou dissentimento e sua inobservância acarretará diversas consequências – civil, penal e administrativa – que serão tratadas nesse capítulo.

²⁶⁹ DINIZ, Débora. Bioética e gênero. *Revista Bioética*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 207-216, 2008. p. 209.

O exercício da autonomia pessoal no âmbito das relações médicas é denominado pela doutrina como consentimento, nos casos de autorização para realização da prática médica ou dissentimento para os casos de recusa. Em termos de diretivas, é possível afirmar a existência dos dois casos, visto que o conteúdo de tais instruções pode abarcar tanto aquelas no intuito de se realizar tudo o que estiver ao alcance para o prosseguimento do tratamento de doença, quanto a recusa aos tratamentos fúteis e inúteis, nesse contexto, confirma-se o dissentimento.

O não cumprimento ou o cumprimento defeituoso das diretivas antecipadas de vontade pode ocorrer por diversos fatores, intencionalmente ou não. A falta de comunicação sobre sua existência em situação emergencial constitui uma das causas mais comuns de inobservância das diretivas, mormente as ordens de não ressuscitar e não intubar. Isto porque, em muitos casos, o paciente padece repentinamente de um ataque cardíaco ou derrame e, de acordo com a experiência dos profissionais de saúde, essas situações geralmente ocorrem durante a noite, quando da ausência da família e do médico do paciente.

A partir desse momento, todos os enfermeiros, médicos disponíveis, fisioterapeutas enveredam seus esforços para a ressuscitação, no intuito de salvar a vida. No anseio de prestarem os cuidados ao paciente, a ordem de “não ressuscitar” ou “não intubar” pode não ser apreciada, ainda mais se a intercorrência se der no início de um turno ou antes da equipe de enfermagem se inteirar de todos os pacientes, pois a existência, bem como o conteúdo das diretivas antecipadas pode não ser conhecida até que o quadro médico seja revelado ou que um membro da família seja chamado. Nessa conjuntura, por exemplo, o paciente pode ter sido ressuscitado e estabilizado, ainda que contrariamente à sua vontade previamente manifestada. Alguns hospitais, a fim de evitar essas ocorrências, se utilizam de um mecanismo de identificação, como uma pulseira colocada no paciente a partir do ingresso no hospital, com o propósito de cientificar a todos da equipe médica que o indivíduo não deseja ser ressuscitado ou intubado.

O descumprimento das diretivas pode decorrer de outras questões, que não apenas a falha de comunicação. Algumas pesquisas americanas sobre o tema reportam que apenas 36% (trinta e seis por cento) das pessoas que elaboraram suas diretivas têm tal informação anotada em seus registros médicos e menos de 1% (um por cento) continha o documento preenchido em seu quadro médico. Essas pesquisas revelaram que os cuidados médicos no final da vida, geralmente não se harmonizam com a escolha do paciente, até mesmo nas hipóteses em que se tenha conhecimento da existência das diretivas antecipadas²⁷⁰.

²⁷⁰ SAITTA; HODGE JR., 2011.

Outros estudos indicaram que a ambivalência da própria profissão, comumente, enseja o descumprimento da última vontade do paciente por diversos motivos, tais como o medo da responsabilização, a percepção de que as diretivas se inferem em controle adicional desnecessário, bem como interferem nas ações da equipe médica e, por fim, a sensação de que essas diretrizes contestam, ainda que implicitamente, o julgamento do médico sobre os melhores interesses de seu paciente²⁷¹.

Ao relatar sobre o tema, Hodge aponta para as questões pessoais do médico, que muitas vezes pode crer firmemente que toda a vida vale ser vivida e salva e, nessa perspectiva, empregará todos os esforços necessários, até mesmo o autor chama atenção para o fato de que, como aluno do curso de medicina, este indivíduo foi ensinado que a vida é um bem sobremodo precioso e, neste contexto, deverá realizar tudo o que estiver ao seu alcance para a melhoria da vida do paciente. Ademais, o próprio juramento de Hipócrates, realizado na colação de grau do curso de medicina, o médico promete que: “Eu irei prescrever tratamentos para o bem dos meus pacientes de acordo com a minha habilidade e meu julgamento e nunca farei dano a ninguém”. Não é incomum a doença configurar um desafio e a morte do paciente ser considerada um fracasso do médico, assim, nesse cenário, o médico pode exceder seus limites e, intencionalmente, descumprir a última vontade do paciente²⁷².

Dessa forma, várias são as causas que concorrem para o descumprimento ou cumprimento defeituoso das diretivas antecipadas de vontade. Nesse sentido, há uma urgência na realização de uma construção teórica capaz de atribuir força vinculatória a essa vontade previamente estabelecida pelo paciente, bem como arrolar as consequências de sua inobservância.

²⁷¹ SAITTA; HODGE JR., 2011.

²⁷² “Em casos excepcionais, o prestador de serviço de saúde pode ter particularmente um forte preconceito moral de que toda vida vale a pena ser salva e que tudo dentro do possível deverá ser feito para todos os pacientes. Ao longo de seus treinamentos, os alunos são ensinados que a vida é preciosa e que eles estão lá para fazer tudo na melhor habilidade para melhorar a vida de seus pacientes. Na conclusão do curso de medicina, alguns fazem o juramento de Hipócrates (“... Eu irei prescrever tratamentos para o bem dos meus pacientes de acordo com a minha habilidade e meu julgamento e nunca farei dano a ninguém...”) para confirmar seu compromisso. Em alguns casos, a doença se torna um desafio e se o paciente morre, o médico se considera um fracasso. Nessas situações, o médico pode exceder seus limites e intencionalmente ignorar a ordem de não ressuscitar/não intubar” (tradução livre).

“In rare instances, a health care provider may have a powerful personal moral bias that all life is worth saving and that everything possible should be done for every patient. All through their training, “physicians-to-be” are taught that life is precious and they are to do everything to their best ability to improve the life of their patients. At the conclusion of medical school, some take the Oath of Hippocrates (“... I will prescribe regimens for the good of my patients according to my ability and my judgment and never do harm to anyone. ...”) to affirm this commitment. In some cases, disease becomes a challenge and if a patient dies, the physician perceives themselves as a failure. In these situations, the physician may exceed their boundaries and intentionally ignore the DNR/DNI order. Despite possible feelings of moral obligations, physicians are ultimately required to assess the degree of severity of the patient and treat the person accordingly. This, in and of itself, may affect a physician’s prescribed course of treatment”. SAITTA; HODGE JR., 2011.

4.2.1 Responsabilidade penal e administrativa

Ao longo do trabalho foram analisados os limites do exercício da autonomia privada do paciente no ato de elaboração de suas diretivas antecipadas, bem como a extensão de seu conteúdo. Do mesmo modo, ao definir sua natureza jurídica, negócio jurídico unilateral, assim como sua função de materialização prévia de consentimento ou dissentimento informado, a inobservância injustificada por ato da equipe médica poderá ensejar responsabilidade penal.

O Código Penal Brasileiro tipifica o constrangimento ilegal no art. 146, ao estabelecer que a conduta de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda. Esse tipo penal prevê a pena de detenção de três meses a um ano, ou multa. Existe uma causa de aumento de pena no §1º, que será aplicada em dobro para os casos em que se reúnem mais de três pessoas ou há o emprego de armas e o §3º exclui a possibilidade de subsunção nos casos de intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, desde que justificada por iminente perigo de vida.

Na apreciação sobre esse tipo penal, Cezar Bittencourt aponta que o bem jurídico tutelado nessa norma proibitiva consiste na liberdade individual ou pessoal de autodeterminação. Em outras palavras, a liberdade da pessoa de fazer ou não fazer aquilo que lhe aprouver, obviamente que observados os limites da ordem jurídica²⁷³. Prossegue o autor ao afirmar que a norma visa tutelar a liberdade psíquica, que constitui na livre formação de vontade, ou seja, ausência de coação e a liberdade física, isto é, a liberdade de movimento e assevera: “a liberdade e o direito de querer e atuar (agir ou não agir), de acordo com as condições pessoais e individuais de cada um”²⁷⁴.

No que tange ao sujeito ativo, trata-se de crime comum, ou seja, qualquer pessoa pode cometer esse crime. De outra banda, o sujeito passivo também pode ser qualquer pessoa, todavia, o autor assinala que é imprescindível que a vítima tenha capacidade de sentir a violência e motivar-se com ela, em outros termos, que seja dotada de capacidade de conhecer e autodeterminar-se de acordo com esse conhecimento^{275,276}.

²⁷³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial (Arts. 121 a 154-B). Crimes contra a pessoa. 20. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 519.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 519.

²⁷⁵ Nesse panorama, a doutrina exclui da sujeição passiva do constrangimento ilegal os enfermos mentais, as crianças e os deficientes intelectuais de todo o gênero.

²⁷⁶ BITTENCOURT, op. cit., p. 521.

Em sede de diretivas antecipadas de vontade, o paciente emitiu a declaração, bem como as diretrizes para a terminalidade de vida quando estava em plenas condições de se expressar, do mesmo modo que a emissão dessa vontade ocorreu de forma livre e desembaraçada, sem interferências em seu querer. Em que pese haver um recorte temporal entre a elaboração das diretivas e a produção de seus efeitos, certamente que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal intitulado constrangimento ilegal é a liberdade de autodeterminar-se. Por essa razão, ainda que exista um lapso entre a manifestação de vontade e o momento de interferência médica, parece adequado afirmar que o consentimento previamente prestado ou o dissentimento anteriormente manifestado deve ser observado, sob pena de lesão à liberdade do paciente de autodeterminar-se, por conseguinte configuração do ilícito de constrangimento ilegal²⁷⁷.

Existe uma linha tênue entre o constrangimento ilegal e o crime de lesão corporal, mas o tema apresenta muito mais proximidade ao direito de liberdade individual, que, por sua vez, é tutelada no tipo de constrangimento ilegal, do que a incolumidade física propriamente dita.

A adequação típica respalda-se no verbo *constranger*, ou seja, o núcleo do tipo implica obrigar, forçar, impedir, coagir a pessoa a fazer ou deixar de fazer alguma coisa contrariamente à sua vontade, sem fundamento legal ou jurídico para tanto. O constrangimento pode se revelar como a prática ou abstenção de ordem pessoal, moral, física, social ou de qualquer natureza profissional, econômica, comercial, jurídica etc. Em suma, o constrangimento ilegal alcança toda intimidação à livre determinação de vontade.

Acerca das formas ou meios de execução, o Código Penal dispõe sobre a violência, seja ela física seja moral, a grave ameaça e para o que interessa ao tema objeto de estudo, “qualquer outro meio, reduzindo-lhe a capacidade de resistência”. Essa modalidade de constrangimento, atua em um plano residual, ou seja, desde que não tenha havido violência ou grave ameaça, contudo comprometem ilicitamente a liberdade da vítima. Nesse conceito de outros meios, estão inseridas ações químicas, estranhas ameaças, que repercutem na autonomia e consciência e exemplifica: o emprego de inebriantes, entorpecentes ou simulares,

²⁷⁷ Não se pode ignorar que a questão da atualidade das diretivas pode, por vezes, ensejar algumas dúvidas a respeito da real vontade do paciente. Todavia, conforme já apreciado no capítulo anterior, existem algumas formas de se buscar assegurar a observância da vontade real do indivíduo, porém na esfera cível. Por outro lado, na esfera penal, regido por estatuto e disciplinas próprias, a dúvida a respeito da observância ou não das diretivas ensejará na interpretação mais favorável ao réu, logo, ao ofensor. Dessa forma, apenas haverá configuração do ilícito penal nos casos de inexistência de dúvidas a respeito da aplicabilidade, conteúdo e alcance das diretivas e ainda assim, dolosamente o agente as descumpra sujeitando o corpo da vítima à sua vontade e não à vontade previamente estipulada.

máquina da verdade ou pílulas de confissão, “destinadas a violentar a vontade e a liberdade do ofendido”²⁷⁸.

Concernente ao disposto no inciso II, do §3º, do artigo em comento, independentemente de sua natureza jurídica²⁷⁹, Nelson Hungria em suas lições nomina de tratamento arbitrário e reconhece que apenas haverá licitude da conduta quando justificada por iminente perigo de vida. Prossegue que não se trata de qualquer perigo à saúde, muito menos um remoto ou incerto perigo de vida, mas que a intervenção médica ou cirúrgica faz-se necessária, urgente, inadiável, para afugentar a iminência da morte do paciente²⁸⁰.

Para o autor, o tratamento arbitrário e, portanto, ilícito, somente será afastado nos casos em que exista uma realidade objetiva e concreta de perigo de vida, que de acordo com a literatura médica, será afastado ou amenizado com o tratamento a ser administrado. Importa registrar:

Não é suficiente uma possibilidade mediata do evento letal ou condicionada a eventuais complicações. Torna-se desautorizado o tratamento arbitrário mesmo nos casos que, embora previsível a morte do enfermo, tenha este um período mais ou menos prolongado de sobrevivência.²⁸¹

Por conseguinte, ao se considerar que as diretivas antecipadas encontram-se limitadas por normas de ordem pública, que podem ser materializadas, por exemplo, com a vedação da eutanásia e o auxílio ao suicídio, bem como atuam no âmbito dos cuidados paliativos, vedada a obstinação terapêutica, revela-se que o tratamento arbitrário, nas hipóteses das diretivas antecipadas, configura prática ilícita, subsumida ao tipo penal de constrangimento ilegal, não se lhe aplicando o contido no inciso II, do §3º, do artigo 146, do Código Penal Brasileiro²⁸².

Do mesmo modo, a inobservância injustificada das diretivas antecipadas ensejará consequências administrativas disciplinares aos profissionais de saúde, com destaque aqui para os médicos. Primeiramente, urge distinguir que o exercício da medicina pelo profissional pode se dar de forma autônoma, sem qualquer vínculo empregatício, ou ainda mediante

²⁷⁸ BITTENCOURT, 2020, p. 524.

²⁷⁹ A doutrina diverge se estado de necessidade ou legítima defesa de terceiro.

²⁸⁰ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. (Arts. 137 ao 154, v. VI). p. 179.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 179.

²⁸² Na Áustria, a violação do direito de autodeterminação do paciente possui um tipo penal específico, a esse respeito: “No sistema legal Austríaco, uma violação ao direito do paciente de ser livre de tratamentos médicos é ainda reconhecida como crime (seção 110 do Código Penal Austríaco)” (tradução livre). “In the Austrian legal system, a violation of the patient’s right to be free of unwanted medical treatment is even regarded as a criminal offence (section 110 of the Austrian Penal Code)”. BERNAT, Erwin. The living will: Does na advance refusal of treatment made with capacity always survive any supervening incapacity? **Medical Law International**, v. 4, n. 1, p. 1-21, 1999. p. 3.

subordinação a um empregador, quer sujeito ao regime estatutário, geralmente quando integrante dos quadros do funcionalismo público, quer ao regime celetista, sendo mais comum quando o exercício da atividade ocorre no âmbito da iniciativa privada, contudo não se trata de exclusividade, visto que pode haver essa espécie de regime jurídico também na Administração Pública.

Todavia, em todos os casos, encontra-se sujeito aos efeitos do exercício do Poder Disciplinar, isto porque este poder consiste na faculdade de punir internamente os ilícitos administrativos, ou seja, as infrações funcionais dos servidores e demais indivíduos subordinados à disciplina dos órgãos e serviços da Administração. Prossegue o autor, é uma supremacia típica que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração, independentemente na natureza da relação, sujeitando-se às normas de funcionamento do serviço ou do estabelecimento que passam a integrar definitiva ou transitoriamente²⁸³. Portanto, a responsabilidade disciplinar pode ocorrer no âmbito da vinculação e subordinação direta à Administração Pública e/ou no âmbito da competência disciplinar dos conselhos de classe.

Na qualidade de servidor ou empregado público, o médico responde administrativamente pelos ilícitos administrativos, que devem estar previamente tipificados na legislação estatutária ou em leis específicas – nos casos de empregado público – celetista. Isto porque o próprio regime administrativo assim exige, aliás, subordinado aos princípios da Administração Pública arrolados no art. 37, da Constituição Federal, inaugurado pela legalidade.

Nestes casos, a apuração da infração será realizada pela própria Administração Pública, mediante instauração de procedimento administrativo previamente previsto em lei, que varia entre o procedimento sumário, aí inserida a verdade sabida e a sindicância, e o processo administrativo disciplinar, que será determinado de acordo com a penalidade em abstrato para a respectiva infração.

No que toca às penalidades em espécie, cada estatuto ou legislação específica dispõe a tipificação da conduta e a respectiva penalidade. A título exemplificativo, o estatuto dos servidores públicos federais²⁸⁴ prevê as penas de advertência, destituição de cargo em

²⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 108.

²⁸⁴ Lei nº 8.112/90, art. 127: Art. 127. São penalidades disciplinares: I - advertência; II - suspensão; III - demissão; IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade; (Vide ADPF nº 418), V - destituição de cargo em comissão; VI - destituição de função comissionada. Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97). Art. 130. A suspensão será aplicada em caso de

comissão, destituição de função comissionada, suspensão, demissão e cassação de aposentadoria. Ademais, por se tratar de penalidade, não se pode empregar analogia para tipificação ou aplicação de penalidade.

À primeira vista, a inobservância das diretivas antecipadas de vontade por parte de médico, servidor ou empregado público, ao menos no âmbito federal, ensejaria a infração de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, sujeita à aplicação de pena de advertência, nos moldes do art. 129, da Lei nº 8.112/90. Isto porque, como se verá nas próximas linhas, a regulamentação da atividade médica realizada no âmbito dos conselhos de classe determina o respeito da autonomia pessoal e vontade do paciente.

A Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, que dispõe sobre os Conselhos de Medicina e dá outras providências, em seu art. 1º, estabelece que o Conselho Federal de Medicina e os Conselhos Regionais constituem autarquias públicas, dotadas de personalidade jurídica de direito público, com autonomia²⁸⁵ administrativa e financeira. Na sequência, no art. 2º, a referida lei assevera que a essas autarquias competirão a supervisão da ética profissional e o exercício do poder disciplinar da classe médica, do mesmo modo que lhes cabem o zelo e o trabalho para o perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.

Autarquia pública é conceituada por Di Pietro como pessoa jurídica de direito público, instituída por lei, com capacidade de autoadministração, para o desempenho de serviço público descentralizado e submetido ao controle administrativo exercido nos limites da lei. Essa pessoa jurídica é titular de direitos e obrigações próprias, distintos daqueles que pertencem ao ente que a instituiu e por assumir a natureza pública, sujeita-se ao regime jurídico de direito público, particularmente quanto à sua criação, extinção, poderes, prerrogativas, privilégios e sujeições e suas características podem ser resumidas na necessidade de criação por lei, personalidade jurídica pública, capacidade de

reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias. Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: I - crime contra a administração pública; II - abandono de cargo; III - inassiduidade habitual; IV - improbidade administrativa; V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; VI - insubordinação grave em serviço; VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos; IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; XI - corrupção; XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

²⁸⁵ A doutrina adverte a respeito da utilização do termo autonomia para as autarquias, ao passo que estas não possuem poder para criar o próprio direito, mas apenas a capacidade de se autoadministrar a respeito das matérias específicas que lhe forem entregues pela pessoa pública política que as instituiu. Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 533.

autodeterminação, especialização dos fins ou atividades e sujeição ao controle ou tutela²⁸⁶. Portanto, atua no âmbito da descentralização da prestação do serviço público por uma pessoa dotada de capacidade e peculiaridades a exercer essa prestação específica.

O Código de Ética Médica, ao arrolar os princípios fundamentais, estabelece no inciso VI, que o médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e agirá sempre em seu benefício, ainda que após a morte. Veda a aplicação de seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, ou para o extermínio de vidas ou para consentir e encobrir investidas contra sua dignidade e integridade.

Por sua vez, o inciso XIX assevera que o médico se responsabilizará, pessoalmente, por seus atos profissionais decorrentes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência, ao passo que o inciso XXI dispõe a respeito do processo de tomada de decisões profissionais e, nesse sentido, determina que o médico aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, condicionadas a adequação ao caso e cientificamente reconhecidas, ressalvada a objeção de consciência e as vedações legais²⁸⁷.

Vale destacar o princípio estampado no inciso XXII, que versa sobre quadros irreversíveis e terminais. Nessas situações, a norma estipula que o médico evite a administração de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e assegurará aos seus pacientes os cuidados paliativos apropriados, complementado pelo inciso seguinte que versa sobre o princípio da beneficência, ou seja, agirá de modo a conferir maior benefício ao doente.

Por fim, o inciso XXV versa sobre as novas tecnologias e dispõe que sua aplicação levará em conta os reflexos tanto nas gerações presentes quanto nas futuras, bem como a necessidade de o médico zelar para que não haja discriminação às pessoas, mormente por questões de herança genética e determina a proteção de sua dignidade, identidade e integridade.

O capítulo III versa sobre a responsabilidade profissional e é inaugurado pelas vedações ao médico. Já no art. 1º há uma norma proibitiva de causar dano ao paciente, quer

²⁸⁶ DI PIETRO, 2020, p. 516-533.

²⁸⁷ Importante registrar aqui que, conforme discorrido em notas anteriores, o médico tem o direito de recusar a prática de intervenções se tais contrariam ditames de sua consciência, salvo quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente ou na ausência de outro médico que possa realizar essa intervenção. Portanto, a objeção de consciência é direito do médico, nos casos e limites assegurados pelo Código de Ética Médica, não podendo haver sua responsabilização pelo exercício desse direito. Do mesmo modo, o médico não será responsabilizado pela recusa de observância da vontade previamente manifestada pelo paciente quando esta esteja em desacordo com os ditames legais, a exemplo de atos que se amoldem no conceito de eutanásia e/ou suicídio assistido.

por ação quer por omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. O art. 13 veda a prática de abstenção de esclarecimento ao paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença e no art. 14, a prática ou indicação de atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no país.

Ao discorrer a respeito dos direitos humanos, esse diploma legal em seu capítulo IV, a partir do art. 22 veda ao médico a conduta de não adquirir o consentimento esclarecido do paciente ou de seu representante legal, ressalvado o perigo atual de morte. Obriga o profissional a denunciar a prática de tortura ou de procedimentos degradantes, desumanos ou cruéis, praticá-las, assim como ser conivente com quem as realize ou proporcionar meios, instrumentos, substâncias ou conhecimentos que as facilitem (art. 25).

Na sequência, o Código de Ética Médica trata da relação com pacientes e familiares e inaugura o capítulo com a vedação do médico de desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente a respeito da realização de práticas diagnósticas ou terapêuticas, exceto mediante iminência de morte (art. 31). Trata ainda, nesse capítulo, o veto de omissão de informações concernentes ao diagnóstico, os prognósticos, os riscos e objetivos do tratamento, senão nas hipóteses em que essa conduta tenha potencial de causar dano, situação na qual deverá fazê-las a seu representante legal (art. 34).

Esse capítulo se encerra com disposições a respeito de terminalidade de vida. Em seu art. 41, expressa a vedação de abreviação da vida do paciente, ainda que a seu pedido ou de seu representante legal. O parágrafo único assegura que, nos casos de doença incurável e terminal, o médico deve aprovisionar todos os cuidados paliativos disponíveis sem dispensar ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando-se sempre em conta a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

No que concerne às penalidades, que serão aplicadas pelos Conselhos Regionais de Medicina, tais estão arroladas no art. 22, da Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957:

Art. 22. As penas disciplinares aplicáveis pelos Conselhos Regionais aos seus membros são as seguintes:

- a) advertência confidencial em aviso reservado;
- b) censura confidencial em aviso reservado;
- c) censura pública em publicação oficial;
- d) suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias;
- e) cassação do exercício profissional, *ad referendum* do Conselho Federal.

O parágrafo primeiro do artigo supramencionado determina que a imposição das penalidades observará a ordem gradativa prevista no artigo, salvo quando houver manifesta gravidade da conduta que exija aplicação imediata de sanção mais gravosa.

Para a doutrina administrativista, dentre eles Bandeira de Mello, a fim de que o exercício do poder disciplinar seja validamente instituído e aplicado, carece atender a alguns princípios básicos, tais como o princípio da legalidade, princípio da anterioridade, princípio da tipicidade, princípio da exigência de voluntariedade e particularmente quanto às sanções, além desses princípios supramencionados, devem observância ainda aos princípios da proporcionalidade, do devido processo legal e da motivação²⁸⁸.

Contudo, cumpre advertir a respeito do princípio da tipicidade. Isto porque em uma primeira leitura, parece que a norma cumpriu seu dever de prever antecipadamente as infrações administrativas, bem como as sanções ante a inobservância. Porém, vale salientar que a norma se limitou a estabelecer um rol de penalidades administrativas, da mesma forma que uma suposta ordem gradativa, que poderá ser preterida em casos de condutas mais gravosas. Parece que não andou bem o legislador ao disciplinar dessa forma, pois diante dos casos concretos a aplicação da penalidade poderá ensejar insegurança.

Ao discorrer sobre o princípio da tipicidade, Bandeira de Mello afirma que é imprescindível que a lei informe de maneira clara aos administrados a que consequências estarão sujeitos na hipótese de descumprirem as normas pertinentes. Cumpre registrar seu posicionamento:

É óbvio que esta prévia ciência há de ser algo real, consistente, e não uma paródia, um simulacro de informação sobre o que, deveras, está previsto como sendo específico gravame que deverá incidir. Veja-se: ninguém consideraria obediente ao princípio da legalidade a norma penal que estabelecesse para os crimes em geral, ou mesmo para um dado crime, dependendo da sua gravidade, sanções que iriam de 2 meses a 30 anos de pena privativa da liberdade. Regramento de tal ordem, em rigor de verdade, não estaria previamente noticiando ao administrado a consequência jurídica imputável à conduta ilícita. [*sic*]²⁸⁹

O exemplo citado pelo autor administrativista muito se assemelha ao caso das infrações e sanções administrativas previstas no âmbito dos conselhos de classe de medicina. Isto porque não existe o correspondente necessário entre o ilícito administrativo e a sanção respectiva, ao contrário, apenas um preceito genérico informando que as penas serão aplicadas seguindo a ordem gradativa da lei, salvo conduta mais gravosa. Nota-se que essa generalidade da norma além de trazer insegurança ao administrado, confere ampla liberdade à autoridade administrativa competente para aplicação da penalidade.

²⁸⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 56, de 10/12/2007, 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 837.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 837.

Exemplificando. A inobservância da autonomia do paciente, bem como o desrespeito das diretivas antecipadas de vontade, encontram-se tipificados no inciso XXI, do capítulo dos princípios fundamentais, nos artigos 13, 14 e 43 do Código de Ética Médica (CEM), contudo, a respectiva penalidade para o cometimento dessas infrações pode variar de uma simples advertência confidencial em aviso reservado à cassação do exercício profissional, *ad referendum* do Conselho Federal, a depender do entendimento da autoridade administrativa a justificar a gravidade da infração.

Apesar das limitações impostas pelo sigilo profissional e direito à intimidade das partes envolvidas, foi possível realizar uma pesquisa de decisões administrativas que aplicaram as penalidades previstas em lei para o cometimento de infrações administrativas previstas no CEM, que caminham ao encontro da crítica realizada a respeito da generalidade das penalidades previstas, bem como da liberdade conferida à autoridade administrativa competente.

No primeiro caso, o médico realizava atendimento de pacientes de clínica privada em instituição pública e cobrava honorários pelos procedimentos realizados. Além disso, realizou atos proibidos e terapêutica molecular ainda experimental sem o consentimento livre e esclarecido do paciente, por tais infrações foi-lhe aplicada pena de censura pública em publicação oficial:

EMENTA: PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL. RECURSO DE APELAÇÃO. INFRAÇÃO AOS ARTIGOS 42, 65, 69, 94, 95 E 124 DO CEM: – É VEDADO AO MÉDICO: PRATICAR OU INDICAR ATOS MÉDICOS DESNECESSÁRIOS OU PROIBIDOS PELA LEGISLAÇÃO DO PAÍS. – É VEDADO AO MÉDICO: APROVEITAR-SE DE SITUAÇÕES DECORRENTES DA RELAÇÃO MÉDICO/PACIENTE PARA OBTER VANTAGEM FÍSICA, EMOCIONAL, FINANCEIRA OU POLÍTICA. – É VEDADO AO MÉDICO: DEIXAR DE ELABORAR PRONTUÁRIO MÉDICO PARA CADA PACIENTE. – É VEDADO AO MÉDICO: UTILIZAR-SE DE INSTITUIÇÕES PÚBLICAS PARA EXECUÇÃO DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS EM PACIENTES DE SUA CLÍNICA PRIVADA, COMO FORMA DE OBTER VANTAGENS PESSOAIS. – É VEDADO AO MÉDICO: REDUZIR, QUANDO EM FUNÇÃO DE DIREÇÃO OU CHEFIA, A REMUNERAÇÃO DEVIDA AO MÉDICO, UTILIZANDO-SE DE DESCONTOS A TÍTULO DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO OU QUAISQUER OUTROS ARTIFÍCIOS. – É VEDADO AO MÉDICO: USAR EXPERIMENTALMENTE QUALQUER TIPO DE TERAPÊUTICA, AINDA NÃO LIBERADA PARA USO NO PAÍS, SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS COMPETENTES E SEM CONSENTIMENTO DO PACIENTE OU DE SEU RESPONSÁVEL LEGAL, DEVIDAMENTE INFORMADOS DA SITUAÇÃO E DAS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS. MANUTENÇÃO DA PENA DE “CENSURA PÚBLICA EM PUBLICAÇÃO OFICIAL”. I- Comete infração ética o médico ao utilizar instituição pública para atendimento de pacientes de clínica privada e cobrar honorários pelo procedimento realizado com obtenção de vantagem financeira, bem como, praticar ato proibido pela legislação e usar terapêutica ainda experimental sem assinatura do devido consentimento informado e esclarecido. II- Recurso de Apelação conhecido e negado provimento.

ACORDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Conselheiros membros da 5ª Câmara do Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso interposto pelo apelante, mantendo a decisão do Conselho de origem, que lhe aplicou a pena de “CENSURA PÚBLICA EM PUBLICAÇÃO OFICIAL”, prevista na letra “c” do artigo 22 da Lei nº 3.268/57, por infração aos artigos 42, 65, 69, 94, 95 e 124 do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.246/88, DOU 26.01.1988), cujos fatos também estão previstos nos artigos 14, 40, 87, 64, 65 e 102 do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/09, DOU 13.10.2009), nos termos do voto do Sr. Conselheiro Relator. Brasília, 21 de agosto de 2013. (data do julgamento). PUBLICAÇÃO: D.O.U Nº 193, Seção I, p.191, em 04.10.2013. Origem: CRM-SC, Nº 011213, Ano: 2012, RECURSO AO PEP, Câmara – CFM, Relator: ALDEMIR HUMBERTO SOARES – SP.

Em caso semelhante, o médico realizou terapia experimental fora do ambiente de pesquisa em paciente e, do mesmo modo que o anterior, não havia o consentimento informado e esclarecido do paciente. Contudo, fora-lhe aplicada a pena de suspensão do exercício profissional pelo prazo de trinta dias.

EMENTA: PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL. RECURSO DE APELAÇÃO. PRELIMINAR ARGUIDA: PRESCRIÇÃO; DOSIMETRIA DA PENA. INFRAÇÃO AOS ARTIGOS 123, 124, 127 E 142 DO CEM: É VEDADO AO MÉDICO: REALIZAR PESQUISA EM SER HUMANO, SEM QUE ESTE TENHA DADO CONSENTIMENTO POR ESCRITO, APÓS DEVIDAMENTE ESCLARECIDO SOBRE A NATUREZA E CONSEQÜÊNCIAS DA PESQUISA. É VEDADO AO MÉDICO: USAR EXPERIMENTALMENTE QUALQUER TIPO DE TERAPÊUTICA, AINDA NÃO LIBERADA PARA USO NO PAÍS, SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS COMPETENTES E SEM CONSENTIMENTO DO PACIENTE OU DE SEU RESPONSÁVEL LEGAL, DEVIDAMENTE INFORMADOS DA SITUAÇÃO E DAS POSSÍVEIS CONSEQÜÊNCIAS. É VEDADO AO MÉDICO: REALIZAR PESQUISA MÉDICA EM SER HUMANO SEM SUBMETER O PROTOCOLO À APROVAÇÃO E AO COMPORTAMENTO DE COMISSÃO ISENTA DE QUALQUER DEPENDÊNCIA EM RELAÇÃO AO PESQUISADOR. O MÉDICO ESTÁ OBRIGADO A ACATAR E RESPEITAR OS ACÓRDÃOS E RESOLUÇÕES DOS CONSELHOS FEDERAL E REGIONAIS DE MEDICINA. MANUTENÇÃO DA PENA DE “SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL POR 30 (TRINTA) DIAS”. I- Não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, pois a contagem do prazo prescricional tem seu início na data do conhecimento inequívoco do fato pelo Conselho Regional de Medicina, mas é interrompido pela apresentação da defesa prévia e com o julgamento condenatório, conforme determina o Código de Processo Ético-Profissional. II - A gradação da penalidade deve ser feita à luz das circunstâncias fáticas existentes nos autos do processo, podendo ser aplicada uma pena mais grave desde que o Conselho julgador explicita os seus motivos, na forma prevista no §1º do art. 22 da Lei 3.268/57. III – Comete falta ética o médico que no exercício da sua prática médica o faz utilizando tratamento experimental fora do ambiente de pesquisa, sem obter do paciente o seu consentimento informado após os devidos esclarecimentos. IV - Preliminares rejeitadas. V - Recurso de Apelação conhecido e negado provimento.

ACORDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Conselheiros membros da 1ª Câmara do Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso interposto pelo apelante, mantendo a decisão do Conselho de origem, que lhe aplicou a pena de “SUSPENSÃO DO

EXERCÍCIO PROFISSIONAL POR 30 DIAS”, prevista na letra “d” do artigo 22 da Lei nº 3.268/57, por infração aos artigos 123, 124, 127 e 142 do Código de Ética Médica, (Resolução CFM nº 1.246/88, DOU 26.01.1988), cujos fatos também estão previstos nos artigos 101, 102, 100 e 18 do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/09, DOU 13.10.2009), nos termos do voto do conselheiro relator. Brasília, 15 de abril de 2015. (data do julgamento). PUBLICAÇÃO: D.O.U Nº 131, Seção I, p.154, em 13.07.2015. Origem: CRM-SP001639, 2014, RECURSO AO PEP, Câmara CFM, Relator: JECÉ FREITAS BRANDÃO – BA.

Os casos em muito se assemelham, a diferença é que no primeiro caso, além de aplicar tratamento experimental sem o consentimento do paciente, o médico se valia de instituições públicas para atendimentos particulares e com cobrança de honorários, todavia, apesar de cometer mais infrações que no segundo caso, esse profissional foi penalizado com censura pública em publicação oficial, ao passo que o outro que não se valia da coisa pública para realizar terapias experimentais foi suspenso de suas atividades por trinta dias.

As penalidades são graduadas da letra “a” até “e”, nesse contexto, a pena de censura pública em publicação oficial pode ser considerada uma pena moderada, ao passo que se insere na letra “c”; e a suspensão do exercício da atividade pelo prazo de trinta dias está localizada na letra “d”, podendo ser qualificada como pena grave. Por fim, a última pena, cessação do exercício profissional, poderia ser adjetivada como pena gravíssima.

A realização de tratamento experimental, sem comprovação científica, sem o ambiente de pesquisa e a observância dos protocolos necessários, agravado pela ausência de informação e esclarecimento ao paciente, que de boa-fé confia na relação médico-paciente, revela-se, sobremodo, conduta grave e não é à toa que é proibida, inclusive em tratados internacionais, pois remete às barbáries realizadas em experimentos humanos datados do contexto de guerra mundial. A situação é igualmente agravada com a utilização da coisa pública e da presunção de observância de todos os protocolos exigidos para o exercício da atividade, porém para os julgadores tal conduta revelou-se mediana ou moderada, isto de acordo com a gradação da pena.

Obviamente, ao responsabilizar os profissionais médicos autores dessas condutas, prestigia-se os princípios gerais éticos²⁹⁰, visto que toda pesquisa ou experimento envolvendo

²⁹⁰ Em tese de doutorado, Rita de Cássia R. R. Espolador, ao discorrer sobre elementos conceituais e funcionais da Bioética, assinala que: “[...] a Bioética, desde seu início, apresenta vocação reguladora e não dogmática do comportamento humano, devendo ser entendida como um movimento da ética aplicada que promove reflexão filosófica sobre problemas morais, sociais e jurídicos propostos pelo desenvolvimento do progresso biotecnológico, visando a sistematização do tratamento dessas questões em princípio comuns, universais e não-absolutos, determinado a informação e a compreensão da ciência de maneira acessível a todos e imune a sensacionalismos”. ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. **Manipulação genética humana: o controle jurídico da utilização de embriões em pesquisas científicas**. 2010. 239 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 187. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24335/Rita%20Tarifa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 mar. 2021.

seres humanos devem estar norteados por três princípios éticos básicos: o respeito pela pessoa, a beneficência e a justiça. Léo Passini e Christian Barchifontaine ao discorrerem sobre esses princípios assinalam que o respeito pela pessoa se fundamenta no respeito à autonomia²⁹¹, ao partir do pressuposto do reconhecimento da capacidade de deliberação sobre suas escolhas pessoais e a tutela de pessoas com autonomia alterada ou reduzida, que demandam a maior proteção de danos e abusos²⁹². No que toca ao princípio da beneficência, tem-se a imposição da obrigatoriedade desse profissional de empreitar esforços que oportunizem benefícios ao pesquisado e minimizem os danos ou prejuízos²⁹³.

Esses autores trabalham conjuntamente com o conceito de beneficência e o da não maleficência. Por conseguinte, o primeiro versa sobre a obrigação de fazer, trazer o bem e os benefícios e o segundo recairia em uma prestação de não fazer, omitir-se de fazer o mal. Porém, existem autores que diferenciam os dois conceitos e o princípio da não-maleficência seria obrigação primária:

Uma é a obrigação de favorecer, outra a de não prejudicar. O modo de articular as duas tem variado ao longo da história. A tese mais tradicional foi a de que a obrigação imperativa do médico é favorecer, e o não prejudicar é uma obrigação subsidiária quando o favorecer não é possível. Modernamente, a tese é mais precisamente o contrário: a obrigação primária é não prejudicar, e nunca se faz o favorecer sem o consentimento do paciente²⁹⁴.

Assim, essas técnicas experimentais não podem trazer prejuízo e ainda que potencialmente possam conferir benefícios ao indivíduo, não está o pesquisador liberado de prestar as informações necessárias e colher seu consentimento. O terceiro princípio elencado é o da justiça, que se relaciona à justiça distributiva e, nesse sentido, haver a distribuição equânime tanto dos ônus como dos benefícios da pesquisa²⁹⁵, em suma, maximizar os benefícios com o mínimo de custo, estando inseridos nesse conceito de custos, o financeiro, o social, os emocionais e físicos. Afirma a doutrina bioética que a intervenção médica é justa nas hipóteses em que realiza a ponderação dos valores do paciente, sua capacidade para a tomada de decisão e sua unidade psicofísica²⁹⁶.

²⁹¹ A autonomia já fora devidamente conceituada no capítulo 2 o presente trabalho, no tópico da proteção constitucional da pessoa, como a capacidade de autogovernar-se de modo livre e sem interferências.

²⁹² BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Léo. **Problemas atuais de Bioética**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2000. p. 142.

²⁹³ Ibid., p. 142. Além disso, os autores relatam que esse princípio ensejou as normas que exigem que os riscos da pesquisa sejam razoáveis e proporcionais comparados aos benefícios esperados.

²⁹⁴ GRACIA, Diego. **Pensar a bioética: metas e desafios**. São Paulo: São Camilo; Loyola, 2010. p. 250.

²⁹⁵ BARCHIFONTAINE, op. cit., p. 143.

²⁹⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 5. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 97.

Além desses três princípios éticos, alguns autores, como Giovanni Berlinguer, elencam o princípio da responsabilidade. Para ele, o termo responsabilidade pode ser empregado para significações distintas. A primeira delas está associada à ideia de “empenho”, “consciência”, “escrúpulo”, “moralidade”, no entanto, o sentido que mais se prende à ciência é aquele que liga a palavra responsabilidade à culpa, qualidade de réu e erro. O autor assinala que cada um é chamado a responder na proporção direta ao seu saber e ao seu poder²⁹⁷.

Ao analisar esses princípios bioéticos percebe-se que a maior parte das vedações inseridas no Código de Ética Médica encontra respaldo e fundamentos nesses princípios e ao considerar a natureza geral e global desses princípios, especialmente pela proclamação do Relatório Belmont²⁹⁸, salta aos olhos a gravidade das condutas médicas de infrações relativas ao desprestígio da autonomia pessoal do paciente, ao praticar o ato sem prestar informações necessárias e colher o consentimento do paciente. Do mesmo modo, que ao realizar esses experimentos não havia maiores estudos a respeito dos benefícios e malefícios.

E a crítica que se faz a respeito das normas administrativas disciplinares caminha no sentido de a deficiência na observância do princípio da tipicidade, além de insegurança jurídica ao administrado e conferir amplos poderes à autoridade administrativa responsável pelo julgamento e pela aplicação da penalidade, fere outro princípio inerente à aplicação das penalidades, o princípio da proporcionalidade. Portanto, parece haver uma necessidade de revisão legislativa na previsão das infrações e respectivas penalidades no âmbito do CEM.

4.2.2 Responsabilidade civil do médico, procurador para cuidados de saúde e familiares

O exercício da medicina pode se dar de forma autônoma, mais comumente por meio de consultórios médicos, sem existência de vínculo empregatício, ou ainda na condição de empregado ou servidor, sob o regime jurídico celetista ou estatutário, respectivamente, a depender da subordinação em redes hospitalares privadas ou públicas. Contudo, em todos os casos é assegurado, quer pela Constituição Federal em termos genéricos no art. 5º, inciso XIII²⁹⁹, o livre exercício da profissão ou mais precisamente pelo Código de Ética Médica, a liberdade de atuação do médico.

²⁹⁷ BERLINGUER, Giovanni. A ciência e a ética da responsabilidade. **Arte e pensamento**, 2003. Disponível em: <https://artepensamento.com.br/item/a-ciencia-e-a-etica-da-responsabilidade/>. Acesso em: 17 mar. 2021.

²⁹⁸ Trata-se de um documento promulgado em 1978 como respostas a práticas inaceitáveis de experimentos humanos na Segunda Guerra Mundial e apresenta os princípios éticos que devem nortear a pesquisa biomédica.

²⁹⁹ XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Todavia essa liberdade, assim como muitos outros direitos, não é absoluta e diante de algumas circunstâncias pode esbarrar no direito do paciente a autodeterminação, bem como nas vedações arroladas pelo próprio CEM, registradas em tópicos anteriores. Por tal razão, além da responsabilidade penal e administrativa, esse profissional pode responder civilmente, obrigando-se a indenizar eventuais prejuízos, quer de natureza patrimonial ou extrapatrimonial.

A disciplina da responsabilidade médica não passa alheia à apreciação de obrigação de meios e de resultado. Rentería salienta que, em um primeiro momento, a classificação dessas vontades fundamentou-se na vontade expressa ou provável das partes, porém essa construção não se mostrou suficiente, emergindo o critério da álea, de modo que a obrigação é de meio nos casos em que o êxito do devedor no desempenho da atividade dependia de muitos fatores aleatórios; todavia, mais uma vez, esse método revelou-se inepto, visto que tanto nas obrigações de meio quanto nas de resultado há a sujeição a fatores externos e alheios ao devedor³⁰⁰.

Outra corrente milita para a necessidade de ponderação das finalidades contratuais e as expectativas das partes que se extraem da disciplina contratual. Nesse sentir, essa classificação traduz-se:

[...] embora sempre se exija do devedor o dever de diligência, em alguns casos este se revela o único elemento verdadeiramente exigível da obrigação – em uma palavra, seu objeto –, conforme se atribua maior ou menor grau de juridicidade ao dever de obter determinado resultado prático.³⁰¹

Sem embargo das inúmeras críticas a respeito dessa dicotomia de obrigações de meio e de resultado, com afirmação de parte da doutrina de que se mostra desnecessária³⁰², tal ainda é muito utilizada, mormente em sede de responsabilidade civil dos médicos, especialmente pelos tribunais. Além disso, pode ser empregada na identificação da prestação devida, bem como se houve ou não seu adimplemento.

³⁰⁰ RENTERÍA, Pablo. **Obrigações de meios e de resultado**: análise crítica. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 132.

³⁰¹ SOUZA, Eduardo Nunes de. Responsabilidade civil dos médicos e profissionais da saúde. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (org.). **Responsabilidade civil de profissionais liberais**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 31-78, p. 34.

³⁰² Alguns apontam que essa divisão é artificial e arbitrária, outros tal seria inútil, ao passo que toda obrigação está pautada no dever de diligência, aliás, constitui dever anexo de conduta, de modo que não se pode vinculá-lo apenas às obrigações de meio, da mesma forma que na própria obrigação de meio o credor busca um resultado útil, por conseguinte, o dever deve empregar seus melhores esforços para o cumprimento da prestação. Logo, toda a obrigação seria, ao mesmo tempo, de meio e de resultado. Neste sentido: RENTERÍA, op. cit., p. 132.

Do mesmo modo, esse dever de diligência não pode ser apreciado de forma isolada, não se trata de emprego de todas as técnicas e aquisições da ciência, mas, no dizer de José Dias Aguiar, de “prestação de cuidados conscienciosos”³⁰³, que deve ser sopesado à luz dos tratamentos fúteis e inúteis já ventilados em capítulos anteriores. Isto porque, apesar de estar disponível ao emprego da medicina, diante das circunstâncias que permeiam o caso concreto, tal técnica não trará nenhum benefício, ao contrário, apenas prejuízos ao moribundo.

Ademais, questão relevante também para o tema de responsabilidade médica é sua categorização em responsabilidade contratual ou aquiliana. Em suas lições, José de Aguiar Dias assevera que a responsabilidade do médico é contratual apenas nos casos em que há convenção, independentemente de contrato escrito e alude algumas hipóteses como “o chamado, seguido da visita, já estabelece o contrato”. Registra, ainda, que este contrato pode ser celebrado diretamente com o enfermo, com pessoa de sua família ou com terceiro, mediante estipulação em favor de terceiro, no caso o doente³⁰⁴.

De outra banda, dar-se-ia a responsabilidade aquiliana ou delitual nas hipóteses em que os membros da família não fizessem nenhuma estipulação e com a conduta médica viessem a experimentar dano, do mesmo modo nos casos em que, inexistente qualquer contrato, a conduta do médico se amolde aos conceitos de imperícia ou negligência, ou ainda mediante a recusa em tratamento de pessoa em perigo iminente, também na expedição de atestados falsos, quebra de sigilo profissional³⁰⁵.

Normalmente, no âmbito do estabelecimento de saúde, a prestação de cuidados ao paciente por profissionais devidamente habilitados, qualificados e dotados das competências pertinentes ao exercício de seu *mister*, pelo estatuto jurídico vigente impõe a esses profissionais alguns deveres específicos de natureza legal e contratual. Por essa razão, parece correto afirmar que a dogmática apropriada constitui a contratual, dotada de uma relação obrigacional complexa, em que se insere a prestação principal, prestações secundárias e deveres de proteção³⁰⁶.

Nesse sentido, o descumprimento ou cumprimento defeituoso, independentemente se a prestação principal, prestações secundárias ou dos deveres de proteção, implicará ilícito

³⁰³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 332.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 333.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 333.

³⁰⁶ Pode-se inserir nesse conceito de deveres de proteção, aqueles que decorrem do dever de segurança, tais como a observância do controle de infecção hospitalar, realizada por meio de comissões de controle de infecção hospitalar (CCIH), sendo que a Comissão Nacional de Prevenção e Controle de Infecção Relacionada à Assistência à Saúde (CNCIRAS), instituída pela Portaria nº 1.218/2012 (Anvisa).

contratual hábil a ensejar a aplicação do regime de responsabilidade civil, com consequente aplicação do dever de indenizar.

Essa identificação a respeito da natureza jurídica da responsabilidade se revela pertinente, ao passo que, na responsabilidade contratual há a presunção de culpa³⁰⁷ do devedor da obrigação pelo simples inadimplemento^{308,309}. O que implica dizer que haverá repercussão no ônus da prova, visto que competirá ao devedor demonstrar que não agiu com culpa. Ademais, não se pode ignorar a incidência do Código de Defesa do Consumidor (CDC) em grande parte das relações jurídicas entre médico e paciente.

Não é incomum a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos danos ocasionados pelo exercício da medicina, mormente pela doutrina e jurisprudência majoritárias. O fundamento para sua aplicação emerge do parágrafo 4º, do art. 14³¹⁰ do CDC:

³⁰⁷ No que toca à questão da responsabilidade objetiva e subjetiva, Giselda Hironaka, ao discorrer sobre a ampliação de horizontes conferida pelo Novo Código Civil Brasileiro aponta o código vigente “introduziu a imputação do dever de indenizar por atribuição meramente objetiva, sendo que não o fez pontualmente, em situações individualizadas, delimitadas, mas o fez como sistema geral, transmutando o caráter até então excepcional da responsabilidade objetiva em regra, isto é, em preceito legal geral”. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 140.

³⁰⁸ Além disso, na responsabilidade contratual os juros de mora são devidos a partir da citação, ao passo que na extracontratual a partir do evento danoso.

³⁰⁹ Art. 389, do CCB: Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

³¹⁰ O *caput* do art. 14 trata da responsabilidade do fornecedor de serviços. O CDC aplica-se aos planos de saúde, entendimento objeto da Súmula 469, do STJ, ressalvadas as hipóteses dos seguros saúde ou contratos de plano de saúde administrados por instituições de autogestão, visto que possuem finalidade lucrativa e constituem sistemas fechados, ao passo que os planos administrados não se encontram disponíveis ao mercado consumerista. Nesse sentido: STJ, REsp 1.684.207. Rel. Min. Hermann Benjamin, 2ª Turma, DJ. 10.10.2017 e STJ, AgInt no REsp 1.563.986, Rel. Min. Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, DJ 06.09.2017. Ademais, sempre bom lembrar que os planos de saúde respondem objetivamente pelos danos praticados pelos médicos credenciados, que no dizer da doutrina “agem, em verdade, como verdadeiros prepostos, pelos danos causados aos seus consorciados. Isto ocorre porque as empresas de planos de saúde, ao disponibilizarem uma relação de hospitais ou profissionais credenciados, há que ter se acerbado das garantias mínimas de que tais pessoas (físicas e jurídicas) estão aptas a prestar um serviço de boa qualidade, não podendo se eximir ao argumento de que a escolha foi feita pelo usuário dos serviços”. MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 175.

Oportunamente, ao julgar a respeito do tema, a Ministra Nancy Andrighi ressaltou que, em que pese o médico credenciado não constituir empregado do plano de saúde, mas verdadeiro prestador de serviços autônomos, tal apenas se reveste dessa função porque a operadora de saúde o contrata com vistas a atender a convênios, no intuito de obtenção de lucros. Para a ministra, além de ser objetiva, a responsabilidade também é solidária, uma vez que o plano de saúde contrata esse profissional para, em seu nome, prestar o serviço que aquela que se comprometeu com seus conveniados, que não se limitam a administração e cobertura de custos da prestação de serviço médico. Por conseguinte, avoca a obrigação de cumprir sua prestação por meio da disponibilização de profissionais qualificados e capazes de atenderem às regras científicas e técnicas existentes nas ciências médicas. Registra ainda: “Por isso, qualquer acidente de consumo, isto é, falha no serviço prestado pelo médico, impõe-se a responsabilidade pelos danos para a operadora e o médico, sendo que aquela responderá objetivamente em virtude do risco proveito assumido pela empresa que desenvolve esta atividade com a finalidade de lucro. Ocorrendo o prejuízo ao usuário-consumidor, independente de culpa do terceiro contratado, pelas leis civis, ou pelas leis trabalhistas a operadora responderá pelo acidente de consumo”. STJ, REsp 138.059 MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, J. 11.06.2001.

O mesmo entendimento poderá ser aplicado nos casos de hospitais privados, que também respondem objetiva e solidariamente pelos danos ensejados pelos médicos prestadores de serviço. Contudo, em que pese sua

“A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Assim, afastou o legislador consumerista a responsabilização desses profissionais de forma objetiva, ou seja, a responsabilidade civil dos médicos é subjetiva. Parece tal disposição guardar coerência com o próprio Código Civil Brasileiro, haja vista que o art. 951 disciplina os casos de indenização devida por aquele, que no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. Logo, a lei ao estabelecer que a conduta deve decorrer de negligência, imprudência ou imperícia acaba por exigir a demonstração de culpa por parte do ofensor.

Dessa feita, partindo-se da premissa de que o médico responde subjetivamente, a apreciação do ônus probatório se apresenta sobretudo pertinente. Como visto em linhas anteriores, a discussão a respeito da natureza da responsabilidade – se contratual ou aquiliana – reverbera na questão relativa a quem compete provar, visto que na primeira hipótese, o credor demonstra apenas o inadimplemento da obrigação, ao passo que ao devedor compete demonstrar que tal não ocorreu por sua culpa. No entanto, parece adequado afirmar, que ainda em se tratando de responsabilidade contratual, o ônus de provar a culpa, a princípio, cabe à vítima, até mesmo porque a legislação consumerista afirma que para a responsabilização do médico será realizada mediante a apuração de culpa. Portanto, quis o legislador que o autor da demanda demonstrasse a conduta culposa do profissional liberal.

Contudo, ao aplicar o CDC nas relações entre médico e paciente, outras questões adquirem maiores relevos, que podem ser dissociadas em matérias procedimentais e materiais. No primeiro caso, cita-se a possibilidade de inversão do ônus probatório em favor do paciente/consumidor, com fundamento no art. 6º, VIII desse código. Destaca-se, ainda, a

responsabilidade ser objetiva, é imprescindível a demonstração de culpa do médico. Ademais, para afastar a responsabilidade tanto dos planos de saúde, quanto dos hospitais, somente mediante a aplicação das excludentes de nexos de causalidade. Todavia, a matéria de responsabilização dos planos de saúde por erro médico recebe duras e fundamentadas críticas. A alegação de que o médico atua como preposto das operadoras de saúde ainda que com o simples credenciamento é rechaçada pela autonomia profissional dos médicos, assegurada até pelo Código de Ética Médica, que além de assegurar a autonomia, veda a possibilidade de renúncia à liberdade profissional e a imposições de restrições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho. Além disso, afirma que em nenhuma circunstância ou forma a medicina poderá ser exercida como comércio e o médico não poderá ser explorado por terceiros com objetivos lucrativos ou finalidade política ou religiosa. Essas críticas recaem também no que toca às relações jurídicas existentes, visto que o objeto do contrato entre usuário e a operadora dos planos de saúde constitui interesses patrimoniais: gestão e administração de custos e acesso aos serviços médico-hospitalares, ao passo que na relação entre médico e paciente, a prestação do serviço tem caráter existencial. A operadora não possui qualquer interferência na atuação profissional do médico, ainda que tenha apresentado a lista de credenciados, do mesmo modo que não existe dever de “controle” qualitativo do médico. Logo, as operadoras de saúde respondem objetivamente pelo vício ou defeito na prestação de serviços relacionados ao seu objeto de contratação, qual seja, gestão e administração de custos. Nesse sentido: TEPEDINO, Gustavo. *Sociedades Operadoras de Plano de Saúde e Responsabilidade Civil. Pareceres e Soluções Práticas. Revista dos Tribunais Online*, v. 1, p. 377-420, nov. 2011. DTR\2012\412.

aplicação do prazo prescricional para reparação dos danos causados pelo fato do serviço previsto no art. 27 (cinco anos) e da regra do domicílio do paciente/consumidor, art. 101, inciso I, *in casu*, autor da ação.

Relativamente aos cernes materiais, além dos deveres anexos de conduta que decorrem da cláusula geral da boa-fé – informação, cautela, advertência, segurança, entre outros -, cujo fundamento encontra-se no art. 422, do CCB, bem como o princípio da solidariedade, art. 3º, inciso I, da Constituição Federal, aplicam-se também os princípios elencados na lei consumerista, especialmente nos arts. 4º e 6º, naquilo que for cabível.

Ainda nessa seara, destaca-se a necessidade de fornecimento de prévio orçamento estampado no art. 40, do CDC, que de semelhante modo é exigido pelo art. 61, do Código de Ética Médica, que veda ao médico deixar de ajustar previamente com o paciente o custo estimado dos procedimentos. Do mesmo modo, a atividade publicitária da medicina também é regulamentada pelas disposições sobre a publicidade do CDC, até mesmo podendo se amoldar aos conceitos de publicidade enganosa e abusiva (art. 36 a 38, do CDC).

Dessa forma, os elementos materiais e procedimentais previstos no Código de Defesa do Consumidor, quando estendidas as relações jurídicas entre médico e paciente, implicam muitas vezes o enfraquecimento de outras discussões sobre a responsabilidade civil médica, particularmente a respeito de sua natureza, contratual ou aquiliana e obrigação de meio ou de resultado.

Não se pode ignorar que a aplicação do CDC no exercício da medicina acaba por agravar a responsabilidade do médico, especialmente porque essa norma trata de um verdadeiro sistema de proteção social a fim de tutelar o consumidor, que se reveste de posição de vulnerável por presunção absoluta. Contudo, essa disciplina, para o caso específico das relações médicas, deve ser vista com certa parcimônia. Ao tratar sobre o tema, a doutrina pondera que a proteção privilegiada ao indivíduo deve ser proporcional ao seu grau de vulnerabilidade diante de uma situação jurídica concreta. Prossegue ao relatar que é importante meditar se o paciente pode ser considerado vulnerável em relação ao médico, na mesma medida e nos mesmos moldes que o consumidor diante do fornecedor, e o autor alerta que o próprio afastamento, por parte da lei, da responsabilidade objetiva desses profissionais já sinaliza nesse sentido³¹¹.

Para o referido autor, o paciente pode se consubstanciar no conceito de hipossuficiente nas ações indenizatórias decorrentes de erro médico, visto que não detém o conhecimento técnico para a indicação da conduta médica culposa, de igual modo, não dispõe, na maioria

³¹¹ SOUZA, 2016, p. 42.

dos casos, dos prontuários, históricos clínicos, laudos de exames e demais documentos médicos probantes e sustenta que a atribuição do ônus de provar que sua conduta revelou-se a mais adequada para o caso, encontra maior substrato na carga dinâmica da prova, que determina a distribuição do ônus probatório entre todas as partes envolvidas no processo, proporcionalmente aos meios de prova³¹².

Pois bem. Como registrado em notas anteriores, as diretivas antecipadas de vontade constituem uma formalização e materialização prévia do consentimento ou dissentimento informado. Nesse sentido, sua inobservância implica violação do consentimento e/ou dissentimento informado, por esta razão, já foi apreciado em capítulo anterior que, para a elaboração dessas diretrizes, torna-se pertinente, ainda que não seja requisito formal, a participação de um médico.

Isto porque o consentimento deve ser livre e esclarecido, consiste em um processo constante de troca de informações entre o médico e o paciente, no intuito de proporcionar a participação ativa do doente em seu tratamento. O art. 22, do CEM, estabelece que o profissional de saúde deve obter o consentimento do paciente ou de familiar responsável após a elucidação do procedimento indicado e a ser realizado, excepcionadas as situações de risco iminente de morte.

Em matéria de responsabilização médica pela violação do consentimento informado ou nos casos de dissentimento, para fins de apreciação do pressuposto da ilicitude, até mesmo antes de se discutir a existência ou não de uma violação contratual, é importante frisar que esses direitos fundamentam-se em direito da personalidade, da autodeterminação do indivíduo e, como tal, independe de qualquer estrutura contratual em que se pratique o ato médico, ou seja, um contrato próprio dito de prestação de serviços médicos ou um atendimento emergencial em uma unidade pública de saúde.

Por conseguinte, o dever de obtenção do consentimento informado do paciente não se respalda em deveres contratuais previamente assumidos em contrato de prestação de serviços, mas decorre de disposição legal, ou seja, existe ainda que não se configure uma relação jurídica contratual. E, nesse sentido, a lesão a esse dever/direito encontra fundamento para fins de responsabilização civil na violação de direitos da personalidade do paciente, conforme já analisado no capítulo 2 deste estudo, ao tratar dos direitos da personalidade.

Em notas anteriores, discorreu-se sobre os direitos da personalidade relacionados às diretivas, bem como ao consentimento informado, dentre eles o direito à vida, à integridade física e mental e à liberdade que, por sua vez, está atrelada à autodeterminação da pessoa.

³¹² SOUZA, 2016, p. 43.

Dessa feita, ao descumprir seu dever, contratual ou não, de obter o consentimento informado do paciente, o médico lesiona o bem jurídico liberdade, vida e integridade física e mental, o que enseja a ilicitude de seu ato, ante a violação ilícita do direito de outro.

O consentimento informado é tratado pela Convenção de Oviedo (Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina), considerada por muitos como a Constituição do direito médico, no Capítulo II, inaugurado pelo art. 5º, que traz a regra geral ao prever que

*Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos.*³¹³

O artigo seguinte expõe sobre a proteção das pessoas que não possuem capacidade para prestar o seu consentimento, e a convenção reserva um artigo específico para tratar das pessoas com deficiência intelectual, que a lei nomina de perturbação mental (art. 7º). Na sequência, está a disciplina das situações de urgência, no sentido de que, ante a impossibilidade de colher o consentimento das pessoas, a intervenção médica seguirá aquilo que for indispensável para o benefício da saúde da pessoa em questão.

Por fim, o capítulo que aborda sobre o consentimento do paciente é encerrado pelo art. 9º, que versa sobre a vontade anteriormente manifestada, tema central desse trabalho. Diz a convenção: “*A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar sua vontade, será tomada em conta*”³¹⁴.

Ao discorrer sobre os bens jurídicos protegidos no âmbito do consentimento informado e os danos ressarcíveis, André Gonçalo Dias Pereira chama a atenção para a necessidade de separação das situações que permeiam o caso. Deve-se separar os casos em que houve a prestação do consentimento, mediante correta atividade informativa, neste caso, o médico somente responderá ante a violação negligente das regras da arte, visto que o consentimento válido enseja a transferência dos riscos da intervenção ao paciente. Todavia, nos casos em que não houve consentimento ou este se concretizou sem informações adequadas – o que vicia o ato – haverá responsabilização médica, independentemente da existência de danos corporais ou agravamento do estado de saúde do paciente³¹⁵.

Assinala o autor que os bens jurídicos tutelados alcançam o direito à integridade física e moral e o direito à liberdade, implicando dizer que os danos ressarcíveis não se limitam aos

³¹³ CONSELHO DA EUROPA, 1997.

³¹⁴ Ibid.

³¹⁵ PEREIRA, 2004, p. 121.

decorrentes da violação da liberdade de vontade, mas se estendem às dores, aos incômodos e à lesão da incolumidade pessoal³¹⁶.

A indicação da observância da vontade previamente manifestada no Capítulo 2 da Convenção em comento, que disciplina o consentimento, não deixa dúvidas de que as diretivas antecipadas de vontade constituem uma forma de materialização desse consentimento, conforme já defendido no capítulo dois desse trabalho. O que implica dizer que a inobservância dessa vontade anteriormente revelada enseja a violação ao direito do paciente ao consentimento informado que, por sua vez, está relacionado ao direito de autodeterminação do indivíduo e aos direitos de personalidade, integridade física e moral e liberdade. Eis, portanto, o pressuposto da ilicitude, necessário para fins de responsabilidade civil.

Antes de se adentrar à análise de danos propriamente dito, pertinente se faz a apreciação relativa às funções da responsabilidade civil, visto que ao se tratar dos danos, discutir-se-á se o direito creditício decorrente dessa violação é passível de transmissão.

De início, as funções de maiores destaques da responsabilidade civil podem ser indicadas como a função reparatória ou de compensação, que será definida de acordo com o interesse juridicamente violado e também a função preventiva. A reação ao ato ilícito, no intuito de ressarcimento à vítima, a reprimenda do *status quo ante* e a validação ou reafirmação do poder sancionatório do Estado, também estão inseridos na função preventiva, revelados como atos intimidatórios à repetição de atos prejudiciais a terceiros^{317,318}.

Em uma análise histórica a respeito dessas funções, Tereza Ancona indica cinco funções – o castigo do culpado, a vingança da vítima, a indenização do ofendido, o restabelecimento da ordem social e a prevenção de comportamentos antissociais –, contudo, atualmente, foram conservadas apenas as funções de indenização do ofendido e a prevenção por dissuasão³¹⁹.

De outra parte, alguns autores, a exemplo de José Aguiar Dias, não se valem da expressão “funções”, mas “efeitos” da responsabilidade civil. Nesse sentido, conceitua-os como mecanismos utilizados pelo legislador para asseverar a obediência à norma que se

³¹⁶ PEREIRA, 2004, p. 121-122.

³¹⁷ A indicação dessas funções não se encontra isenta de críticas, mormente quando da análise da lesão de interesses não patrimoniais, como direito da personalidade em que não há repercussão econômica e como se voltar ao estado anterior à violação.

³¹⁸ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **La responsabilità civile: prospettiva storica – colpa aquiliana illecito contrattuale; responsabilità oggettiva – rischio d’impresa prevenzione del danno**. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001. p. 22-23.

³¹⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 75.

empenha em fazer valer. Revestem-se de natureza acessória dessa norma para reforçar a regra, em suas palavras, “nada vale a regra sem a sanção” e podem se apresentar em sanções repressivas, que objetivam castigar o responsável e sanções restitutivas, que almejam a reconstituição ao estado anterior ao evento danoso³²⁰.

Na sequência desses apontamentos, passa-se ao exame de outro pressuposto da responsabilidade civil: o dano. O presente estudo toma como ponto de partida a compreensão de dano como lesão a interesse juridicamente tutelado, o que implica dizer que não está inserido nesse conceito qualquer lesão a interesse, mas somente aqueles casos que se encontram tutelados pela ordem jurídica, pois se trata de lesão que deve ser evitada ou reparada, o dano é antijurídico³²¹.

Ao conceituar danos, Couto e Silva fazem a distinção entre noção jurídica de interesse e dano, na concepção naturalista. Para o autor, a noção jurídica de interesse se revela importante, ao passo que definirá a extensão de dano que o indivíduo deverá indenizar. Isto porque, na hipótese de adoção do conceito naturalista de dano, as próprias leis da física seriam as responsáveis pelo estabelecimento dos critérios para a fixação dos limites do dano indenizável. Contudo, em que pese haver essa noção física e naturalista de dano, existe ainda a noção jurídica, consistente na indicação pela norma jurídica que destaca alguns fatos sociais para transformá-lo em situação jurídica³²².

Com efeito, a concepção de dano depreende todo prejuízo ou desvantagem, de cunho econômico ou não, suportada em sua esfera de direitos, tais como patrimônio, incolumidade física e psicológica, estética, bem-estar e saúde, imagem, honra, nome, etc., decorrente de um comportamento humano ilícito, alcançado também o abuso de direito. Em termos de responsabilidade objetiva, a obrigação de reparação de danos não se encontra atrelada a um comportamento antijurídico e culposos, mas poderá incidir sobre um ato lícito ante a violação de uma norma ou pelo risco inerente ao exercício de uma atividade, o que implica dizer que até mesmo o exercício de um direito próprio poderá ensejar um dano injusto.

Nesta conjuntura, os danos podem ser classificados como patrimoniais ou econômicos e de outra banda, os extrapatrimoniais ou não econômicos, também nominados como danos morais. Essa classificação parte do pressuposto da viabilidade ou não de apreciação ou avaliação pecuniária, visto que algumas lesões afetam interesses de natureza material ou

³²⁰ DIAS, 2006, p. 119-120.

³²¹ CARNELUTTI, Francesco. **Il danno e il reato**. Padova: Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1926. p. 10 e ss. No mesmo sentido: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 297.

³²² COUTO E SILVA, Clóvis V. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 2, p. 333-348, jan./mar. 2015. p. 333-334.

econômica que, por sua vez, repercutem no patrimônio do ofendido; e outras condutas lesivas atingem valores de ordem espiritual, ideal ou moral^{323,324}.

Mário Júlio alerta que um único evento pode acarretar danos das duas espécies, a exemplo de uma difamação que, além de repercutir na esfera moral da vítima pode revelar potencialidades de lesão econômica, como a diminuição da clientela, ou seja, poderão eclodir danos patrimoniais indiretos. Para essas situações, a indenização abarcará um duplo efeito: a compensação do puro dano não patrimonial e a reparação pelos danos patrimoniais³²⁵. Para o tema objeto de estudo, a lesão ao direito de autodeterminação do paciente, poderá acarretar danos patrimoniais e morais.

Por outro lado, Yussel Cahali critica essa distinção dos danos materiais para os danos morais, que a reduz ao caráter meramente econômico do patrimônio e critério à base de exclusão, pois, prossegue o autor, ao ampliar o conceito de patrimônio de modo a alcançar os valores imateriais, até de natureza ética, tal método se mostra insuficiente³²⁶.

Ao reconhecer essa dúplici categoria de danos, a fim de se definir a natureza jurídica da consequência-lógica jurídica derivada do dever *neminem laedere*, faz-se necessária a apreciação da natureza do interesse lesionado, bem como sua aptidão para repercutir na esfera patrimonial ou econômica da vítima, visto que a indenização poderá se revelar como reparatória, na hipótese de responder a uma lesão de interesse patrimonial ou compensatória, diante dos interesses existenciais.

Com efeito, o art. 186, do Código Civil descreve que aquele que, mediante comportamento voluntário comissivo ou omissivo, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outro, seja de natureza patrimonial seja moral, pratica ato ilícito. No mesmo sentido, o art. 927, que atribui a obrigação de indenizar àquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, deve repará-lo, e em seu parágrafo único traz a mesma obrigação aos casos em que houver risco da atividade desenvolvida pelo agente causador do dano injusto. Essa regra revela o dever legal de não lesar – *neminem laedere*.

³²³ COSTA, Mário Júlio Almeida. **Direito das obrigações**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 543.

³²⁴ Apenas a título de registro a respeito de questões de nomenclatura, alguns autores alertam a distinção entre os conceitos de danos patrimoniais e danos materiais, do mesmo modo que danos pessoais e morais ou extrapatrimoniais. Para esses autores o dano é material na hipótese em que a lesão atinge objetos do mundo externo, independentemente se corpóreos ou imateriais, ao passo que a violação a um interesse pessoal juridicamente tutela pode ser constatada diante da lesão a valores relacionados à pessoa do ofendido em qualquer um de seus múltiplos aspectos, o que implica dizer que danos pessoais poderão ensejar danos patrimoniais ou extrapatrimoniais. BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 313.

³²⁵ COSTA, op. cit., p. 544.

³²⁶ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 19. Parece correto afirmar que o dano patrimonial é o reflexo econômico resultado da lesão a um direito juridicamente tutelado, quer seja ele de origem pessoal ou patrimonial.

O dano moral encontra fundamento no art. 5º, inciso V, “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e X, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, ambos da CF. Em sede infraconstitucional, o fundamento legal é revelado no art. 186, do CCB e no art. 6º, inciso VI, do CDC, “São direitos básicos do consumidor [...] VI – a afetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. Pode ser conceituado como:

[...] lesão à dignidade da pessoa humana. Em conseqüência, “toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral”. [...] Dano moral será, em conseqüência, a lesão a algum desses aspectos ou substratos que compõem, ou conformam, a dignidade humana, isto é, a violação à liberdade, à igualdade, à solidariedade ou à integridade psicofísica de uma pessoa humana.³²⁷

A construção teórica supracitada permite inserir ao conceito de dano moral lesões a outros interesses existenciais igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico, tais como liberdade, que assegura o direito à autonomia ética à pessoa, igualdade, que veda toda e qualquer discriminação injustificada, e da solidariedade, ao passo que o próprio texto constitucional assegura a promoção da coexistência humana, alcançando toda sua diversidade. Isto implica dizer que o leque de interesses pessoais juridicamente tutelados que, uma vez lesionados, ensejam os danos morais, não mais limitam aqueles afetos aos direitos da personalidade.

Ademais, ao reconhecer os danos morais como lesão aos interesses existenciais juridicamente tutelados e relacionados à dignidade da pessoa humana, não há como afastar a possibilidade das pessoas incapazes ou em situação de inconsciência serem vítimas dessa espécie de lesão. Neste contexto, assinalam Rosenvald, Chaves e Braga Netto que o dano moral não reside na dor, mágoa ou sofrimento, visto que esses sentimentos, na verdade, correspondem às eventuais conseqüências da lesão ao interesse, ao contrário, possui natureza objetiva acarretado por uma concreta lesão a um interesse existencial tutelado, logo, não se assenta na pessoa que sente, mas no simples fato de que ela vive e, assim, “todos devem ser

³²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 246.

respeitados em sua condição humana, independentemente do estado de consciência ou da percepção da ofensa por sintomas como dissabor, pesar e depressão”³²⁸.

Ao considerar que o objetivo desse capítulo consiste na análise das consequências da inobservância das diretivas antecipadas de vontade e a construção teórica de elementos que visem conferir coercitividade ao cumprimento dessas disposições, faz-se necessária a apreciação da quebra das disposições existentes nas diretivas antecipadas de vontade à luz da responsabilidade civil.

A quebra das diretivas pode implicar prejuízos econômicos, tais como despesas médicas, hospitalares e com medicações que seriam indevidas em caso de observância do documento, que, por gerar o prolongamento indevido e desnecessário de vida, implicará agravamento na afetação do patrimônio do paciente. Mas seu descumprimento acarreta também danos morais.

Ao considerar o contexto das diretivas, elaboradas para apresentar a vontade do paciente em uma situação vindoura em que não possa exprimir seus intentos e desejos e, por se tratar de hipóteses de terminalidade de vida e de pacientes terminais, eventuais pedidos indenizatórios não poderão ser pleiteados pelo próprio indivíduo. Nesse panorama, é imprescindível a investigação sobre a possibilidade de transmissão³²⁹ ou não dessas indenizações e, assim, adquiridas a título de direitos sucessórios aos herdeiros da vítima.

Dessa forma, o estudo a respeito da transmissibilidade ou não do direito creditício decorrente do dever de indenizar deve se pautar na análise do que define ser um direito transmissível ou não, ou seja, quais as características que revelam tratar-se de direito passível de transmissão ou não, quer por ato *inter vivos*, quer por *mortis causa*³³⁰.

A par dessas características e dos parâmetros de definição de direitos transmissíveis e intransmissíveis, cabe compará-las àquelas relativas ao direito de crédito decorrente de

³²⁸ BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 395.

³²⁹ O termo eleito a ser empregado no presente trabalho constitui a transmissão, em que pese muitos autores empregá-lo no mesmo sentido de sucessão ou até mesmo diferenciá-lo com base em sua causa, visto que alguns relacionam sucessão à morte e transmissão à vida, logo, a utilização de sucessão por morte e transmissão por vida seria pleonasma e de outra banda, há aqueles que indicam outro pleonasma, a sucessão universal e transmissão singular. Essas concepções foram influenciadas pelo fenômeno sucessório anteriormente ao Estado Romano. Modernamente, a estrutura conceitual empregada pelo Anteprojeto do Código Civil Português de Galvão Telles, por exemplo, compreende a sucessão constituía uma transmissão por morte, por conseguinte, uma espécie do gênero transmissão. TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Sucessões: noções fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 1996. p. 48-50.

³³⁰ Cabe mencionar a oportunidade de investigar esse tema em momento anterior, que resultou na seguinte publicação: MARTELLI THEODORO, Ana Laura Teixeira; LIGERO, Gilberto Notário. (In) transmissibilidade do direito de cobrança da indenização: uma análise teórica a partir da experiência portuguesa. In: POLI, Luciana Costa; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. (org.). **XXV CONGRESSO DO CONPEDI - Curitiba: Direito de Família e Sucessões II**. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 110-126.

indenização compensatória e/ou reparatória, a fim de definir se os sucessores do paciente poderão pleiteá-las.

Ao delinear o tema, Galvão Telles separa a questão da transmissibilidade quanto à causa, ou seja, direitos transmissíveis ou intransmissíveis por *causa mortis* e por ato *inter vivos*, alerta que geralmente um direito que é transmissível ou intransmissível por vida, também o será por morte, todavia isso não é regra e aponta alguns direitos que podem ser transmissíveis em vida, mas não em morte e vice e versa, do mesmo que podem existir a intransmissibilidade absoluta³³¹.

Ademais, convém anotar que a definição da categoria desses direitos como transmissíveis ou não, não pode ser reduzida às questões patrimoniais, visto que pode haver direitos patrimoniais ou econômicos intransmissíveis. Na verdade, essa definição é realizada a contrário senso, ou seja, aquilo que não se amolda na regra da intransmissibilidade, por sua vez, será transmissível.

E, nesse sentido, um direito pode ser intransmissível em razão de determinado fundamento ou por disposição de dada fonte. No que toca ao fundamento, a intransmissibilidade pode decorrer da própria qualidade do direito, visto que determinados direitos existem para a satisfação específica de seu titular e dessa forma, não atendem às demandas alheias ou poderiam fazer falta ao seu titular. Ainda que se revistam de direitos patrimoniais, o indivíduo não poderia aliená-los, visto que o preço ou bens adquiridos em contraprestação não desempenhariam a mesma função, a exemplo do que ocorre com os alimentos, que são fixados de acordo com a necessidade de quem os recebe e a possibilidade de quem os presta³³².

Há ainda aquelas situações em que o poder de decidir a respeito do exercício ou não do direito não prescinde de considerações de ordem subjetiva, ou seja, somente ao titular do direito cabe o juízo de conveniência e oportunidade de exercê-lo, o que inviabiliza a substituição subjetiva da titularidade do direito, *v.g.*, a revogação por ingratidão. Por semelhante modo, existem categorias de direitos em que o regime de intransmissibilidade é estabelecido no interesse do sujeito passivo, tendo em vista que as características individuais e concretas do devedor são indispensáveis e relevantes ao sujeito ativo, ou seja, são *intuito*

³³¹ TELLES, 1996, p. 64-65. O autor traz alguns exemplos de intransmissibilidade absoluta, como o direito real de uso e o de habitação, que são intransmissíveis quer por ato *inter vivos*, quer por *causa mortis*. Aponta o direito real de usufruto como direito transmissível em vida, ao passo que pode haver a cessão do exercício, contudo haverá extinção do direito com a morte do usufrutuário e finaliza indicando situações em que não há transmissibilidade em vida, todavia haverá por morte, como o direito de revogação da doação por ingratidão caso o donatário tenha ingressado com a ação e morrido no percurso do processo e os direitos de reivindicar a paternidade de obra intelectual no âmbito dos direitos morais do autor. (p. 65-67).

³³² *Ibid.*, p. 72-73.

personae. Por fim, ainda que não estejam inseridos nas situações anteriores, pode ser que o sujeito passivo ou o onerado pelo direito não tenha interesse de que essa existência se prolongue além da vida de seu titular, ou seja, quando muito, esses direitos sejam vitalícios, como ocorre com o usufruto³³³.

O regime da intransmissibilidade de direito guarda relação com fundamentos no próprio direito, como visto nas notas anteriores, mas também pode ser revelado por alguma fonte. Galvão Telles destaca três fontes desse regime – a natureza do direito, a lei e a convenção –, por conseguinte, referente à fonte, um direito pode ser intransmissível em razão de sua natureza jurídica, de disposição de lei ou de estipulação das partes interessadas³³⁴.

Assim, no intuito de apreciar o direito ao crédito, cuja fonte foi o dever de indenizar ante a violação de direito material ou existencial, é importante investigar se existe fundamento ou alguma fonte que impeça a transmissibilidade do direito, conforme os pressupostos identificados por Galvão Telles.

É bom lembrar que um dos princípios básicos da responsabilidade civil é o da reparação integral. Teresa Ancona Lopez³³⁵ aduz que o dever de indenizar figura “um sucedâneo do bem ou da perda que o dano-evento causou, seja material, seja moral” e quando derivar de um dano não material, a natureza da indenização revela-se na satisfação compensatória que busca de um modo ou de outro mitigar os resultados da lesão, mormente os sofrimentos e as humilhações que afligiram a vítima, possibilitando o auxílio a esse ofendido de alguma outra forma.

Ao partir da concepção de dano moral de Maria Celina Bodin de Moraes, que o concebe como violação à cláusula geral de tutela da pessoa, com base no art. 3º, inciso I, da CF, assim compreendidas as violações à integridade psicofísica, igualdade, solidariedade e liberdades humanas³³⁶, é possível afirmar que a indenização de natureza compensatória implica a satisfação da pretensão do ofendido materializada no pagamento da prestação pecuniária, que tem como propósito a atenuação ou, de algum modo, abrandar a dor por ele

³³³ TELLES, 1996, p. 74-75. Quanto ao direito *intuitu personae* o professor português assinala que a pessoa titular constitui um fator essencial e exemplifica essa hipótese no art. 231º, nº 2º do CCP. Trata-se do caso em que realizada a proposta e o destinatário não aceitá-la de plano, fica o direito de aceitar, contudo esse não poderá ceder o direito e, em caso de morte, o direito não se transfere aos herdeiros, tendo em vista que a lei presume que a proposta foi feita restritivamente à pessoa do destinatário. “ARTIGO 231º (*Morte ou incapacidade do proponente ou do destinatário*) 1. Não obsta à conclusão do contrato a morte ou incapacidade do proponente, excepto se houver fundamento para presumir que outra teria sido a sua vontade. 2. A morte ou incapacidade do destinatário determina a ineficácia da proposta”. PORTUGAL. Código Civil. Decreto-Lei nº 47344. **Diário do Governo**, n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/147103599/202103291928/73905391/diplomaExpandido/indice>. Acesso em: 20 mai. 2020.

³³⁴ TELLES, 1996, p. 75.

³³⁵ *Ibid.*, p. 76-77.

³³⁶ MORAES, 2003, p. 183.

suportada. Emerge ainda, uma satisfação moral ao ofendido, visto que em muitos casos o causador do dano não seria de outra forma responsabilizado por suas ações ilegítimas³³⁷.

Se de um lado a violação a interesses existenciais enseja o pagamento de indenização compensatória, de outro, a lesão a interesses patrimoniais acarreta o dever de reparar, ou seja, resulta em uma indenização reparatória, em outras palavras, a depender do interesse da violação, haverá indenização-ressarcimento e/ou indenização-compensação.

Não há dúvidas de que o crédito originado de indenização-ressarcimento, ou seja, aquele resultante de violação a interesses patrimoniais, que se ocupa do ressarcimento de danos materiais, com conteúdo meramente patrimonial, transmite-se aos herdeiros. Isto porque, geralmente, os direitos de conteúdo patrimonial e econômico são marcados pela transmissibilidade absoluta, em outras palavras, são transmissíveis por ato *inter vivos* ou por *causa mortis*. Contudo, a dúvida fica em relação às indenizações-compensatórias.

No Brasil, esse tema demanda interpretação doutrinária e jurisprudencial, visto que não existe regramento legal, diferentemente de Portugal que em seu Código Civil prevê a possibilidade de transmissão de indenização decorrente de lesão a direitos não patrimoniais:

Artigo 496 (Danos não patrimoniais)

1 - Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.

2 - Por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem.

3 - Se a vítima vivia em união de facto, o direito de indemnização previsto no número anterior cabe, em primeiro lugar, em conjunto, à pessoa que vivia com ela e aos filhos ou outros descendentes.

*4 - O montante da indemnização é fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494; no caso de morte, **podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos dos números anteriores.** (grifos nossos)³³⁸.*

Como se depreende da análise do artigo que trata dos danos intitulados não patrimoniais, particularmente o item 4, em caso de morte, o montante da indenização atenderá os danos não patrimoniais sofridos pela vítima e os danos sofridos pelas pessoas indicadas, visto que a lei portuguesa não vincula esse direito às regras sucessórias.

Dessa feita, em Portugal, as pessoas indicadas pela lei, geralmente os familiares da vítima, poderão buscar a indenização-compensatória como conseqüente lógico-jurídico pela

³³⁷ MORAES, 2003, p. 268.

³³⁸ PORTUGAL, 1966.

violação de interesses próprios ou danos autonomamente suportados³³⁹, ou seja, por direito próprio, como a perda do ente querido, assim como possuem legitimidade para buscar a indenização, também compensatória, derivada da violação de direito existencial do *de cuius*, na hipótese de aquisição desse direito em vida. Logo, a indenização-compensatória em Portugal é transmissível por disposição de lei.

Dessa forma, o Código Civil Português assegura que os danos extrapatrimoniais resultantes da violação de interesse não patrimonial, inclusive aquele denominado “dano morte”, cujo direito ao crédito pertence à vítima falecida, poderão ser pleiteados pelo espólio do ofendido ou pelas pessoas indicadas na lei, sem prejuízo da possibilidade de indenização por violação de direito próprio ou danos ricochetes, que serão devidos individualmente.

Ademais, convém registrar que o direito português não limita o direito de transmissibilidade aos sucessores, ou seja, o pleito não se restringe às linhas sucessórias, valeu-se da expressão familiares, por conseguinte, atrelou aos vínculos afetivos, que a depender das circunstâncias que permeiam o caso concreto, poderá ser mais abrangente ou restritivo que o modelo sucessório. Além disso, a norma explícita que na fixação do *quantum* indenizatório, o juiz levará em conta o dano experimentado pela própria vítima e os seus familiares, senão, como se observa no Acórdão 1380/13.3T2AVR.C1.S1:

I - No caso de morte da vítima a titularidade do direito à indemnização por danos não patrimoniais pela perda da vida é atribuída ex lege aos familiares referidos no art. 496.º, n.º 2, do CC, afastando a lei a aplicabilidade do regime sucessório que decorreria de se considerar que o direito à indemnização pelo dano morte se integrou com a morte na esfera jurídica do de cuius.

II - O facto de a indemnização pela perda do direito à vida ser fixada em valor sensivelmente igual em todos os casos porque está em causa o dano da perda da vida, valor idêntico para cada ser humano, não significa que o tribunal não possa excluir dessa indemnização o titular provando-se que não existiam laços de afeto de espécie alguma entre ele e a vítima.

III - Estamos, na verdade, no plano da indemnização por danos não patrimoniais e, assim sendo, a indemnização global a atribuir deve ser baseada numa ponderação global e equitativa das circunstâncias do caso com base nos critérios da lei que resultam da conjugação dos arts. 494.º e 496.º, n.º 3, do CC.

IV - Provando-se, como se provou no caso vertente, que o jovem de 19 anos de idade, filho da autora, “com esta viveu desde que nasceu até à data do acidente, sendo que o pai o abandonou, nunca mais tendo dado notícias nem se sabendo do seu paradeiro”, tendo sido “sempre a mãe quem exerceu as funções de pai e mãe” e tendo sido, “por sentença proferida pelo tribunal do concelho de Staryi Sambir, distrito de Lviv, Ucrânia, decretada a inibição do poder paternal relativamente ao pai do falecido”, o tribunal, ponderando tais circunstâncias, pode atribuir à progenitora a totalidade da indemnização por danos não patrimoniais nesta se incluindo a parcela respeitante à perda do direito à vida.³⁴⁰

³³⁹ Também denominados danos ricochetes.

³⁴⁰ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Acórdão n.º 1380/13.3T2AVR.C1.S1**. 7ª Secção, Salazar Casanova, Julg. 30.04/2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4ba83b4defe7004980257e3700553572?OpenDocument>. Acesso: 26 mai. 2020.

Trata-se de pleito indenizatório, em que a genitora da vítima buscou a condenação do causador do dano no importe de 80 mil euros pela perda ao direito à vida (dano da vítima), 60 mil euros referentes ao sofrimento pela perda do filho (dano autônomo e ricochete) e 1.074 euros por despesas com funeral (danos materiais), decorrentes de acidente automobilístico.

Ao apreciar o caso, o magistrado assevera:

17. Constitui esse dano morte um dano não patrimonial, um dos danos não patrimoniais que o decesso da vítima pode causar. Antunes Varela sustenta que “relativamente aos danos não patrimoniais, o texto do n.º 2 do artigo 496.º revela a inequívoca intenção de arbitrar uma única indemnização, baseada numa ponderação global e equitativa das circunstâncias de cada caso, e de atribuir todo o direito a essa indemnização aos familiares destacados no preceito legal”.

18. Este entendimento não é contrariado, a nosso ver, com a afirmação de que, na fixação dessa indemnização, “nada impede, bem pelo contrário, que o julgador tome em linha de conta, como parcela autónoma da soma a que haja de proceder, a perda da vida da vítima, entre os danos morais sofridos pelos familiares”.

19. Não é confundível o sofrimento de um progenitor que acompanha os momentos finais do seu filho, a dor e a angústia, o indescritível desespero de o ver perdido com a perda em si da vida.³⁴¹ (grifos nossos).

Dessa maneira, pelo caso apreciado, extrai-se que, naquele país, nas hipóteses de danos não patrimoniais, cuja lesão acarretou a perda da vida do ofendido, o magistrado, ao fixar o *quantum* indenizatório, tomará em conta todos os danos sofridos, aqueles experimentados pelo *de cuius*, em sua esfera de direitos, bem como os danos não patrimoniais sofridos pelos familiares, e nesse caso haverá o arbitramento de uma indemnização única a ser partilhada entre os interessados. Logo, há transmissibilidade do direito ao crédito decorrente de indemnização compensatória naquele país.

A doutrina brasileira, por sua vez, aponta a questão da legitimidade para pleitear danos morais, no caso de direito próprio, pela perda de um ente querido e não se limita aos sucessores. Eneas Matos, em suas lições, salienta que a legitimidade para pleito de direito próprio não se limita aos vínculos de parentesco, mas ao citar os Mazeaud afirma que “enquanto para os parentes sanguíneos há a presunção da ocorrência de danos morais por morte, para amigos e terceiros a prova se dará através das circunstâncias particulares do caso”³⁴², e a nomeia como legitimidade ordinária para aqueles em que há a referida presunção e legitimidade extraordinária aos terceiros.

Contudo, a questão da transmissibilidade ou não do direito ao crédito decorrente de violação de direito existencial merece atenção. Como já afirma, não existe regra específica na legislação brasileira a respeito, como fez Portugal, todavia essa hipótese pode ser investigada

³⁴¹ PORTUGAL, 2015.

³⁴² MATOS, Eneas de Oliveira. **Dano moral e dano estético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 127-128.

à luz da teoria de Galvão Telles. Nesse sentido, o direito será intransmissível por fundamentos derivados do próprio direito ou por haver fonte que impede sua transmissão.

No que se refere aos fundamentos, direito para satisfazer necessidades específicas, exercício mediante juízo de conveniência exclusiva do titular, instituição decorrente de negócio que o torne *intuitu personae* e a transitoriedade do direito, pode-se afirmar que as indenizações compensatórias passam isentas por todos esses fundamentos. O que, em tese, poderia levantar maiores dúvidas é a questão relativa ao direito para atendimento de necessidades específicas, visto que a condenação da indenização por lesão aos interesses existenciais busca satisfação de algum modo dos resultados provocados pela conduta ilícita.

Todavia, nesse caso, o direito é intransmissível visto que é modelado para a satisfação dessas necessidades e o seu conteúdo é determinado por elas. Isto não ocorre no caso das indenizações compensatórias, pois levam em conta, conforme já analisado em linhas anteriores, violações de interesses juridicamente tutelados na esfera existencial e, dessa forma, o magistrado no momento da fixação do *quantum* indenizatório deve estabelecer critérios objetivos.

Do mesmo modo, não se pode pensar que a indenização decorrente de violação de danos não patrimoniais é personalíssima ou *intuitu personae*. Isto porque é preciso distinguir o direito violado propriamente dito, que existe sim, é pessoal, individual e personalíssimo da consequência lógica-jurídica dessa violação, que é a condenação em pagamento de prestação pecuniária, revelada em um crédito, o que também afasta a impossibilidade de transmissão consubstanciada na natureza jurídica do direito, uma das fontes da intransmissibilidade, pois o direito a ser transmitido é o crédito, a quantia em dinheiro e não os resultados provocados pela violação, como dor, sofrimento, abalo, etc.

Neste sentido, importante separar a violação do interesse não patrimonial, que por vezes é personalíssimo, dos resultados ocasionados por essa lesão, bem como da função da condenação ao dever de indenizar e do direito propriamente dito, o crédito. Uma coisa é a natureza do direito, que, sem sombra de dúvidas, difere da função da condenação.

Ao prosseguir a análise das fontes, surge a intransmissibilidade imposta por discricionariedade legislativa. No CCB não há vedação expressa ou implícita referente a possibilidade ou não de transmissão de direitos creditícios resultantes de condenação por conduta ilícita que infringiu interesses não patrimoniais.

A previsão da transmissibilidade do direito ao crédito decorrente de violação a interesse não patrimonial no CCB foi inserida na reforma de 2010, e antes disso, também naquele país existia a lacuna legislativa sobre a matéria, tendo a doutrina se manifestado:

Dado que a indemnização de danos morais, embora em si patrimonial, provém da ofensa de interesses de conteúdo pessoal, não repugnaria inteiramente que a lei adoptasse quanto a ela solução idêntica. Deixar-se-ia ao exclusivo critério da vítima pedir ou não a indemnização; e em caso de falecimento, o direito respectivo só se transmitiria se ela tivesse chegado a reclamá-lo em juízo. É a orientação consagrada pelo Código Civil alemão (§ 847). Mas a verdade é que a legislação portuguesa nada se encontra estatuído nesse sentido e, portanto, tem de entender-se que o direito se transmite independentemente da propositura de acção judicial.³⁴³

Portanto, antes mesmo da previsão legislativa, a doutrina portuguesa, em especial, Galvão Telles, já asseverava a possibilidade de transmissão do direito, uma vez que a violação de interesse não patrimonial, de conteúdo pessoal, acarreta indenização de natureza patrimonial, solução contrária, ou seja, o regime de intransmissibilidade se dá somente mediante previsão legislativa como ocorre no direito alemão.

Na Itália, o debate a respeito da transmissibilidade ou não dos danos extrapatrimoniais, mormente os danos morais sofridos pela vítima, em sede de sucessão hereditária, ganhou novos relevos nos últimos anos. Naquele país se discutia se a lesão que enseja a morte imputa ao ofensor o dever de indenizar, bem como se tais seriam transmissíveis por sucessão hereditária. Por muito tempo, a doutrina conceituava esse dano como *danno tanatologico*³⁴⁴.

Contudo, a respeito desses danos a doutrina majoritária, bem como a jurisprudência, compreendia não serem indenizáveis, muito menos transmissíveis. Esse panorama perdurou por muitos anos, todavia, na última década, o debate a respeito do tema intensificou-se novamente.

A questão foi levada à Corte de Cassação e em 28 de fevereiro de 2020, os magistrados ao apreciar o caso realizaram a definição dos chamados *danno biologico-terminale*, diferenciando-o do *danno tanatologico* e do *danno morale terminale*, também denominado *danno catastrofale*.

O caso versava sobre um acidente de veículo que ensejou a morte da avó materna das partes autores. Em primeira instância, houve o reconhecimento da responsabilidade do ofensor e a condenação ao ressarcimento dos denominados *danno parentale*, que consistem nos danos pela perda do ente querido, ante o profundo liame afetivo. Nota-se que não se trata de sucessão de direitos, mas de aquisição por direito próprio. As autoras experimentaram os

³⁴³ TELLES, 1996, p. 94.

³⁴⁴ A doutrina e jurisprudência italiana, no intuito de superar o sistema fechado de danos não patrimoniais contido no art. 2.059 do Codice Civil, que prevê: “*Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598)*”, em que se possibilita apenas a condenação à indenização nos casos em que o dano seja consequência de um fato típico penal, desenvolveu essas nomenclaturas de danos. ITALIA. **Regio Decreto 16 marzo 1942-XX, n. 262**. Approvazione del testo del Codice civile. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile>. Acesso em: 23 nov. 2020.

danos pela perda do ente querido e por tal razão poderiam pleitear em nome próprio a indenização por esses danos morais. Contudo, o pedido das autoras de indenização pelos prejuízos extrapatrimoniais sofridos pela vítima foi negado sob o fundamento de que, em razão de seu estado de coma após o incidente, ela não estava em condições de perceber seu próprio estado.

Logo, constava também nos autos o pedido de indenização pelos danos sofridos pela própria vítima que, após o evento danoso, permaneceu por seis dias em terapia intensiva, contudo, não resistiu aos ferimentos. Esse pedido, como atinge a esfera de direitos do *de cuius* foi realizado a título de transmissão de direitos por sucessão hereditária. Porém, foi julgado improcedente esse pedido pela própria condição da vítima, confirmando entendimento outrora consolidado pela corrente majoritária e jurisprudência dominante.

Insatisfeita com o resultado, uma das autoras recorreu e a Corte de Apelação deu parcial acolhimento ao recurso, a fim de condenar os apelados ao pagamento pelos prejuízos causados a título de *danno biologico terminale*, consistente nos prejuízos causados à vítima nos seis dias que antecederam sua morte, danos esses transmissíveis por *iure hereditatis*.

Entrementes, a neta da vítima recorreu novamente e levou o caso até a Corte de Cassazione, afirmando que não foi apreciado o pedido de dano moral sofrido pela vítima de um crime em que teria ensejado a perda de sua boa vida e que essa indenização deveria ser proporcional à gravidade do dano causado ao ofendido e à gravidade do comportamento do ofensor que, aliás, consistia crime cuja natureza seria de sanção civil com fundamento no art. 185 do Código Penal Italiano. Além disso, essa obrigação de pagamento deveria ser estendida aos sofrimentos físicos e morais sofridos pela vítima em estado de inconsciência.

Ao apreciar o recurso, a Suprema Corte afirmou que o motivo é infundado, pois em seu entender, em que pese o Tribunal de origem não ter se pronunciado expressamente sobre o pedido, procedeu a uma adequada avaliação dos danos morais sofridos pela vítima decorrentes da conduta do ofensor e quanto ao mérito observou que, primeiramente, as expressões “*danno biologico terminale*”, “*danno tabatologico*” “*danno catastrofale*” não correspondem a alguma categoria autônoma legal de danos, mas revelam um valor descritivo, ou seja, assumem papel de mera síntese descritiva dos danos. Do mesmo modo, que irrelevante a classificação de compensação como sanção civil para o cometimento do crime, dada a autonomia da responsabilidade civil e penal.

Na sequência, os magistrados reforçaram a tese de que o dano pela perda da vida, por si só, não é dano indenizável como dano sofrido pelo falecido em caso de morte imediata ou pouco tempo após a conduta lesiva, entretanto, ressaltaram as hipóteses em que a morte

ocorre após um lapso de tempo da conduta lesiva e, nesse sentido, pode surgir um duplo perfil de *danno biologico: danno biologico terminale e danno morale terminale*.

Para a Corte Italiana:

O dano biológico c. d. (disposição combinada) terminal, isto é, o dano biológico “stricto sensu” (ou dano ao bem “saúde”) sofrido durante os dias intercorridos entre a data das lesões e a da morte, é, na verdade, configurável e transmissível “iure successionis”, quando a pessoa ferida não morre imediatamente, sobrevivendo por pelo menos vinte e quatro horas (sendo esta a duração mínima, por convenção legal, com fins de apreciação da invalidez temporária), sendo, no entanto, irrelevante que tenha permanecido consciente (conforme, por último, a já citada Cassação 1856/2019); tal dano, de fato, realmente por consistir na perda objetiva das atividades cotidianas desde a data do evento lesivo até a da morte, está sempre presente, prescindindo da consciência do mesmo ou do estado de consciência, e sua liquidação pode ser efetuada com base nas tabelas relativas à invalidez temporária, a personalizar em relação ao caso concreto (conforme, mais recentemente, Cassação 16592/2019.). (tradução livre).³⁴⁵

Prossegue o julgador ao discorrer que ainda nessa modalidade de danos extrapatrimoniais pode acrescentar o chamado *danno morale terminale*, que consiste no sofrimento causado pela consciência de morte iminente, ou seja, consciência de ter que morrer, também conhecida pela doutrina como *danno da lucida agonia* ou *danno catastrofale* ou *catastrofico*:

Denominado “dano moral terminal”, esclarece-se como “medo de ter de morrer, sentido por quem tenha sofrido lesões corporais e perceba que elas serão letais” e é dano não patrimonial ressarcitório somente se a vítima tenha estado em condições de compreender que seu próprio fim era iminente, de modo que, na ausência de tal consciência, não é sequer concebível a existência do dano em questão, não tendo nenhuma importância que a morte tenha sido realmente causada pelos ferimentos (conforme Cassação 13547/2014). (tradução livre).³⁴⁶

³⁴⁵ “*Il danno biologico c.d. terminale, e cioè il danno biologico ‘stricto sensu’ (ovvero danno al bene ‘salute’) subito per i giorni intercorsi tra la data delle lesioni a quella del decesso, è, invero, configurabile, e trasmissibile ‘iure successionis’, ove la persona ferita non muoia immediatamente, sopravvivendo per almeno ventiquattro ore (tale essendo la durata minima, per convenzione legale, ai fini dell’apprezzabilità dell’invalidità temporanea), essendo, invece, irrelevante che sia rimasta cosciente (conf., da ultimo, la già cit. Cass. 1856/2019); siffatto danno, infatti, proprio perché consistente nella oggettiva perdita delle attività quotidiane dalla data dell’evento lesivo fino a quella del decesso, è sempre presente, prescindendo dalla consapevolezza dello stesso o dallo stato di coscienza, e la sua liquidazione può essere effettuata sulla base delle tabelle relative all’invalidità temporanea, da personalizzare in relazione al caso concreto (conf., da ultimo, Cass. 16592/2019)”. ITALIA. Corte Suprema di Cassazione. **Sentenze Web. Civile Ord. Sez. 6. Num. 5448. Anno 2020.** Presidente Frasca Raffaele, Relatore Cigna Mario. Data pubblicazione: 28/02/2020. Disponível em: <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>. Acesso em: 12 nov. 2020.*

³⁴⁶ “*Detto ‘danno morale terminale’, si risolve nella ‘paura di dover morire, provata da chi abbia patito lesioni personali e si renda conto che esse saranno letali’ ed è un danno non patrimoniale risarcibile soltanto se la vittima sia stata in grado di comprendere che la propria fine era imminente, sicché, in difetto di tale consapevolezza, non è nemmeno concepibile l’esistenza del danno in questione, a nulla rilevando che la morte sia stata effettivamente causata dalle lesioni (conf. Cass. 13547/2014)”. Ibid.*

Para a corte italiana, neste caso, o dano indenizável não se revela no prejuízo das atividades às quais a vítima comumente teria se dedicado caso estivesse em pleno gozo de sua saúde, mas de uma sensação dolorosa de sofrer a própria morte e contrasta com os próprios danos à saúde, visto que a própria existência do prejuízo pressupõe que a vítima esteja consciente e compreendendo seu quadro.

Nos EUA existe, atualmente, a discussão a respeito do prolongamento indevido de vida a ensejar indenização, o denominado “*wrongful prolongation of life*”. Os tribunais americanos diferenciaram as ações que versam sobre a concepção e o término de vida em três categorias: vida indevida, nascimento indevido e vivência indevida. Sem pretensão de aprofundamento nessas ações, a discussão sobre a vida indevida, em suma, tem como objetivo a busca, realizada por uma criança, de indenização aos danos contra a operadora de saúde que fracassou no processo de esterilização do genitor. Por sua vez, a ação que versa sobre o nascimento indevido é proposta pelos pais para sanar os danos decorrentes da falha na conduta dos profissionais que decorreu no impedimento do exercício dos pais em interromper a gestação ou evitar a concepção.

Por fim, a vivência indevida ou também denominada prolongamento indevido de vida, consubstancia-se na violação ao direito de autonomia do paciente, que pode decidir rejeitar tratamentos, ainda que tal possa salvar sua vida. A ação que se ocupa do prolongamento indevido de vida relaciona-se, também, naquele país, com o direito de morrer, constitucionalmente tutelado. Isto implica dizer que o fundamento jurídico da repulsa ao prolongamento indevido de vida, *wrongful prolongation of life*, recai sobre o direito ao exercício de sua liberdade de interesses na recusa a tratamento médico indesejado.

Em termos de diretivas antecipadas de vontade, o panorama norte-americano pode ser descrito como existe regulamentação legislativa em alguns estados, contudo essas leis não são idênticas umas às outras. Concernente aos direitos do paciente e aos deveres dos médicos na observância das diretrizes previamente elaboradas pelo doente, existem estados que conferem imunidades ao profissional de saúde, quando do uso de seu melhor julgamento para tratamento do paciente.

O quadro americano remete aos dezesseis estados e às Ilhas Virgens dos Estados Unidos que se valem da expressão “imunidade” ao disciplinarem as diretivas, diversamente de outros dezessete estados e de Porto Rico, que se utilizam do termo “responsabilidade” relativamente ao tratamento de pacientes detentores de diretivas antecipadas. Ao tratar do tema, alguns autores americanos afirmam que a construção do texto legislativo em alguns estados enseja a conotação de que empregaram determinados termos, muitos dotados de

vagueza semântica, no intuito de não haver a responsabilização dos médicos nos casos de inobservância das diretivas antecipadas de vontade de seu paciente³⁴⁷.

Até mesmo nas legislações estaduais que mencionam a responsabilidade civil e/ou criminal, tais como Tennessee, Oklahoma, Texas, Virginia, Georgia, Florida, Connecticut, Arizona, Washington, New York, Nevada, Massachusetts, Louisiana, Kentucky, Mississippi, Iowa, Colorado, Wisconsin, Rhode Island, Ohio, Nebraska e Virgin Islands, a estruturação textual também causa a impressão que, intencionalmente, a vagueza do texto legislativo permite que os médicos executem as diretivas antecipadas sem responsabilidade, do mesmo modo que blindam nas hipóteses de ação diversa daquela pretendida pelo paciente e descrita em suas diretivas, no contexto do “padrão médico razoável”³⁴⁸. Além dessa tendência de não responsabilização do médico, a autonomia do paciente é fragilizada pelos sistemas dos códigos, como já abordado em notas anteriores, e Brown aponta:

O exato resultado da doença com risco de morte é geralmente conhecido apenas em retrospectiva. Qualquer admissão na UTI pode terminar em uma incrível salvação ou em uma morte triste. Em tempos de grande estresse, é fácil admitir que o resultado deve ser um ou outro. Certezas prematuras sobre o resultado, geralmente refletindo os princípios dos médicos, constituem parte do por que as diretivas antecipadas não funcionam. Pacientes e médicos precisam de uma forma de saudavelmente manter a ideia sobre todos os resultados possíveis enquanto eles andam pelo vale das sombras juntos. Como eu primeiro tive dificuldade para explicar o que eu queria dizer, eu descobri que famílias geralmente dizem que eles estão praticando como “esperar pelo melhor” (significando sobrevivência e recuperação) enquanto “se preparam para o pior” (uma morte desconfortável). Se preparar para o pior torna possível a conversa sobre uma morte ruim para uma morte boa. Essa dualidade enfatizada dá espaço às pessoas para considerarem questões difíceis em uma infinidade de contextos de esperança. E permite que eles comecem a pensar sobre o que eles podem se arrepender depois, especialmente quando isso está relacionado a terminar sua vida. (tradução livre).³⁴⁹.

³⁴⁷ “A maioria desses estados não torna a operadora de saúde criminalmente ou civilmente responsável por remover o suporte vital na presença de diretivas antecipadas. Alguns estados, no entanto, ampliaram o alcance dessa lei ao prever, como em Oklahoma, ‘o médico deve usar seu melhor julgamento’ ao fornecer um serviço de cuidados. O Texas prevê que o cuidado fornecido por um médico na presença de diretivas antecipadas deve ser igual à ‘prudência e habilidade realizada sob as mesmas circunstâncias ou similares, e no mesmo público ou similar’. Estatutos parecem conter essa linguagem geral para que, assim, se o médico ignorar uma diretiva antecipada sob a pretensão de seguir um certo protocolo de saúde, o médico não será responsabilizado no que diz respeito a isso.” (tradução livre).

“*Most of these statutes do not hold the health care provider criminally or civilly liable for removing life support in the presence of an advance directive. Some states, however, expand on this law by stating, as in Oklahoma, ‘the physician shall use his or her best judgment’ when delivering a standard of care. Texas mandates that the standard of care provided by a physician in the presence of an advance directive shall be equal to the ‘prudence and skill exercised under the same or similar circumstances in the same or similar community.’ Statutes appear to contain this general language so that, if a doctor ignores an advance directive under the pretense of following a certain standard of care, the physician will not be held liable for the disregard of it*”. SAITTA; HODGE JR., 2011.

³⁴⁸ Ibid.

³⁴⁹ “*The precise outcome of life-threatening illness is generally known only in retrospect. Any given ICU admission could end in a stunning save or a sad death. At times of great stress, it’s easy to assume that the outcome has to be one way or the other. Premature certainty about outcome, often reflecting clinicians’*

No Brasil, não existe previsão semelhante, o que existe na verdade é o art. 943 do Código Civil, ao dispor que o direito de exigir “reparação” e a obrigação de prestá-la são transmitidos com a herança. Nota-se que o legislador se valeu do termo reparação, como já visto em notas anteriores, a indenização pode revestir-se de natureza compensatória ou reparatória, a depender do interesse jurídico violado. Assim, esse emprego “reparação” suscita dúvidas quanto à tecnicidade desse dispositivo, vez que se referia apenas às indenizações reparatórias ou faltou à técnica, podendo ser alcançadas as indenizações compensatórias.

Ao apreciar o Código Civil Brasileiro, particularmente no capítulo relativo às indenizações, nota-se que a expressão “reparação” é utilizada como gênero, inseridos nesse contexto tanto os danos patrimoniais, como não patrimoniais. O art. 948, ao tratar sobre a indenização devida decorrente de homicídio, predispõe que “sem excluir outras reparações”. Portanto, recorre à expressão “reparações”.

Inicialmente, convém registrar que condutas ilícitas que ensejam o homicídio podem acarretar danos patrimoniais, mas também danos sem repercussão econômica. E o próprio Código Civil Brasileiro reconhece, ao prever que é devido o pagamento relativo às despesas com o tratamento da vítima e de seu funeral, todavia inclui no dever de indenizar o “luto da família”, inteligência do art. 948, inciso I.

Não se pode olvidar, que a dor pela perda de um ente querido, ou seja, o luto da família não possui expressão econômica. Não é algo quantificado pela teoria da diferença, ou seja, voltar ao *status quo ante*. Portanto, dano não patrimonial devido àqueles que pereceram com a perda do ente, que o legislador inseriu na expressão reparação. Ademais, parece ser mais correto afirmar que ao obrigar a “reparação” do luto da família, quis o legislador disciplinar a indenização devida por direito próprio, ou seja, a dor pela perda do ente querido.

Todavia, essa análise dos dispositivos supramencionados foi necessária ao passo que demonstra que o legislador brasileiro não se preocupou em separar indenizações reparatórias das compensatórias, ao contrário, valeu-se da expressão “reparação” como gênero.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a interpretação mais correta do art. 943 é no sentido de que tanto as indenizações devidas por danos patrimoniais, ou seja, as reparatórias,

biases, is part of why advance directives don't work. Patients and clinicians need a way to healthfully keep in mind all possible outcomes as they walk through the valley of shadows together. As I first struggled to explain what I meant, I found that families generally said that we were practicing how to 'hope for the best' (meaningful survival and recovery) while 'preparing for the worst' (an uncomfortable death). Preparing for the worst makes possible the conversion of a bad death to a better one. This dual emphasis gives people room to consider hard questions in an overall context of hopefulness. And it lets them start thinking about what they might later regret, especially as it relates to finishing their lives". BROWN, 2016, p. 208-209.

quanto aquelas devidas por lesão de interesse não patrimonial, quais sejam, as compensatórias, são transmissíveis aos herdeiros.

Dessa maneira, ao levar em conta a ausência de proibição, pode-se estender a transmissibilidade de direitos decorrentes de indenização, independentemente de sua natureza, ou seja, inclusive as de natureza compensatórias. Cabe ressaltar que não se trata aqui da sucessão processual, que ocorre no caso de morte do autor, ou seja, a vítima ajuizou a demanda processual e faleceu no curso do processo. No presente caso, trata-se da transmissibilidade do direito de pleitear a indenização, o que também não pode ser confundido com direito próprio pela perda do ente querido.

Em termos jurisprudenciais, destacam-se dois julgados do Superior Tribunal de Justiça. Um deles de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o Recurso Especial nº 302.029/RJ³⁵⁰, cingia-se a respeito da possibilidade ou não dos sucessores de propor ação de indenização por danos morais sofridos pelo falecido, logo, se os sucessores são detentores de legitimidade ativa *ad causam* para a propositura da respectiva ação.

No acórdão exaurado no processo supramencionado, a relatora ressaltou que os titulares do direito à indenização constituem aqueles que, direta ou indiretamente, suportaram danos morais e sem embargo da disciplina do art. 1.526, do Código Civil, que dispõe “o direito de exigir reparação [...] transmite-se com a herança”, afasta a transmissibilidade ao registrar a natureza personalíssima do bem jurídico tutelado³⁵¹.

Ao fundamentar sua decisão, Nancy Andrighi chamou a atenção para a natureza dúplice da condenação por danos morais, evidenciada na função sancionadora e compensatória. Nesse sentido, autorizar o exercício do pleito indenizatório pelos sucessores da vítima alcançaria apenas a função sancionadora, visto que haveria impossibilidade do próprio ofendido minorar os resultados da conduta violadora com a prestação pecuniária, logo, há inviabilidade de realização da função compensatória. Por fim, a ministra adverte que a possibilidade do exercício do direito por parte dos sucessores ensejaria em patrimonialização do dano moral, nivelando-o à indenização de dano patrimonial.

³⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 302.029/RJ**. Ementa: Recurso especial. Processual civil. Acórdão. Omissão. Invalidez. Inexistência. Divergência jurisprudencial. Comprovação. Dano moral. Ação de indenização. Herdeiros da vítima. Legitimidade ativa *ad causam*. Inexistência de invalidez do acórdão recorrido, o qual, de forma clara e precisa, pronunciou-se acerca dos fundamentos suficientes à prestação jurisdicional invocada. Não se conhece o Recurso Especial pela divergência se inexistente a confrontação analítica dos julgados. Na ação de indenização de danos morais, os herdeiros da vítima carecem de legitimidade ativa *ad causam*. Relatora: Min. Nancy Andrigui, 29 de maio de 2001b.

³⁵¹ *Ibid.*

Em caminho oposto, o julgado de relatoria do Ministro José Delgado³⁵² garantiu aos sucessores a legitimidade para a propositura da ação de indenização por danos morais, mediante o registro de que o sofrimento, por si só, é intransmissível, contudo a dor não é “bem” que integra a esfera patrimonial transferível do *de cuius*, todavia, por direito hereditário, há transmissibilidade do direito de ação que a vítima, ainda em vida, tinha contra seu ofensor, pois esse direito possui natureza patrimonial que se transmite aos sucessores.

Dez anos mais tarde, o Superior Tribunal de Justiça dava indícios de pacificação da matéria. No AgRg nos Embargos de Divergência em RESP n° 978.651 SP³⁵³, o Ministro Relator Felix Fischer destacou cinco acórdãos que demonstram o posicionamento de todas as turmas do E. Tribunal, no sentido de afirmar a possibilidade de os herdeiros/espólio ajuizar ação de indenização por danos morais decorrente de ofensa sofrida pelo *de cuius*.

O primeiro deles se trata do REsp 324886/PR, julgado pelo Primeira Turma, sob Relatoria do Ministro José Delgado, supracitado, que consignou que o direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima. Outro acórdão citado pelo Ministro Felix Fischer foi o AgRg no Ag 1122498/AM, da Segunda Turma, sob a Relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, que destacou: “[...] é pacífico no âmbito da Primeira Seção o entendimento segundo o qual o direito de pleitear indenização por danos morais tem, em si, caráter patrimonial, sendo, portanto, transmissível à esposa e à filha do *de cuius* ofendido”.

Por fim, o Ministro citou o AgRg no REsp 1072296/SP, da Quarta Turma, cujo relator era o Ministro Luis Felipe Salomão, que registrou na emenda as lições de Cahali, segundo o qual o que se transmite, por direito hereditário, é o direito de se acionar o responsável, é a faculdade de perseguir em juízo o autor do dano, quer material quer moral. Logo, tal direito é de natureza patrimonial.

³⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Recurso Especial n° 324.886/PR**. Ementa: PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. HERDEIROS. LEGITIMIDADE. 1. [...] 2. [...] 3. O direito que, na situação analisada, poderia ser reconhecido ao falecido, transmite-se, indubitavelmente, aos seus pais. 4. [...] 5. O direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima (RSTJ, vol. 71/183). 6. [...] 7. [...] 8. Recurso improvido. Min. José Delgado, 21 de junho de 2001a.

³⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos Embargos de Divergência em RESP n° 978.651/SP**. Ementa: Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial. DANO MORAL. FALECIMENTO DO TITULAR. AJUIZAMENTO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA. TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. SÚMULA N.º 168/STJ. A posição atual e dominante que vigora nesta c. Corte é no sentido de embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio ou os herdeiros legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo *de cuius*. Incidência da Súmula n.º 168/STJ. Agravo regimental desprovido Relator: Min. Felix Fischer, Corte Especial, Julgado em 15 de dezembro de 2010.

No acórdão citado, consigna-se que a corrente jurisprudencial dominante na e. Corte Superior consiste na compreensão de que, muito embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização é transmitido com o falecimento do titular do direito, por conseguinte, o espólio ou os herdeiros possuem legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar a ação indenizatória por danos morais em razão da ofensa moral suportada pelo *de cuius*.

Anos mais tarde, o E. STJ resolve sumular a matéria: “O direito à indenização por danos morais transmite-se com o falecimento do titular, possuindo os herdeiros da vítima legitimidade ativa para ajuizar ou prosseguir a ação indenizatória”.³⁵⁴

Assim, pode-se afirmar com segurança que, atualmente, no Brasil, a matéria relativa à transmissibilidade do direito ao crédito decorrente de danos extrapatrimoniais encontra-se sedimentada no sentido de sua possibilidade. Isto implica dizer que a quebra ou inobservância das diretivas antecipadas de vontade, por configurar ato ilícito ante a lesão ao direito de autodeterminação, ao direito de consentimento informado e aos direitos da personalidade, implicará responsabilidade civil do ofensor passível de transmissão aos herdeiros da vítima.

Até aqui se apreciou a responsabilidade do médico pelo descumprimento da vontade do paciente, todavia esse ilícito pode atuar conjuntamente com os procuradores de cuidados de saúde e com os próprios membros da família. No primeiro caso, a inobservância da vontade do paciente decorrente de conduta do procurador para os cuidados de saúde pode decorrer na tomada de decisão, de acordo com suas concepções particulares, valores, crenças e não conforme o interesse do paciente. Esse descumprimento, obviamente resta muito mais claro quando o doente confecciona uma declaração de autonomia pessoal e ao mesmo tempo constitui o mandato duradouro. Da leitura da declaração é possível extrair que a conduta de autorizar ou recusar externalizada pelo procurador não corresponde com a vontade do declarante. Neste caso, se o descumprimento é explícito e não há dúvidas a respeito do intento do autor, concorrem para o descumprimento tanto o procurador para cuidados de saúde, quanto o médico que realizou o ato contrário, logo, ambos têm o dever de indenizar os danos ocasionados.

Contudo, o descumprimento da vontade do outorgante muitas vezes não fica tão claro, mormente quando o autor não deixa indicativos expressos da sua vontade. Portanto, a fim de conferir segurança ao direito de autonomia pessoal do paciente, visto que o procurador não atua em seu nome, mas de acordo com aquilo que seria a vontade do paciente, parece

³⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 642**. Ementa: O direito à indenização por danos morais transmite-se com o falecimento do titular, possuindo os herdeiros da vítima legitimidade ativa para ajuizar ou prosseguir a ação indenizatória. Corte Especial, julgado em 02/12/2020, DJe de 07/12/2020b.

adequada a adoção de uma das abordagens que serão trazidas no decorrer desse capítulo, posto que por meio delas será exteriorizado o intento do paciente e conferirá maiores condições de todos, até o procurador para cuidados de saúde, compreenderem a vontade e os anseios do autor das diretivas.

Do mesmo modo, os familiares podem ser responsáveis pela inobservância das diretivas e são muitas as causas que concorrem para essa conduta ilícita. Desde questões morais, para não se sentirem impotentes, negligentes ou para firmarem a consciência de que lutaram pela vida do ente querido, ou ainda, valores religiosos ou crenças particulares e em casos extremos até interesses econômicos, por exemplo, os reflexos que essa inobservância pode gerar em termos sucessórios; ignoram as diretivas do paciente e autorizam o médico a realizar ou abster-se do ato médico mesmo contra a vontade previamente manifestada pelo doente. Brown relata um determinado caso:

Meu colega de trabalho conta uma história sobre seu sogro, Ray. Um pediatra aposentado de oitenta e nove anos que vivia sozinho, Ray tinha mantido secretamente uma infecção em seu pé por vários meses antes que seus filhos a descobrissem e o forçassem a ir ao hospital. Ray tinha uma saúde razoável apesar da diabetes que permitiu que a infecção se instalasse em seu pé. Ele resistiu ao tratamento porque não queria ser hospitalizado ou se submeter a procedimentos invasivos. Uma vez que ele adentrou ao hospital, acontecimentos levaram inevitavelmente a uma posterior amputação de seu pé infeccionado. Ray morreu, devagar e tristemente, no decorrer dos próximos seis meses. Ele nunca perdoou sua família pela decisão de remover sua perna do que deixá-lo ir em paz. Ninguém levantou a possibilidade de que Ray pudesse racionalmente querer considerar o cuidado em casas de repouso do que a cirurgia. A decisão médica sobre a amputação veio muito de repente, muito dramaticamente, para que a família de Ray fizesse algo além de se conformar. E não havia nenhuma pessoa ou sistema disponível para dar voz à preferência de Ray por uma morte natural diante de sua diabetes avançada. Ele estava acordado e se comunicando durante todo o tempo: nenhuma diretiva antecipada poderia possivelmente ser aplicada na situação de Ray quando isso importou. (tradução livre).³⁵⁵

No caso supramencionado, nota-se que os familiares ignoraram a vontade do paciente ainda que em situação de plena capacidade de tomada de decisão. O paciente estava

³⁵⁵ “My coworker tells a story about his father-in-law, Ray. An eighty-nine-year-old retired pediatrician living alone, Ray had harbored an infection of his foot for several months before his children discovered it and forced him to go to the hospital. Ray had been in reasonable health despite the diabetes that allowed the infection to set up in his foot. He had resisted treatment because he did not want to be hospitalized or undergo invasive procedures. Once he entered the hospital, events moved inexorably toward amputation of his infected foot. Ray died, slowly and miserably, over the next six months. He never forgave his family for the decision to remove his leg rather than let him go peacefully. No one had raised the possibility that Ray might rationally have wanted to consider hospice care rather than surgery. The medical decision about amputation came too suddenly, too dramatically, for Ray’s family to do anything but acquiesce. And there wasn’t any person or system available to give voice to Ray’s preference for a natural death in the face of his advanced diabetes. He was awake and communicating the whole time: No advance directive could possibly have applied in Ray’s situation when it mattered”. BROWN, 2016, p. 211.

consciente e ciente de suas decisões, não bastasse isso, não se tratava de leigo ou paciente comum, mas de um médico pediatra. Ainda assim a família resistiu e não respeitou a vontade do pai. Os médicos também desprezaram a vontade atual e consciente de seu paciente.

O documento elaborado pela Secretaria de Estado de Saúde do Governo do Distrito Federal denominado Diretriz para cuidados paliativos em pacientes críticos adultos admitidos em UTI³⁵⁶, registra que as DAV devem resultar de um processo que favoreça um diálogo aberto entre familiares, médico e paciente tendente à reflexão das reais necessidades, crenças, valores, metas de cuidado e preferências do paciente. Na qualidade de instrumento de concretização da autonomia do doente no processo de morrer, indicam as intervenções permitidas e aquelas não autorizadas. Além disso, apontam os cuidados que almeja receber e os tratamentos que irão paliar a dor e os sintomas desconfortáveis.

O documento ressalta que os obstáculos dos familiares em observar as DAV guardam relação com as dificuldades de projeção do que irá acontecer ou da forma como deverão atuar, isto tudo decorrente da falta de comunicação com os pacientes sobre seus intentos, ensejando assim, conflitos. Relata, ainda, esse protocolo, que familiares que conversaram claramente e de forma esclarecida com os pacientes sobre seu prognóstico e opções de tratamento cumpriram posteriormente as DAV e aqueles que passaram pelo luto afirmaram que essas diretrizes pouparam de algumas preocupações quanto às condutas a serem realizadas.

Dessa forma, a busca de resultados que assegurem maior efetividade e observância à vontade do paciente deve prescrutar não apenas institutos coercitivos e a responsabilização civil, mas uma mudança de pensamento e conscientização de todos. Por isso, parece adequado afirmar que a elaboração das diretivas antecipadas de vontade deve decorrer de um processo, até mesmo com a participação de médicos de confiança e dos familiares queridos. Isto não implica dizer que essas pessoas possam interferir na tomada de decisões e constituição das diretrizes, mas ao acompanharem esse processo poderão testemunhar a construção da vontade do paciente.

O Manual de Cuidados Paliativos indica um estudo realizado com pacientes com câncer metastático sem perspectiva de cura que apontou que 69% a 81% dos pacientes não tinham percepção adequada de riscos e benefícios dos tratamentos a que estavam sendo submetidos e acreditavam que poderiam ser curados pela quimioterapia³⁵⁷. O que implicou muitas sujeições a

³⁵⁶ DISTRITO FEDERAL. Secretaria de Estado da Saúde. Comissão Permanente de Protocolos de Atenção à Saúde. **Protocolo de Atenção à Saúde: Diretriz para Cuidados Paliativos em pacientes críticos adultos admitidos em UTI**: norteando as prioridades de cuidado. Disponível em: http://www.saude.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/04/6.-Cuidados_Paliativos_em_UTI.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

³⁵⁷ D'ALESSANDRO; PIRES; FORTE, 2020, p. 47.

quimioterapias desnecessárias. Isso apenas revela a importância da conversa franca e dos esclarecimentos necessários sobre a doença envolvendo todos – paciente e familiares.

Marcos Almeida aduz a resistência do médico na observância da autonomia do doente e na prestação de informações:

[...] discussões francas e honestas com portadores de doenças fatais acerca de seu estado, seu prognóstico e possíveis caminhos de ação terapêutica, são emocionalmente muito desgastantes. É bem mais fácil cogitar apenas das possibilidades amenas de que de todas as possibilidades. A suposição de que as pessoas com enfermidades graves ou fatais ficarão mais felizes se forem enganadas é altamente suspeita [...]. Quase sempre a razão principal, o propósito maior por trás do disfarce benevolente é a felicidade do médico, a supressão da sua própria inquietação e a evitação do seu óbvio desconforto em ter que lidar com o assunto. Mais ainda, habitualmente é só o paciente que é enganado, enquanto um parente ou toda a família sabem a verdade completa³⁵⁸.

Há uma emergência de uma abertura compassiva sobre a escolha de transição natural às fases finais de vida como parte integrante das discussões do consentimento informado sobre procedimentos e cirurgias de potenciais eventos médicos. Até mesmo a abordagem médica poderia ser mais humanizada. Existe diferença entre o médico dizer: “*Se você não fizer esse procedimento você morrerá*” para “*Algumas pessoas nessa situação sentem que suas vidas caminham para o fim natural e não querem procedimentos médicos para interferir nesse processo*”; para somente então questionar como a pessoa se sentiria diante desse quadro.

A tomada de decisão para o fim de vida deve decorrer de uma construção pessoalmente relevante e que visa alinhar as ações a serem realizadas com os valores atuais do paciente, metas e prioridades. Para isso, é imprescindível um exercício de retrospectiva e prospectiva, no intuito de que haverá a ponderação da vida do indivíduo como um todo, inclusive a fase da vida anterior à doença em questão.

No manual já citado, os autores indicam o planejamento avançado de cuidados, que seria um processo pelo qual pacientes, familiares e a equipe médica definem objetivos de cuidados e tratamentos futuros, fundamentados nos desejos e valores do paciente. Afirmam:

Preconiza-se que o planejamento de cuidados seja feito através de tomada de decisão compartilhada, isto é, a equipe de saúde deve ter uma escuta ativa, entender como o paciente e a família estão compreendendo o processo de adoecimento, buscar ouvir sobre a história de vida do paciente, quais são as coisas que mais importam para ele e o que faz com que a sua vida tenha sentido “[...] A ideia é que unindo as informações biográficas e de valores do paciente às questões técnicas do cuidado se

³⁵⁸ ALMEIDA, Marcos de. Comentários sobre os princípios fundamentais da bioética: perspectiva médica. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (org.). **Fundamentos da bioética**. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2002. p. 56-67. (Nova práxis cristã). p. 61.

construa um planejamento de cuidados individualizados que faça sentido para aquela pessoa, tento em termos de medicina baseada em evidência como em termos pessoais”.³⁵⁹

Ao realizar a análise desses manuais de cuidados paliativos nota-se uma tendência de ampliação no processo de tomada de decisão, até mesmo com participação desses familiares. Emerge, então, um novo conceito de autonomia pessoal no âmbito dos direitos humanos dos pacientes, o princípio da autonomia relacional.

Para os adeptos dessa teoria, os direitos humanos do paciente permitem expandir os horizontes do conceito de autonomia pessoal, visto que essa normativa não concebe que as escolhas realizadas pelo paciente decorram exclusivamente de seus interesses e suas realidades, mas reconhece que o paciente ainda constitui a fonte principal da decisão e responsável pelo seu cuidado, todavia não podem ser ignorados seus meios sociais, culturais e econômicos, logo, este ser é compreendido em seu aspecto relacional³⁶⁰:

[...] o termo “autonomia relacional” refere-se à concepção de autonomia que a vincula aos aspectos sociais da vida do indivíduo, ou seja, sua conexão integral com a política, economia, raça, sexo, cultura, experiências de vida, interações com outros e anseios pessoais. Em uma abordagem relacional, a autonomia emerge de dentro e em decorrência dos relacionamentos existentes, e as relações com os outros e com as instituições sociais suportam ou limitam a autonomia. Portanto, além do respeito ao direito do paciente de fazer escolhas informadas, o profissional da saúde deve atentar ainda para a construção pessoal da identidade por cada paciente.³⁶¹

³⁵⁹ D’ALESSANDRO; PIRES; FORTE, 2020, p. 95.

³⁶⁰ PARANHOS, Denise G. A. M.; ALBUQUERQUE, Aline. Autonomia do paciente idoso no contexto dos cuidados em saúde e seu aspecto relacional. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 32-49, mar./jun. 2018.

Para as autoras a autonomia relacional demanda uma formação tanto dos pacientes quanto dos profissionais de saúde. Isto porque não basta compreender o indivíduo em seus aspectos particulares, mas este e sua família devem assimilar a sua relação com a equipe de saúde, o funcionamento do sistema de saúde, os limites de sua autonomia e sua responsabilidade e do ponto de vista da equipe médica, a efetivação da autonomia demanda os ajustes às expectativas do paciente, perceber-se face à doença e adaptar-se às implicações da enfermidade. Para tanto, propõe um atendimento multiprofissional, inaugurado por avaliação psicossociológica. Influenciadas por Herring, essas autoras indicam que a autonomia relacional tem como pano de fundo o reconhecimento de que a vulnerabilidade e dependência são fatores universais e que a vida do ser humano baseia-se em relacionamentos intersubjetivos. Aduzem: “Herring ressalta que a visão de autonomia deve amparar-se na promoção de valores como amor, lealdade, amizade e cuidados, a partir dos quais poderemos compreender que a pergunta mais adequada não é simplesmente ‘o que é melhor para mim?’, mas sim, dada a responsabilidade de um ser humano em relação ao outro, ‘qual o curso de ação mais apropriado?’”. Portanto, as decisões partem de seus relacionamentos e obrigações que uma pessoa tem com a outra. O ponto central constitui: “isso não quer dizer que nossos desejos e vontades não devam ser respeitados, mas que devemos reconhecê-los como produtos de um processo complexo. Outro aspecto por ele apontado é que muitas pessoas tomam decisões com base em seus relacionamentos, mas não simples decisões sobre como conduzir a própria vida, e sim decisões que consideram as obrigações e responsabilidades que temos em relação ao outro e que, por impactar a vida alheia, devem ser tomadas em conjunto. Assim, segundo o autor, não se pode perder de vista a necessidade de reconhecimento de que nossa vulnerabilidade universal significa que precisamos uns dos outros”. PARANHOS; ALBUQUERQUE, 2018, p. 43-44.

³⁶¹ Ibid., p. 41.

Nessa concepção, a autonomia desenvolve-se com base em um contexto social e, para tanto, carece do estabelecimento de um ambiente adequado, inclusive com o oferecimento de suporte ao paciente, a fim de se criar uma atmosfera favorável ao diálogo, com a oitiva, o esclarecimento de dúvidas e a conscientização das implicações de sua tomada de decisão.

Essa reconfiguração da autonomia do paciente conecta-se com a ideia de vulnerabilidade, isto porque além da pressuposição de suas relações pessoais, contexto de vida, deve-se levar em conta as condições de vulnerabilidades específicas, reveladas em sua dependência para com outros, familiares, cuidadores e profissionais de saúde³⁶². Destacam diversos pontos favoráveis da adoção da autonomia relacional para o processo terapêutico, dentre eles melhor compreensão e efetividade da autonomia do paciente pelos profissionais de saúde, maiores condições de entendimento das escolhas do paciente ao se considerar a natureza complexa do ser humano e as relações sociais que o envolvem, o compartilhamento das decisões e a personalização das relações entre os pacientes e a equipe de saúde, além de evitar o paternalismo, entre outros³⁶³.

Ao escrever sobre sua experiência em cuidados intensivos, o médico Samuel Brown aponta cinco possíveis abordagens para o estabelecimento de metas em sede de cuidados intensivos. Essas ações parecem ser pertinentes no processo de construção das diretivas antecipadas, tanto no modelo escrito, abandonando-se qualquer modelo de formulários ou códigos, quanto nos casos de constituição de procurador para cuidados de saúde³⁶⁴. Ademais, parece ir ao encontro da nova concepção de autonomia promovida pelos direitos humanos do paciente.

A primeira abordagem apontada pelo autor seria a “*Faça de tudo*”. Nessa linha, os médicos devem fazer qualquer coisa e tudo o que puderem para prolongar a vida. Geralmente,

³⁶² PARANHOS, Denise G. A. M.; ALBUQUERQUE, Aline. Direitos Humanos dos Pacientes e Vulnerabilidade: O paciente idoso à luz da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. **Questio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 2844-2862, 2017. p. 2850-2851.

³⁶³ PARANHOS; ALBUQUERQUE, 2018. Prosseguem as autoras, p. 42: “Ainda, o reconhecimento da autonomia relacional propicia condutas proativas por parte dos profissionais da saúde, no sentido de criar condições que promovam o desenvolvimento da autonomia pelo paciente, ou seja, ações que estimulem a confiança do paciente em relação aos profissionais, o entendimento sobre como gerenciar aspectos específicos de sua saúde e a capacidade do paciente e da família de relatar fatos importantes no desenvolvimento da doença, minimizando as barreiras de acesso e gerando oportunidades que dão suporte à sua saúde e ao bem-estar”.

³⁶⁴ Parece que a adoção dessas abordagens tem grande contribuição, particularmente no caso do mandato duradouro, visto que haverá inequívoca exposição da vontade do agente, o que conferirá mais segurança no momento de o procurador autorizar ou recusar a intervenção. Contudo, é possível que o paciente já constitua o procurador para se poupar dos pensamentos de morte ou até mesmo, reserve-se no direito de não ser informado, o que não deixa de ser um exercício de autonomia. Parece que nesses casos o autor do mandato, ao constituir seu procurador confia plenamente de que este agirá de acordo com sua vontade, mas não se pode ignorar que haverá dificuldades em se apreciar se realmente essa vontade fora observada ou se na verdade a tomada de decisão foi realizada com base naquilo que o procurador entendia ser melhor segundo seus valores.

essa ação é mais indicada aos casos em que o paciente tem maiores chances de responder aos tratamentos. A pessoa deve estar ciente dos riscos, desconfortos e das despesas relacionadas a essa abordagem, todavia, ainda assim a requerem.

O médico alerta que em alguns casos esse método não é aconselhável, visto que não é considerada a melhor resposta como tratamento a uma doença com risco de morte:

Escolher essa abordagem requer comprometimento profundo para uma excelente reabilitação após a doença com risco de morte, para ajudar a minimizar os sintomas da Síndrome Pós-Cuidado Intensivo e ajudar as pessoas a florescerem em face de uma nova deficiência/doença. É moralmente errado concordar em utilizar tecnologias de suporte vital e então abandonar os pacientes por si só uma vez que eles passaram da UTI vivos. Mesmo essa abordagem mais agressiva e familiar não pode continuar com as práticas desumanizadoras do passado. (tradução livre).³⁶⁵

Assim, não basta apenas cientificar o paciente e seus familiares dos riscos do procedimento em si, mas até as possíveis intercorrências advindas de um quadro pós-cuidados intensivos. Do mesmo modo que cientificar que essa abordagem não seria indicada para casos de doentes terminais.

Ao prosseguir, o médico indica a segunda abordagem: *“Ser agressivo apenas se eu tiver uma chance razoável de recuperação”*. Em um contexto de submissão a uma unidade de tratamento intensivo, os riscos não se limitam ao período de estadia nesse centro, mas comumente pessoas que estiveram sob esses cuidados na hipótese de sobrevivência padecem posteriormente com incapacidades físicas ou psicológicas, denominada Síndrome Pós-Cuidados Intensivos. Ao discorrer sobre o tema, Brown assinala que em que se pese tais administrações poderão ensejar dor e desconforto, mormente durante o período de hospitalização e permanência na UTI, contudo após seis ou doze meses desse evento terão uma chance razoável de qualidade de vida³⁶⁶. Nota-se que a diferença entre a primeira e a segunda abordagens recai sobre as chances de recuperação e, nesse sentido, demanda um exercício de ponderação sobre as circunstâncias que permeiam o quadro, inclusive a respeito

³⁶⁵ *“Choosing this approach requires deep commitment to excellent rehabilitation after life-threatening illness to help minimize the symptoms of Post Intensive Care Syndrome and to help people flourish in the face of new disability. It is morally wrong to agree to run life support technologies and then abandon patients to their own devices once they have made it out of the ICU alive. Even this most aggressive and familiar approach cannot continue in the dehumanizing currents of the past”*. BROWN, 2016, p. 231.

³⁶⁶ *“A recuperação irá custá-los muito no que diz respeito à sua dor e seu desconforto durante a hospitalização, especialmente durante a estadia na UTI, porém de seis a doze meses após a hospitalização esses sobreviventes terão uma chance razoável de uma qualidade de vida excelente”* (tradução livre). *“Recovery will cost them a great deal in terms of their pain and discomfort during the hospitalization, especially during the ICU stay, but by about six to twelve months after hospitalization these survivors will often have a reasonable to excellent quality of life”*. Ibid., p. 231.

da permissão da ocorrência da morte natural ao invés de continuar com tratamentos médicos que provavelmente não lograrão êxito.

Para os casos de proximidade de fim de vida, contudo, a morte rápida ainda não é bem vista, o médico sugere a terceira abordagem: *“Apenas me admitir para uma unidade de cuidado intensivo se eu tiver excelentes chances de recuperação”*. Essa abordagem parte do pressuposto de que o método de tratamento agressivo, o desconforto e dores, além das despesas apenas fazem sentido se houver excelentes chances de recuperação:

Eu considero um número crescente de pacientes com condições médicas crônicas preferindo algo assim quando eles vêm sob meus cuidados. Uma estadia na UTI para uma úlcera hemorrágica poderia fazer sentido, ainda que envolva intubação temporária, porque a grande maioria dos pacientes se sai muito bem após tal episódio. Para uma pneumonia severa, por sua vez, alguém que adotou a Abordagem 3 poderia provavelmente não se submeter à ventilação mecânica porque, enquanto muitos pacientes se recuperam bem, as probabilidades de recuperação não são “excelentes”. Muitas pessoas podem não querer uma ressuscitação cardiopulmonar a não ser que se fosse assistido, e um problema de ressuscitação fácil de resolver, assim como pode ocorrer um inesperado e transitório problema de arritmia cardíaca. A Abordagem 3 pode, em geral, se aplicar às pessoas que estão começando as fases finais da vida e não veem ainda sua vida como completas. Elas podem achar seu estado de saúde atual controlável, mas reconhecem que mais baixas nas forças e qualidade de vida podem provavelmente cruzar um limite para eles que poderia indicar que sua vida está próxima do fim. (tradução livre).³⁶⁷

O paciente ao refletir sobre os benefícios e os riscos decorrentes à sujeição aos cuidados intensivos, bem como ao apreciar seu quadro de proximidade de final de vida, percebe que em muitos casos os maléficos decorrentes desses cuidados, dentre eles a possibilidade de desenvolvimento da síndrome pós cuidados intensivos, que se existente, poderá perdurar de seis a doze meses, resolve recusar a medida e adotar a assistência de um geriatra ou médico de cuidados paliativos na área ambulatorial e cuidadores para auxiliá-los a viver sua vida de forma plena mesmo diante da morte iminente.

“Não me admitir na unidade de intensivo” integra o conteúdo da quarta abordagem³⁶⁸. Essa escolha reconhece que a doença irá causar sofrimento e desconforto significativos com

³⁶⁷ *“I find an increasing number of patients with chronic medical conditions favoring something like this when they come under my care. An ICU stay for a bleeding ulcer would make sense, even if it involved temporary intubation, because the large majority of patients do quite well after such an episode. For severe pneumonia, on the other hand, someone who adopted Approach 3 would probably not undergo mechanical ventilation because, while many patients do recover well, the odds of recovery are not ‘excellent.’ Most people would not want CPR unless it were for a witnessed, easily resuscitated problem, such as might happen with an unexpected, transient heart rhythm problem. Approach 3 would generally apply to people who are just beginning the final phases of life and do not yet see their lives as complete. They might find their current health manageable but acknowledge that further decreases in strength and quality of life would probably cross a threshold for them that would indicate that their life is near its end”*. BROWN, 2016, p. 232-233.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 233-234.

chances remotas de recuperação. A autorização de cuidados relativos às pessoas que optam por uma abordagem nesse sentido recai sobre o tratamento de doenças que poderiam ser resolvidas com a administração de antibióticos e outros fármacos na enfermaria de um hospital, ou seja, a anuência recai apenas a tratamentos de doenças simples que não interfere no processo natural de morte, muito menos substituiria uma morte tranquila e relativamente sem dor.

Ressalta-se que para o êxito na escolha de qualquer uma das abordagens a atuação médica no processo informativo é fundamental, até para possibilitar um trajeto de morte saudável, com a presença dos familiares e queridos. Os médicos não podem ser receosos ou filtrar informações, salvo se houver pedido expresso nesse sentido, a respeito da evolução e das alterações em razão do corpo e demais aspectos médicos da fase da vida.

Por fim, a quinta abordagem implica a ordem “*Não me admitir em um hospital, focar apenas no meu conforto*”. Nessa linha decisória, a pessoa deixa claro que o prolongamento artificial de vida não se revela apropriado sob nenhuma situação. Isto porque qualquer interferência médica implicaria apenas a deformação ou o retardamento do processo de morrer. O autor assinala que

A Abordagem 5 enfatiza que há uma diferença entre o atual principal fardo ou desconforto associado com o tratamento e o fardo ou desconforto que resulta de adiar a morte. Antibióticos são um exemplo clássico. Em geral (imaginando que você não tenha uma diarreia ou uma irritação), antibióticos não são associados com nenhum desconforto particular. Mas com o curso da história humana, corpos desgastados têm uma tendência a morrer de infecção do trato urinário ou pneumonia. Essas condições, se os sintomas forem bem gerenciados, podem ser maneiras tranquilas de se partir. De qualquer maneira, essas infecções são também muito fáceis de curar, e é difícil resistir à tentação de tratá-las. Antibióticos não são desconfortáveis, e a média de cura para cada episódio é alta. Mas no processo, o tratamento pode trazer uma morte mais dolorosa pouco tempo depois. O risco não é de que o tratamento com antibióticos seja mais doloroso ou diretamente mais difícil. O risco também não é que a morte será adiada ou mais cara. O real risco, e o único que nós devemos ser cautelosos, é que o tratamento irá deformar o processo da morte. O reconhecimento da Abordagem 5 de que o propósito da medicina não é mais curar a doença, mas manter o conforto na fase final da vida. (tradução livre).³⁶⁹

³⁶⁹ “Approach 5 emphasizes that there is a difference between the actual primary burden or discomfort associated with a treatment and the burden or discomfort that results from postponing death. Antibiotics are a classic example. By and large (assuming you don’t get diarrhea or a rash), antibiotics are not associated with any particular discomfort. But over the course of human history, worn-out bodies have tended to die from urinary tract infection or pneumonia. These conditions, if the symptoms are managed well, can be peaceful ways to pass from life. However, these infections are also pretty easy to cure, and it’s difficult to resist the temptation to treat them. Antibiotics aren’t uncomfortable, and the cure rate for each episode is high. But in the process, treatment may substitute a more painful death a short time later. The risk is not that the antibiotic treatment will be painful or directly burdensome. The risk is also not only that death will be delayed or more expensive. The real risk, and the one we should be careful of, is that the treatment will deform the process of dying. Approach 5 acknowledges that the purpose of medicine is no longer to cure disease but to maintain comfort in life’s final phase”. BROWN, 2016, p. 235.

Essas propostas de abordagem foram intencionalmente tratadas nesse capítulo e não no âmbito do conteúdo das diretivas, ao passo que elas contribuem para o melhor conhecimento da vontade do paciente, demonstram a importância da atuação médica no processo de informação do quadro médico do indivíduo e revelam que a confecção das diretivas antecipadas de vontade não podem ser pobremente resumidas como indicação daquilo que se autoriza ou recusa em uma situação superveniente de impossibilidade de prestar o consentimento ou dissentimento atual ou em apenas um exercício “*pro forma*” de autonomia do paciente ou no âmbito negocial, autonomia privada.

Contudo, a elaboração das diretivas deve decorrer de um processo colaborativo e comunitário, isto porque demanda a participação, ainda que não por lei, de médico que revele as particularidades do caso, bem como as probabilidades existentes. Para criar uma orientação autêntica é preciso conhecimento sobre o curso esperado da doença em questão e não uma lista “formal” e padrão de eventos hipotéticos. Não se pode acreditar que as diretivas antecipadas de vontade funcionem sem interligá-las a decisões reais e a um curso esperado.

Além disso, a presença dos familiares para se prepararem e aceitarem o processo de morte de seu ente querido é imprescindível. Essa preparação e aceitação, juntamente com o ato de testemunhar todo o exercício ponderativo do paciente/ente querido concorrerão para que todos empreguem esforços para que a vontade do doente seja respeitada e observada. Assim, potencializará a redução dos casos de ignorância, inobservância e desrespeito das diretivas antecipadas. Todavia, essa participação, não significa que tomarão ou influenciarão no processo decisório da construção das diretrizes para o fim de vida, posto que isso é personalíssimo do paciente, apenas como acompanhamento, conhecimento e compreensão das reais necessidades e vontade do declarante/paciente.

5 CONCLUSÃO

Nas últimas décadas, a morte e suas circunstâncias passaram por um processo que, de uma forma ou de outra, reduziu aquilo que era tido como um evento natural. Outrora, a pessoa morria em sua casa e na companhia de seus entes queridos, todos assistiam ao momento do passamento do indivíduo, visto que era concebida como uma cerimônia pública e organizada, o quarto do doente possuía trânsito livre para o acompanhamento dessa passagem. Com o passar dos anos, a morte tornou-se um tabu.

Muitos empregam esforços para negar esse fato da vida, até escondem do doente a gravidade de seu quadro sob a alegação de poupá-lo, o que enseja sua morte na ignorância e muitas vezes sem espaço para despedidas ou “fechar arestas”. Houve um deslocamento, até mesmo do local da morte. Não se morre mais em casa, mas comumente se morre sozinho, em um leito de UTI.

No hospital, esse fenômeno é concebido como um processo técnico, declarado por profissionais especializados, os donos da morte, denominados tanocratas. Essa decisão, em muitos casos, é precedida por algumas indagações. O profissional médico se questiona se deve haver “investimento” ou não no paciente: continua ou não a ventilação artificial em um paciente em estado de coma irreversível ou em estado vegetativo persistente? Uma quimioterapia agressiva tem que ser administrada quando seu resultado apenas acarretará um prolongamento de vida em um curto espaço de tempo e que é irreversível? Em quais cenários os cuidados paliativos são mais apropriados que o tratamento invasivo?

Essas indagações revelam a necessidade de maior envolvimento no processo de morrer em decorrência dos avanços tecnológicos na área da medicina. Nesse contexto, a respeito dessa necessidade de tomada de decisão quanto às técnicas que devem ou não ser administradas perante determinado quadro de um paciente, eclodem a imprescindibilidade de um protagonista, seja o médico, seja o próprio paciente ou alguém por ele designado.

Contudo, ainda é comum, talvez pelos anos de paternalismo médico, em que o médico determinava o que deveria ser feito e o paciente apenas se sujeitava, que essas decisões sobre terminalidade de vida sejam tomadas por esses profissionais com base apenas em normas médicas. Muitos até possuem ressalvas no tocante à possibilidade de autodeterminação no paciente, pois, a seu entender, há, ainda que implicitamente, um questionamento acerca da *expertise* do profissional da saúde.

As deliberações pelo prolongamento artificial de vida ou a recusa à submissão de determinados tratamentos para manutenção artificial da vida, conforme visto nos capítulos

anteriores, são matérias intimamente relacionadas com o direito de autodeterminação do paciente, que cada dia mais assume seu papel protagonista, aliás, não pode ser constrangido a sujeição de intervenções sem prestar seu livre e esclarecido consentimento.

Neste panorama, as diretivas antecipadas de vontade apresentam-se como um importante instrumento de assunção do protagonismo do paciente, ao passo que esse designará de forma antecipada aquilo que deseja para uma situação superveniente de terminalidade de vida e sob condições em que não pode exprimir sua própria vontade.

Guardam relação com tutela constitucional da pessoa humana, mormente com o direito de autodeterminação, viabilizada pelo direito de liberdade individual, integridade física e psíquica e a vedação à tortura, todos institutos afetos à estrutura dos direitos fundamentais e, como tal, qualquer limitação a esse direito deve ser precedida de lei, sempre cabendo ao legislador argumentar e enunciar as razões suficientes a justificar qualquer restrição.

O indivíduo tem direito à liberdade privada ou liberdade de condução da própria vida, condicionada a não causar dano a outrem. Essa autonomia efetiva a tutela da capacidade da pessoa em regular e conduzir sua vida, em conformidade com sua percepção particular de seu próprio caráter, ou seja, assegura a disciplina de seus interesses de acordo com sua própria percepção de vida e sua personalidade.

Compreende a capacidade individual em tomar decisões sobre sua vida, influenciada por suas crenças, desejos e valores, que compõem sua identidade. Relativamente aos cuidados com saúde e no fim da vida, delimitam o espaço de liberdade do paciente em aceitar ou recusar procedimentos e tratamentos médicos, assim como a legitimidade de intervenções estatais, quer no âmbito do Poder Legislativo, quer no do Poder Judiciário.

As diretivas antecipadas podem ser materializadas por documento escrito, elaborado pelo próprio paciente com o auxílio de um médico de sua confiança, descrevendo as condutas que deseja que sejam ou não realizadas quando estiver nessas condições, portanto, trata-se de um documento cujos efeitos serão produzidos após a ocorrência da condição suspensiva. O auxílio do médico não constitui requisito obrigatório, porém é recomendável ao passo que expor ao declarante as características de sua enfermidade, bem como as várias hipóteses da evolução da doença, contribui para que a vontade do paciente seja realmente alcançada, reduz as chances de cláusulas contraditórias, assim como evita a construção de situações fantasiosas por parte do doente.

No que concerne à sua natureza jurídica, pode ser designada como negócio jurídico unilateral, unipessoal e existencial e nessa qualidade, deve observância à disciplina jurídica dos negócios jurídicos, mormente seus elementos. No que tange aos elementos essenciais,

consistentes nos requisitos de validade, as diretivas antecipadas de vontade, na modalidade escrita, devem ser elaboradas por agente capaz, a declaração de vontade deve estar isenta de vícios e a idoneidade do objeto, e este último recai, em especial, sobre as hipóteses de cabimento e o conteúdo das diretivas.

A exigência da capacidade do declarante recai sobre o momento de sua elaboração, ainda que posteriormente se torne incapaz, não haverá nulidade, o que não se pode aplicar no caso da idoneidade do objeto. Isto porque, por ocasião da elaboração das diretivas antecipadas pode ser que o objeto seja lícito e possível, porém ao passar dos anos pode haver modificação desse panorama por diversas causas, *v.g.*, a inexistência ou inaplicabilidade da técnica, as limitações supervenientes por normas cogentes, a exemplo de indicação de que tal técnica configura-se desumana ou ilegal. Nesse caso, a declaração não produzirá efeitos, por conseguinte, no que toca aos efeitos, em alguns casos, poderão as diretivas se aproximar mais dos atos jurídicos do que dos negócios jurídicos, visto que não se produzirão os efeitos pretendidos pelo declarante ante a vedação da lei.

Os elementos acidentais dessas diretrizes revelam-se pela cláusula condicional, ou seja, apenas produzirão efeitos por ocasião da impossibilidade de o doente exprimir sua vontade e, em alguns casos, pode versar sobre o lugar do cumprimento, como no hospital ou em casa, juntamente com seus familiares.

Esse exercício de autonomia individual esbarra em limitações de ordem pública, a exemplo da vedação da prática da eutanásia e do suicídio assistido em alguns países. Contudo, não se pode confugir essas condutas ilegais com a prática da ortotanásia, externalizada pela utilização dos cuidados paliativos, o que é permitido. Os cuidados paliativos inserem-se no contexto de abstenção de tratamentos, intervenções e/ou administrações medicamentosas consideradas inúteis ou fúteis, na verdade, apenas como prolongamento do processo de morrer, tornando-o uma experiência lenta, sofrida e dolorosa.

Nesse sentido, essa limitação terapêutica direciona a atuação da equipe médica ao conforto e alívio do paciente, que uma vez precedida de análise médico-científica, ponderar-se-á se aquela medida será útil ou não ao tratamento do paciente. Assim, a assistência será desempenhada no intuito de conduzir o paciente a um processo natural de morte sem sofrimento, abandonando o emprego de medidas desproporcionais de prolongamento indevido de vida.

Na verdade, o que se busca nas diretivas antecipadas é justamente a limitação terapêutica, ou seja, a exclusão da distanásia, que seria o prolongamento excessivo da vida, mediante tratamentos fúteis, também conhecidos como obstinação terapêutica. A administração

desses processos terapêuticos enseja efeitos mais nocivos do que aqueles inerentes à própria evolução da enfermidade, o que significa dizer que são inúteis ao passo que inexistente probabilidade de cura e o benefício almejado é menor que os inconvenientes previsíveis.

Por critérios quantitativos, o tratamento fútil ou inútil consiste naquela prática que não obteve êxito nos cem últimos casos, ao passo que qualitativamente, existe uma probabilidade inaceitável de que o paciente obterá algum benefício. Todavia, nada impede que as diretivas sejam elaboradas no sentido de emprego de todo o esforço necessário.

Dessa forma, o conteúdo dessa vontade manifestada previamente pode recair, como afirmado anteriormente, sobre a recomendação de todo o esforço possível ou ainda a limitação ou recusa de tratamentos, a disposição a respeito de cuidados de conforto. Entre essas disposições, destacam-se ressuscitação cardiopulmonar, ventilação mecânica, medicamentos, tubos de alimentação, nutrição artificial, diálise e líquidos intravenosos.

Ainda no âmbito de seu conteúdo, pode haver a designação da omissão ou suspensão do suporte vital, consistente na recusa à utilização de aparelhos de ventilação mecânica ou até mesmo no seu desligamento, todavia, em qualquer caso, as disposições não podem antecipar o processo de morrer, apenas deixar seu curso natural, sob pena de nulidade da disposição. Do mesmo modo, em meio às cláusulas desse negócio jurídico pode haver a previsão do não emprego de antibióticos àqueles quadros de infecções, sobre a realização ou não de cirurgias, testes diagnósticos e transfusão de sangue, além da disposição da sedação profunda e contínua.

Em matéria de interpretação, não se pode perder de vista que, no processo de elaboração do documento estrito, o declarante considerou os tratamentos, métodos, diagnósticos e as técnicas existentes no momento em que a vontade manifestada projeta seus efeitos para o futuro. Por essa razão, não seria incomum a desatualização da vontade de paciente com o progresso dos meios terapêuticos.

Ao se observar a evolução das ciências médicas nos últimos anos, particularmente com a utilização de tecnologias avançadas, que viabilizam novas terapias, desenvolvimento de fármacos e tratamentos que anteriormente eram inconcebíveis ou inimagináveis. No intuito de reduzir os riscos da dúvida sobre a atualidade do documento e da vontade do declarante, alguns países como Portugal estabelecem um prazo para a eficácia do documento, o que não ocorre no Brasil, ante a ausência de disciplina específica sobre a matéria. Portanto, exigir-se-á mais daquele que a interpretar.

Por se tratar de negócio jurídico existencial, cuja finalidade constitui na efetivação do exercício da autonomia privada e pessoal do paciente, particularmente direitos mais

substanciais à pessoa humana, deve sempre prestigiar a vontade do declarante, ou seja, sua intenção ao confeccionar suas recomendações.

No entanto, existe uma peculiaridade na interpretação dessa modalidade contratual, haja vista que será interpretada por ocasião de sua produção de efeitos, que se dará por ocasião de não poder exprimir sua vontade, por conseguinte, a presença de dúvidas, omissões ou contradições no documento não poderá ser sanada pessoalmente pelo próprio declarante.

Esse fato muito se assemelha ao testamento, frisa-se, não se quer tratar como iguais, mas a questão da produção de efeitos em ambos ocorre em uma situação em que seu declarante não pode expressar sua vontade, de um lado, por ocasião da extinção da personalidade pela morte e, de outro, pela existência de uma enfermidade incapacitante.

Assim, parece razoável a adoção dos critérios de interpretação das disposições testamentárias às diretivas antecipadas de vontade. Conforme disposição do art. 1.899, do CCB, a interpretação do testamento deve ser realizada de forma que assegure ao máximo a última vontade do disponente. Em outras palavras, no processo hermenêutico haverá a preponderação de elementos subjetivos do declarante, tais como expressões comumente utilizadas, circunstâncias pessoais, costumes, meio social, entre outras condições que refletem a identidade do subscritor.

Ademais, ante a existência de cláusulas conflitantes, as disposições de vontade carecem de ser apreciadas como um todo unitário, a ser interpretado em sua integridade de modo a asseverar maior proximidade à vontade do paciente. Dessa maneira, em recomendações tendentes à não interferências inúteis e a seguir o processo natural de morte, o resultado da interpretação deve estar voltado para esse intento, diferentemente da interpretação que deve ser conferida nos casos em que o declarante optou por todo cuidado necessário.

Mais uma vez, em que pese não ser requisito de forma, destaca-se a importância da participação de um médico de confiança do declarante durante a confecção do instrumento, a fim de reduzir os riscos de dubiedades e cláusulas conflitantes. Esse profissional será capaz de alertar o paciente a respeito da evolução de seu quadro, os protocolos de tratamento disponíveis para aquela situação, assim como indicar os benefícios e prejuízos.

Não bastasse isso, o médico estará à disposição para dirimir dúvidas do disponente, conhecer a real vontade e, assim, apresentar quais as opções que contribuirão para o experimento do resultado pretendido pelo paciente, obviamente que sem influenciar nessas escolhas, posto que o exercício de ponderação deve ser procedido pelo próprio interessado, sob pena de vício na isenção da vontade. O médico apenas prestará o auxílio técnico para esclarecimento de questões complexas que permeiam o quadro do paciente.

Como já afirmado, as diretivas produzirão seus regulares efeitos na hipótese de seu disponente não ter condições de exprimir pessoalmente sua vontade. Na qualidade de instrumento para efetivação de direitos fundamentais e direitos da personalidade e ante a ausência de disciplina legislativa específica sobre o tema, é importante o estudo da disciplina já existente, ainda que em caráter geral, capaz de assegurar a efetividade do documento e as consequências de sua inobservância.

Diversas são as causas que podem ensejar o descumprimento ou o cumprimento defeituoso dessas disposições, quer por ato voluntário ou não. A ausência de informação a respeito de sua existência em uma situação emergencial, pode ser um exemplo. Daí, destacam-se algumas medidas que podem evitar tal ocorrência. A averbação das diretivas no prontuário eletrônico do paciente pode ser uma providência eficaz, na medida em que ao se realizar a admissão o paciente se atentará para a existência, bem como seu conteúdo.

Em alguns estados americanos há adoção de dispositivos indicativos no próprio corpo do paciente, como a utilização de pulseiras que expressam a ordem de não reanimar ou de não ressuscitação cardiopulmonar e a ordem de não intubar.

Todavia, a ausência de informação da presença de diretivas antecipadas não constitui única causa que concorre para a inobservância dessas disposições. Estudos informam que o medo de responsabilização, o sentimento de que tais disposições interferem e contestam o julgamento médico sobre os melhores interesses também contribuem para o incumprimento da vontade previamente manifestada. A própria postura médica de encarar a doença como um desafio e a morte como um fracasso da atividade corrobora para que o médico extrapole os limites impostos e ignore o desejo de seu paciente.

Neste contexto, diante do descumprimento voluntário por fatos imputáveis ao médico, ressalvadas as hipóteses de objeção de consciência, acarretarão consequências penais, administrativas e civis ao agente que descumpriu a recomendação.

No âmbito penal, o Código Penal brasileiro, no intuito de tutelar o direito de autodeterminação do indivíduo, prevê o tipo penal de constrangimento ilegal. Assim, ante a presença do consentimento ou dissentimento previamente informados e o descumprimento doloso de suas disposições poderá acarretar a responsabilização médica por este tipo penal.

Do mesmo modo, normas administrativas preveem o dever médico de observância da vontade previamente manifestada por intermédio das diretivas antecipadas e o dever médico de colher o termo de consentimento informado e esclarecido do paciente. Essas diretrizes nada mais são do que a prestação do consentimento ou dissentimento de modo renunciado para uma situação vindoura e superveniente que este paciente não poderá prestá-los de forma atual.

Assim, o médico que não cumprir a diretiva por fato imputável a si mesmo, se sujeitará às implicações das normas disciplinares no âmbito do conselho de classe, com penas que podem variar de advertência confidencial em avisado reservado à cassação do exercício profissional, *ad referendum* do Conselho Federal, a depender da gravidade do caso.

Pode ainda, incorrer nas infrações e respectivas penalidades, nos casos em que o médico se encontra sujeito ao regime estatutário, situação cujas penas podem oscilar entre advertência, destituição de cargo em comissão, destituição de função comissionada, suspensão, demissão ou cassação de aposentadoria. Importante ressaltar que cada ente administrativo tem autonomia para dispor a respeito da infração e respectiva penalidade.

As consequências da inobservância das diretivas não se limitam às notas anteriores, mas podem ser alcançadas pela responsabilidade civil. A relação entre médico e paciente pode ser estabelecida por convenção entre as partes, ocasião em que será aplicada a disciplina da responsabilidade contratual, mas as condutas antijurídicas também podem ocorrer em contexto não abarcado por contrato. Todavia, em todos os casos o médico apenas responderá subjetivamente.

Essas disposições antecipadas de vontade, para hipóteses de superveniência de doença incapacitante, externalizam e materializam o consentimento ou dissentimento informado que, por sua vez, buscam efetivar o direito de autodeterminação e autonomia do paciente. Nessa perspectiva, esses direitos decorrem de normas internacionais e nacionais, portanto sua violação voluntária implica a responsabilidade civil do médico, independente de relação jurídica contratual existente entre as partes.

A lesão ao direito de autodeterminação e autonomia do paciente implica lesões à interesses existenciais, que geram extrapatrimoniais ou morais. Contudo, nas hipóteses em que o paciente previamente dissente a respeito da utilização de técnicas fúteis e úteis e não deseja o prolongamento artificial da vida, o descumprimento dessas diretrizes acarreta agravamento na afetação do patrimônio da vítima, ao passo que pagará por essas medidas e tratamento médico. A repercussão econômica no patrimônio do paciente pode se dar diretamente em face do custeio direto e particular dessas despesas ou ainda nas hipóteses de coparticipação em planos de saúde, salvo se o tratamento for custeado pelo Sistema Único de Saúde. Logo, também enseja danos patrimoniais.

Todavia, ao se considerar o contexto em que as disposições para os cuidados de saúde são elaboradas e relativamente à sua produção de efeitos, não é incomum que o paciente/vítima venha falecer sem que tenha ingressado com a respectiva ação indenizatória.

Durante muito tempo prevaleceu o entendimento de que o direito a requerer a indenização por danos morais era intransmissível, tendo em vista que é matéria afeta aos direitos da personalidade, que constituem direitos personalíssimos. Porém, demonstrou-se, no presente estudo, que a intransmissibilidade de direitos decorre de lei, da natureza do direito ou de disposição contratual.

Os danos morais são devidos perante a violação de interesses existenciais e intrínsecos à figura humana. Esses interesses possuem natureza personalíssima, invioláveis, intransmissíveis e incessíveis. Porém, o direito a uma indenização compensatória possui natureza creditícia, ou seja, enseja direito a um crédito pecuniário que, por sua vez, é transmissível aos herdeiros.

Isto implica dizer que a inobservância das diretivas antecipadas de vontade, ante a grave violação aos direitos de autodeterminação, direitos fundamentais e direitos da personalidade do paciente provoca danos patrimoniais e morais, logo, o dever de indenizar do agente causador do dano. Essa indenização, que nada mais que um crédito, poderá ser pleiteada pelo espólio do paciente ou por seus herdeiros, sem prejuízo da pretensão de indenização por lesão a direito próprio.

Após décadas de entendimento de que o pedido de indenização por danos morais sofridos pelo *de cuius* não poderia ser requerido diretamente pelos herdeiros, mas apenas em sede de substituição processual, ou seja, nos casos em que a ação tenha sido ajuizada e o autor falece em seu curso, o Superior Tribunal de Justiça sumulou a matéria para o fim de pacificar o entendimento de que o crédito relativo à indenização por danos morais é transmissível aos herdeiros.

Todavia, o incumprimento das diretivas antecipadas pode ser imputado não apenas ao médico, mas também ao procurador para cuidados de saúde e aos familiares que, assim como os médicos, serão responsabilizados pela conduta ilícita. No entanto, parece que a efetividade e observância das diretivas não podem ser limitadas à sua coercitividade ou à responsabilização penal, administrativa e/ou cível, mas deve haver um movimento de formação e educação para sua elaboração.

Nesse sentido, no intuito de conferir maior segurança à observância de sua vontade, a elaboração das diretivas não pode ser resumida a indicações pobres de códigos, como “*não ressuscitar*”, “*não reanimar*”, entre outros, do mesmo podem ser reduzidas a tratamentos autorizados ou recusados sem correspondência às hipóteses reais de ocorrência, que podem até ensejar na invalidade do consentimento prestado, tendo em vista o vício na prestação das informações e no esclarecimento do paciente. Mas deve decorrer de um processo colaborativo

entre paciente, familiares, procurador para os cuidados de saúde, se houver, e a equipe médica.

Quando se diz processo colaborativo, não se pretende que outras pessoas venham a interferir nas decisões, até mesmo porque, na qualidade de negócio jurídico, a vontade manifestada deve estar livre de interferências externas, sob pena de invalidade, some-se ao fato de ser personalíssimo, mas essas pessoas acompanharão o processo de autoconhecimento do autor das diretivas e se inteirarão a respeito dos anseios e das vontades do paciente. Ademais, o fato de o procurador para cuidados de saúde e familiares acompanharem os esclarecimentos a respeito da doença, de sua evolução e das hipóteses possíveis de superveniência diante da doença; do mesmo modo que observarem a compreensão do paciente diante de sua condição e como se identifica nesse cenário, acarretará na conscientização e por que não dizer solidariedade por parte destes para que a última vontade do doente seja respeitada.

Conclui-se, portanto, que ausência de previsão legislativa específica para a disciplina das diretivas antecipadas de vontade não ensejam obstáculos à sua elaboração, formalização, aplicabilidade e efetividade, visto que, na qualidade de negócio jurídico, poderá ser socorrido por todo arcabouço jurídico dessa categoria jurídica, bem como sua coercitividade decorre do dever de não causar dano a outrem.

REFERÊNCIAS

- AFFONSO, Filipe José Medon. Reflexões acerca da validade e efetividade das diretivas antecipadas de vontade no direito brasileiro. *In*: BARBOZA, Heloísa Helena; LEAL, Livia Teixeira; ALMEIDA, Vitor (coord.). **Biodireito**: Tutela jurídica das dimensões da vida. Reprodução assistida, pesquisa em seres humanos, transexualidade, internação forçada, testamento vital, eutanásia, gênero. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2020. p. 562-609.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria & Direito Público).
- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado**: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima. São Paulo: Atlas, 2003. (Arts. 1.784 a 1.856, v. XVIII).
- ALMEIDA, Marcos de. Comentários sobre os princípios fundamentais da bioética: perspectiva médica. *In*: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (org.). **Fundamentos da bioética**. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2002. p. 56-67. (Nova práxis cristã).
- ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **La responsabilità civile**: prospettiva storica – colpa aquiliana illecito contrattuale; responsabilità oggettiva – rischio d’impresa prevenzione del danno. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- AMARAL JUNIOR, José Levi Mello. Constituição e Codificação: Primórdios do binômio. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; CUNHA, Alexandre dos Santos (org.). **A reconstrução do direito privado**: Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 54-71.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito civil brasileiro**: introdução. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 10. ed. ver. mod. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. Coimbra: Almedina, 1998. (Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico, v. 2).
- ARAÚJO, Fernando. **A procriação assistida e o problema da santidade da vida**. Coimbra: Livraria Almeida, 1999.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: Teoria Geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. (Relações e Situações Jurídicas, v. 3).
- ASOCIACIÓN FEDERAL DERECHO A MORIR DIGNAMENTE. **Quiénes somos**. Disponível em: <https://derechoamorir.org/quienes-somos/>. Acesso em: 21 jun. 2019.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 97, p. 107-125, 2002a. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536>. Acesso em: 15 jun. 2019.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002b.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 56, de 10/12/2007, 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELONA, Pietro. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**. Napoli: Jovene, 1993.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Léo. **Problemas atuais de Bioética**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2000.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leocir. **Bioética e saúde**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Centro São Camilo de Desenvolvimento em Administração da Saúde, 1989.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios da ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002.

BERLINGUER, Giovanni. A ciência e a ética da responsabilidade. **Arte e pensamento**, 2003. Disponível em: <https://artepensamento.com.br/item/a-ciencia-e-a-etica-da-responsabilidade/>. Acesso em: 17 mar. 2021.

BERNAT, Erwin. The living will: Does na advance refusal of treatment made with capacity always survive any supervening incapacity? **Medical Law International**, v. 4, n. 1, p. 1-21, 1999.

BETTI, Emílio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BETTI, Emilio. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici**: teoria generale e dogmatica. Milano: Dott A. Giuffrè, 1949.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Campinas: Servanda, 2008.

BEVILAQUA, Clovis. **Theoria Geral do Direito Civil**. Atualizada por Achilles Bevilaqua. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves: Editora Paulo de Azevedo, 1953.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela da personalidade no atual direito brasileiro. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v. 20, n. 78, p. 5-21, out./dez. 1996.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito Civil Constitucional**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial (Arts. 121 a 154-B). Crimes contra a pessoa. 20. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005. (Coleção Prof. Agostinho Alvim).

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça**. São Paulo, 15 mai. 2014. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados da I, II e III Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 11 set. 2020a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Recurso Especial nº 324.886/PR**. Ementa: PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. HERDEIROS. LEGITIMIDADE. 1. [...] 2. [...] 3. O direito que, na situação analisada, poderia ser reconhecido ao falecido, transmite-se, indubitavelmente, aos seus pais. 4. [...] 5. O direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima (RSTJ, vol. 71/183). 6. [...] 7. [...] 8. Recurso improvido. Min. José Delgado, 21 de junho de 2001a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 302.029/RJ**. Ementa: Recurso especial. Processual civil. Acórdão. Omissão. Invalidez. Inexistência. Divergência jurisprudencial. Comprovação. Dano moral. Ação de indenização. Herdeiros da vítima. Legitimidade ativa ad causam. Inexistência de invalidez do acórdão recorrido, o qual, de forma clara e precisa, pronunciou-se acerca dos fundamentos suficientes à prestação jurisdicional invocada. Não se conhece o Recurso Especial pela divergência se inexistente a confrontação analítica dos julgados. Na ação de indenização de danos morais, os herdeiros da vítima carecem de legitimidade ativa ad causam. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 29 de maio de 2001b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos Embargos de Divergência em RESP nº 978.651/SP**. Ementa: Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial. DANO MORAL. FALECIMENTO DO TITULAR. AJUIZAMENTO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA. TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. SÚMULA N.º 168/STJ. A posição atual e dominante que vigora nesta c. Corte é no sentido de embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio ou os herdeiros legitimidade ativa ad causam para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo de cujus. Incidência da Súmula n.º 168/STJ. Agravo regimental desprovido. Relator: Min. Felix Fischer, Corte Especial, Julgado em 15 de dezembro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 642**. Ementa: O direito à indenização por danos morais transmite-se com o falecimento do titular, possuindo os herdeiros da vítima legitimidade ativa para ajuizar ou prosseguir a ação indenizatória. Corte Especial, julgado em 02/12/2020, DJe de 07/12/2020b.

BRITISH MEDICAL ASSOCIATION. **Getting consent adults with capacity as a medical student**. Wales, England, 01 mai. 2020. Disponível em: <https://www.bma.org.uk/advice-and-support/ethics/medical-students/ethics-toolkit-for-medical-students/adults-with-capacity-and-consent>. Acesso em: 16 abr. 2019.

BROWN, Samuel Morris. **Through the valley of shadows: Living Will, Intensive Care and Making Medicine Human**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil: direito das sucessões**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMPBELL, Alastair. Eutanásia e o Princípio da Justiça. **Revista Bioética**, Brasília, v. 7, n. 1, 1999.

CAMPOS, Germán Bidart. **Derecho Constitucional: realidad, normatividad y justicia em el derecho constitucional**. Buenos Aires: Ediar, 1968. 2 v.

CANARIS, Claus-Wilhem. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CARNEIRO, António Vaz; ANTUNES, João Lobo; FREITAS, António Falcão de. Relatório sobre o estado vegetativo persistente. **Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida**, Portugal, fev. 2005, p. 1-20. Disponível em: <https://www.cnecv.pt/pt/pareceres/relatorio4>. Acesso em: 15 jan. 2021.
- CARNELUTTI, Francesco. **Il danno e il reato**. Padova: Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1926.
- CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha Nunes de. **Omissão e dever de agir em Direito Civil: Um contributo para uma Teoria Geral da Responsabilidade Civil por omissão**. Coimbra: Almedina, 1999.
- CHAVES, António. **Direito à vida e ao próprio corpo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- CÓDIGO de Nuremberg. **Centro de Bioética do CREMESP**, 30 set. 2002. Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=DiretrizesDeclaracoesIntegra&id=2>. Acesso em: 7 abr. 2020.
- COMITATO Nazionale per la Bioetica - Dichiarazioni anticipate di trattamento. **Dichiarazioni Anticipate**, 18 dez. 2003. Disponível em: <https://dichiarazionianticipate.it/documenti-e-convenzioni/comitato-nazionale-per-la-bioetica-dichiarazioni-anticipate-di-trattamento>. Acesso em: 22 jun. 2019.
- CONSELHO DA EUROPA. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina**. Oviedo, Astúrias, 04 abr. 1997. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/16.htm>. Acesso em: 27 abr. 2020.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.805, de 9 de novembro de 2006**. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=6640&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1805&situacao=VIGENTE&data=09-11-2006>. Acesso em: 22 ago. 2019.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018**. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília, DF, 27 set. 2018. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 22 ago. 2019.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE MINAS GERAIS. **Parecer CRM-MG nº 37/2020**. Processo Consulta nº. 12/2020. A prática de extubação paliativa, caracterizada por uma ação voluntária e consensual, não se configura prudente, nem recomendável, nem ética, até que o tema seja disciplinado por normas específicas. Belo Horizonte, 10 fev. 2020. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/MG/2020/37>. Acesso em: 10 jul. 2020.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Parecer CREMEB 20/18, de 27 de setembro de 2018**. Processo Consulta n. 003.487/2013: Eficácia Legal na Aplicação das Diretivas Antecipadas de Vontade (Testamento Vital) na Prática Médica. Salvador, 27 set. 2018. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BA/2018/20>. Acesso em: 11 set. 2020.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO CEARÁ. **Parecer CREMEC nº 21, de 21 de junho de 2010**. A suspensão dos meios artificiais de manutenção da vida em paciente terminal não caracteriza eutanásia passiva, e sim, ortotanásia, considerada exercício regular e ético da profissão médica. A introdução ou manutenção de medidas terapêuticas extraordinárias ou desproporcionais em paciente terminal caracteriza distanásia, que deve ser evitada. Confirmada a condição de terminalidade da vida, há a obrigatoriedade de manutenção dos cuidados paliativos. Fortaleza, 21 jun. 2010. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/CE/2010/21>. Acesso em: 06 jul. 2020.

CONVENÇÃO sobre os Direitos da Criança. Adotada pela Resolução n. L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/convdir_crianca.pdf. Acesso em: 20 nov. 2020.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Curso de direito das sucessões**. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1985. 2 v.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988. p. 31-56.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

COSTA, Mário Júlio Almeida. **Direito das obrigações**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

COUNCIL OF EUROPE. **Texts of the Council of Europe on bioethical matters**. Strasbourg, April 2014. v. II. Disponível em: [https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Texts_and_documents/INF_2014_5_vol_II_textes_%20CoE_%20bio%C3%A9thique_E%20\(2\).pdf](https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Texts_and_documents/INF_2014_5_vol_II_textes_%20CoE_%20bio%C3%A9thique_E%20(2).pdf). Acesso em: 22 abr. 2019.

COUTO E SILVA, Clóvis V. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 2, p. 333-348, jan./mar. 2015.

D'ALESSANDRO, Maria Perez Soares; PIRES, Carina Tischler; FORTE, Daniel Neves (coord.). **Manual de Cuidados Paliativos**. São Paulo: Hospital Sírio-Libânes; Ministério da Saúde, 2020.

DADALTO, Luciana. A necessidade de um modelo de Diretivas Antecipadas de Vontade para o Brasil: estudo comparativo dos modelos português e franceses. **Revista M.**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 443-460, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://seer.unirio.br/index.php/revistam/article/view/8140/7006>. Acesso em: 22 set. 2020.

DADALTO, Luciana. **Bioética e Diretivas Antecipadas de Vontade**. Curitiba: Prismas, 2014.

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 5. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e António Miguel Caero. Lisboa: Morais, 1961.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quórum, 2008.

DECLARAÇÃO de Helsínquia da Associação Médica Mundial (Versão de outubro de 2013). **ISPUP - Instituto de Saúde Pública da Universidade do Porto**, Porto, Portugal. Disponível em: <https://ispup.up.pt/docs/declaracao-de-helsinquia.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.

DELGADO, Mario Luiz. O testamento em vídeo como uma opção de *lege lata*. **Revista Consultor Jurídico**, 28 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-28/processo-familiar-testamento-video-opcao-lege-lata>. Acesso em: 14 set. 2020.

DEUTSCHLAND. Deutscher Bundestag. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. Disponível em: https://web.archive.org/web/20080912134535/http://www.bundestag.de/parlament/funktion/gesetze/grundgesetz/gg_01.html. Acesso em: 27 fev. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Débora. Bioética e gênero. **Revista Bioética**, Brasília, v. 16, n. 2, p. 207-216, 2008.

DISTRITO FEDERAL. Secretaria de Estado da Saúde. Comissão Permanente de Protocolos de Atenção à Saúde. **Protocolo de Atenção à Saúde: Diretriz para Cuidados Paliativos em pacientes críticos adultos admitidos em UTI: norteando as prioridades de cuidado**. Disponível em: http://www.saude.df.gov.br/wp-conteudo/uploads/2018/04/6.-Cuidados_Paliativos_em_UTI.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

DRANE, James; PESSINI, Leo. **Bioética, Medicina e Tecnologia: Desafios éticos na fronteira do conhecimento humano**. Tradução de Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2005.

DUARTE, Nestor. **Código Civil Comentado (Parte Geral)**. Coord. Cezar Peluso. 10. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2016.

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

ESPAÑA. Ley 3/2005, de 23 de mayo de 2005. Regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente. **Boletín Oficial del Estado**, n. 269, de 10 de noviembre de 2005. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2005-18452>. Acesso em: 21 jul. 2020.

ESPAÑA. Ley 41/2002, de 14 de noviembre de 2002. Reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. **Boletín Oficial del Estado**, n. 274, de 15 de noviembre de 2002. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/11/14/41/con>. Acesso em: 21 jun. 2019.

ESPAÑA. Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo de 2021. Regulación de la eutanasia. **Boletín Oficial del Estado**, n. 72, de 25 de marzo de 2021. Disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-4628. Acesso em: 02 abr. 2021.

ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. **Manipulação genética humana**: o controle jurídico da utilização de embriões em pesquisas científicas. 2010. 239 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24335/Rita%20Tarifa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 mar. 2021.

EXPERIMENTAÇÃO Humana (Código de Nuremberg – 1947). Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/codigo_nuremberg.pdf. Acesso em: 27 abr. 2020.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIA, Bento de. **Código Penal Brasileiro (comentado)**. Decreto-lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 3. ed. atual. Parte Especial. Rio de Janeiro: Récord, 1961. (Arts. 121 a 154, v. IV).

FEDERAZIONE NAZIONALE DEGLI ORDINI DEI MEDICI CHIRURGHI E DEGLI ODONTOIATRI. **Codice Di Deontologia Medica**. 2014. Disponível em: <https://portale.fnomceo.it/wp-content/uploads/2020/04/CODICE-DEONTOLOGIA-MEDICA-2014-e-aggiornamenti.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu. **Dano extrapatrimonial e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Fabris, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 77-90, out./dez. 1992.

FERREIRA, Sara Deise de Souza Lopes *et al.* Cuidados paliativos no programa melhor em casa: o perfil dos pacientes assistidos. *In*: CONGRESSO DE CUIDADOS PALIATIVOS DO MERCOSUL, III., 2017, Pelotas. **Anais [...]**. Pelotas: UFPEL, 2017. v. 2. Disponível em: https://wp.ufpel.edu.br/cuidativa/v-2-2017/#__RefHeading__Toc2171_8399325902. Acesso em: 19 ago. 2020.

FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil: Atualidades II – Da Autonomia Privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FOGAÇA, Vitor Hugo Bueno; MARGRAF, Alencar Frederico; CALSAVARA, Caroline Carvalho. O direito de pacientes em estado terminal a uma morte digna: a eutanásia à luz dos princípios constitucionais. **Revistas dos Tribunais**, São Paulo, v. 109, n. 1016, p. 79-95, jun. 2020.

FONTES, Ludmylla Andrade. **Autonomia na última vontade**: a legitimidade do jovem para formular o testamento vital. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34846/1/Autonomia%20na%20Ultima%20Vontade%20A%20Legitimidade%20do%20Jovem%20para%20formular%20o%20Testamento%20Vital.pdf>. Acesso em: 22/09/2019.

FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto. Classificações históricas de eutanásia. **UFRGS, Bioética**. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutantip.htm>. Acesso em: 17 jun. 2020.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

GERALDES, João de Oliveira. Critérios de morte: da técnica médica à axiologia jurídica. Finis vitae ou ficta mortis? **Revista da Ordem dos Advogados**, v. 70, p. 625-674, jan./dez. 2010. Disponível em: https://www.academia.edu/5388268/Morte_Cerebral_-_Finis_vitae_ou_ficta_mortis_Revista_da_Ordem_dos_Advogados_ano_70.o_Janeiro_Deze mbro_I_II_2010_625-674. Acesso em: 02 jun. 2020.

GHERSI, Carlos Alberto. **Derecho civil: parte general**. 3. ed. atual. e ampl. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2002.

GODOY, Luiz Bueno de. **Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade**. 2. ed. Atlas, 2008.

GODOY, Luiz Bueno de. O Direito à privacidade nas relações familiares. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JR., Antônio Jorge (coord.). **Direito à privacidade**. São Paulo: Ideias e Letras, 2005. p. 119-148.

GOMES, Orlando. Direitos da personalidade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 216, p. 5-10, 1966.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 12. ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRACIA, Diego. **Pensar a bioética: metas e desafios**. São Paulo: São Camilo; Loyola, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao código civil**: parte especial: do direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2003. (Arts. 1.784 a 1.856, v. 20).

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil**: estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e Suceder**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; AGAPITO, Priscila de Castro T. P. Lopes. Diretivas antecipadas de vontade como instrumento de concretização do direito fundamental à morte digna. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (coord.). **Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição**: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 197-217.

HOSSNE, William Saad; PESSINI, Leo. Distanásia: O tratamento médico fútil e/ou inútil: Da angústia à serenidade do equacionamento bioético. **Revista Eclesiástica Brasileira**, Petrópolis, v. 75, n. 300, p. 776-808, out./dez. 2015.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. Decreto-lei 2.848, de 7 dezembro de 1940. Rio de Janeiro: Forense, 1958. (Arts. 121 a 136, v. V).

HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. (Arts. 137 ao 154, v. VI).

HUNTSBERRY-LETT, Ashley. POLST Programs: When Advance Directives Aren't Enough. **AgingCare**. Disponível em: <https://www.agingcare.com/articles/polst-programs-169542.htm>. Acesso em: 21 jul. 2020.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. **Tratado de direito das sucessões**. 4. ed. rev. atual. pelo autor com a colaboração de Aires Itabaiana de Oliveira. São Paulo: Max Limonad, 1952. (Da Sucessão Testamentária, v. 2).

ITALIA. Corte Suprema di Cassazione. **Sentenze Web. Civile Ord. Sez. 6. Num. 5448. Anno 2020**. Presidente Frasca Raffaele, Relatore Cigna Mario. Data pubblicazione: 28/02/2020. Disponível em: <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>. Acesso em: 12 nov. 2020.

ITALIA. **Legge n. 219, 22 dicembre 2017**. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Roma, 22 dicembre 2017. Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2017;219>. Acesso em: 22 jul. 2020.

ITALIA. **Regio Decreto 16 marzo 1942-XX, n. 262**. Approvazione del testo del Codice civile. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile>. Acesso em: 23 nov. 2020.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Petrópolis: Vozes, 2013.

KUTNER, Luis. Due Process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal. **Indiana Law Journal**, v. 44, n. 4, p. 539-554, 1969. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2525&context=ilj>. Acesso em: 10 jun. 2019.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil**: direito das sucessões. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. (Arts. 1.784 a 2.027, v. 21).

LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARTELLI THEODORO, Ana Laura Teixeira; LIGERO, Gilberto Notário. (In) transmissibilidade do direito de cobrança da indenização: uma análise teórica a partir da experiência portuguesa. *In*: POLI, Luciana Costa; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. (org.). **XXV CONGRESSO DO CONPEDI - Curitiba**: Direito de Família e Sucessões II. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 110-126.

MATOS, Eneas de Oliveira. **Dano moral e dano estético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MAZEAUD, Henri *et al.* **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Tratado de direito civil português**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007. v.1, t. 2-3.

MENEZES, Joyceane; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 568-599, mai./ago. 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

MOTA PINTO, Paulo. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *In: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Portugal-Brasil ano 2000. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 160.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: parte geral**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v 1.

NATIONAL POLST Program Designations. **National POLST**. Disponíveis em: <https://polst.org/programs-in-your-state/>. Acesso em: 21 jul. 2020.

NATURAL death acts. **Encyclopedia of Death and Dying**. Disponível em: <http://www.deathreference.com/Me-Nu/Natural-Death-Acts.html>. Acesso em: 11 jun. 2019.

NUNES, Rui. **Diretivas antecipadas de vontade**. Brasília, DF: CFM/ Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, 2016.

NUNES, Rui. Proposta sobre suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais. **Revista Bioética**, Brasília, v. 17, n. 1, p. 29-39, 2009.

NUNES, Rui; SILVA, Filipa Martins. Caso belga de eutanásia em crianças: solução ou problema? **Revista Bioética**, Brasília, v. 23, n. 3, p. 475-484, 2015.

OLIVEIRA, Mariana Bandeira de. **Diretivas antecipadas de vontade**: muitas questões e ainda mais respostas. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/37296/1/Diretivas%20antecipadas%20de%20vontade%20muitas%20questoes%20e%20ainda%20mais%20respostas.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento”**: ensaio sobre um caso de constitucionalização do direito civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

ORDINE DEI MEDICI CHIRURGHI E DEGLI ODONTOIATRI DELLA PROVINCIA DI FOGGIA. **Codice Di Deontologia Medica**. In vigore dal 2/3 ottobre 1998 al 15 dicembre 2006. Disponível em: <http://www.omceofg.it/wp-content/uploads/2017/04/vecchioCodiceDeontologico19982006.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2019.

PALACIOS, Agustina; ROMANACH, Javier. **El modelo de la diversidad**: La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional. España: Diversitas – AIES, 2006.

PARANHOS, Denise G. A. M.; ALBUQUERQUE, Aline. Autonomia do paciente idoso no contexto dos cuidados em saúde e seu aspecto relacional. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 32-49, mar./jun. 2018.

PARANHOS, Denise G. A. M.; ALBUQUERQUE, Aline. Direitos Humanos dos Pacientes e Vulnerabilidade: O paciente idoso à luz da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 2844-2862, 2017.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Bioética e Saúde**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Centro São Camilo de Desenvolvimento em Administração de Saúde, 1989.

PINTO, Fernando Jorge Cardoso. **Alimentação em final de vida**: a opinião dos enfermeiros. 2012. Dissertação (Mestrado em Cuidados Paliativos) – Faculdade de Medicina, Universidade do Porto, Porto, 2012.

PLAISTED, Dennis. An Undignified Side of Death with Dignity Legislation. **Kennedy Institute of Ethics Journal**, v. 23, n. 3, p. 201-228, sep. 2013. Disponível em: <https://muse.jhu.edu/article/521497/pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Bookseller, 1998. 7 t.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. 2 v.

PORTUGAL. Código Civil. Decreto-Lei nº 47344. **Diário do Governo**, n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/147103599/202103291928/73905391/diplomaExpandido/indice>. Acesso em: 20 mai. 2020.

PORTUGAL. Lei nº 25/2012. 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). **Diário da República**, n.º 136/2012, Série I de 2012-07-16. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/116042189/201908150614/diploma?rp=indice>. Acesso em: 09 set. 2020.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Acórdão nº 1380/13.3T2AVR.C1.S1**. 7ª Secção, Salazar Casanova, Julg. 30.04/2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4ba83b4defe7004980257e3700553572?OpenDocument>. Acesso: 26 mai. 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. **Acórdão nº 228/98**. Lisboa, 17 de abril de 1998. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html>. Acesso em: 27 fev. 2020.

PROPOSICIÓN de Ley Orgánica de regulación de la eutanásia. *In*: CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, XIV., 2020, Madrid. **Boletín Oficial de las Cortes Generales**. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020. p. 1-13. Disponível em: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-46-6.PDF. Acesso em: 08 mar. 2021.

RAPOSO, Vera Lúcia. Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 125, p. 171-219, jan./mar. 2011. Disponível em: file:///C:/Users/aninh/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/0FZNEGQ8/Directivas_Antecipadas_de_Vontade_-_Em_Busca_da_Lei_Perdida.pdf. Acesso em: 06 fev. 2019.

RAPOSO, Vera Lúcia. No dia em que a morte chegar. **Revista Portuguesa do Dano Corporal**, n. 24, p. 79-109, 2013. Disponível em: https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/33226/1/RPDC24_artigo7.pdf. Acesso em: 17 mar. 2019.

REIS, Clayton. **Dano moral**. 4. ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RENTERÍA, Pablo. **Obrigações de meios e de resultado**: análise crítica. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

REPUBLIQUE FRANÇAISE. Loi n° 2016-87 du 2 février 2016. Créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie. **Journal Officiel de la République Française**, n° 28 du 3 février 2016. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=XE8PBLIDm87oKidSqvZlOQlgj8aUOv1MZCf1HPdWY3s=>. Acesso em: 20 jul. 2019.

RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente. Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ROSEVALD, Nelson. **O estado vegetativo persistente**. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/06/11/O-estado-vegetativo-persistente>. Acesso em: 25 out. 2019.

ROUQUETTE, Pauline. Dans une France “en retard” sur l’euthanasie, Alain Cocq veut se laisser mourir en direct. **FRANCE 24**, 04 set. 2020. Disponível em: <https://www.france24.com/fr/20200904-dans-une-france-en-retard-sur-l-euthanasie-alain-cocq-veut-se-laisser-mourir-en-direct>. Acesso em: 19 jan. 2021.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 5. ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

SACRED CONGREGATION FOR THE DOCTRINE OF THE FAITH. **Declaration on euthanasia**. 5 may 1980. Disponível em: <http://www.cin.org/vatcong/euthanas.html>. Acesso em: 17 jun. 2020.

SAITTA, Nicole Marie; HODGE JR, Samuel D. Wrongful Prolongation of life--a cause of action that has not gained traction even though a physician has disregarded a “do not resuscitate” order. **30 Temple Journal of Science, Technology & Environmental Law**, L. 221, Winter 2011.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Derecho Romano Actual**. Tradução de Jacinto Mesía e Manuel Poley. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora. t. II.

SCHNEIDERMAN, Lawrence J. Defining Medical Futility and Improving Medical Care. **Journal of Bioethical Inquiry**, v. 8, n. 2, p. 123-131, jun. 2011. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3106156/>. Acesso em: 15 jul. 2020.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**: fontes das obrigações: contratos. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 3.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**: Introdução, Parte geral e Teoria dos Negócios Jurídicos. 3. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1960. v. 1.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 39. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional nº. 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SILVESTRE, Margarida. **Embriões Excedentários: entre a técnica, a lei e a ética**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Responsabilidade civil dos médicos e profissionais da saúde. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (org.). **Responsabilidade civil de profissionais liberais**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 31-78.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil com comentários ao Código Civil de 2002**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SUPREME COURT OF NEW JERSEY. **In the Matter of Karen Quinlan, an Alleged Incompetent** [no number in original]. 70 N.J. 10; 355 A.2d 647; 1976 N.J. LEXIS 181; 79 A.L.R.3d. March 31, 1976. Disponível em: https://euthanasia.procon.org/wp-content/uploads/sites/43/in_re_quinlan.pdf. Acesso em: 19 jun. 2019.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista de Tribunais, 1993.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Sucessões: noções fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. Sociedades Operadoras de Plano de Saúde e Responsabilidade Civil. Pareceres e Soluções Práticas. **Revista dos Tribunais Online**, v. 1, p. 377-420, nov. 2011. DTR\2012\412.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 2. ed., ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

THOMPSON, Amy E. Advance Directives. **Jama**, v. 313, n. 8, p. 868, 2015. Disponível em <http://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2130319>. Acesso em: 10 abr. 2019.

TRIGO REPRESAS, Félix A.; LÓPEZ MESA, Marcelo J. **Tratado de la responsabilidad civil: el derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica**. Buenos Aires: La Ley, 2004. 4 t.

TRISSOMIA 18. **Chromosome Medicina Genômica**, São Paulo. Disponível em: <https://chromosome.com.br/faq/trissomia-18-sindrome-de-edwards/>. Acesso em: 06 jul. 2020.

UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. 2006. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por. Acesso em: 27 abr. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. **H.R.4449 - Patient Self Determination Act of 1990**. 04 mar. 1990. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/101st-congress/house-bill/4449/text>. Acesso em: 19 jun. 2019.

UOL: CRESCE n° de brasileiros que registram últimos desejos em caso de doença. **Cartório Notarial do Brasil, Seção São Paulo**, 03 fev. 2021. Disponível em: <https://www.cnbsp.org.br/noticias/20646/uol-cresce-n-de-brasileiros-que-registram-ultimos-desejos-em-caso-de-doenca?filtro=1>. Acesso em: 10 mar. 2021.

U.S. SUPREME COURT. **Cruzan v. Director, MDH, 497 U.S. 261 (1990) 497 U.S. 261**. June 25, 1990. Disponível em: <https://euthanasia.procon.org/wp-content/uploads/sites/43/cruzanvdirector.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2015. v. II.

VARELA, João de Matos Antunes. **Direito da família**. 5. ed. rev., atual. e compl. Lisboa: Petrony, 1999.

VELMOVITSKY, Ana Carolina. Testamento Vital realizado por criança. *In*: BARBOZA, Heloisa Helena; LEAL, Livia Teixeira; ALMEIDA, Vitor (coord.). **Biodireito: Tutela Jurídica das dimensões da vida**. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 536-561.

VELOSO, Zeno. **Comentários ao código civil: parte especial: do direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2003. (Arts. 1.857 a 2.027, v. 21).

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o Direito penal brasileiro. **Revista Bioética**, Brasília, v. 16, n. 1, p. 61-83, 2018.

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.

WALD, Arnaldo. **Obrigações e contrato**. 14. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a Constituição de 1988, as modificações do CPC, a jurisprudência do STJ e o Código do Consumidor e com a colaboração do Prof. Semy Glanz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WALD, Arnaldo; AZEVEDO, Álvaro Villaça; DONNINI, Rogério Ferraz. **Direito das sucessões**. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

WILLE, Fernand Hisse; DUVAL, Patrícia Abrantes; BORGES, Lúcia Rota. O uso da *palliative performance scale* para a avaliação funcional de pacientes em cuidados paliativos. *In*: CONGRESSO DE CUIDADOS PALIATIVOS DO MERCOSUL, III., 2017, Pelotas. **Anais [...]**. Pelotas: UFPEL, 2017. v. 2.

WINDSCHEID, Bernardo. **Diritto dele Pandette**. Traduzido por Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa com note e riferimenti al Diritte Civile Italiano. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1930. v. I.