



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

DIREITO CIVIL

CARINNE DIAS DA SILVA ALMEIDA

**DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: UMA ANÁLISE
DA SUA LEGITIMIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO
PÁTRIO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA, DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA (DIGNA), E
DA AUTONOMIA PRIVADA**

Salvador
2017

CARINNE DIAS DA SILVA ALMEIDA

**DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: UMA ANÁLISE
DA SUA LEGITIMIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO
PÁTRIO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA, DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA (DIGNA), E
DA AUTONOMIA PRIVADA**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana
de Direito e Gestão, como requisito parcial para
obtenção do grau de Especialista em Direito
Civil.

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

CARINNE DIAS DA SILVA ALMEIDA

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: UMA ANÁLISE DA SUA LEGITIMIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA (DIGNA), E DA AUTONOMIA PRIVADA

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

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2017

À minha linda e amada mãe, Zildene Dias. Fonte de inspiração e luz da minha vida, pelo apoio e dedicação constante em cada etapa da minha jornada acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família pelo apoio incondicional conferido ao longo desta etapa acadêmica, em especial à minha querida mãe.

A Jeová Deus, por sempre guiar meus passos e escolhas.

A todos os professores do curso da pós graduação, pelos ensinamentos, instruções e vivências práticas transmitidas no decorrer do curso.

Aos amigos pelo incentivo diário.

RESUMO

Esta monografia trata das diretivas antecipadas de vontade, enquanto instrumentos hábeis tanto para preservar a dignidade e autonomia da pessoa na relação médico-paciente, como também para resguardar o interesse pessoal do paciente da interferência de terceiros, em situações nas quais não possa exprimir sua vontade. Tem por escopo demonstrar a validade e legitimidade das diretivas antecipadas de vontade, no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da análise do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, do direito fundamental à vida “digna”, bem como da autonomia privada e do consentimento informado. A priori, é traçado o conceito, surgimento e o conteúdo das diretivas antecipadas de vontade, com análise de suas modalidades, testamento vital e mandato duradouro, bem como das questões éticas e jurídicas que lhe são pertinentes. Também são realizadas considerações e distinções entre eutanásia, distanásia e ortotanásia, com o propósito de dirimir eventuais dúvidas conceituais acerca dessas práticas, traçando um paralelo com as diretivas antecipadas de vontade. Em seguida, ressaltam-se os princípios jurídicos e direitos fundamentais, dando especial ênfase ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, discorrendo sobre sua força normativa dentro do sistema jurídico, e sua inegável importância enquanto princípio de maior carga valorativa na Constituição Federal de 1988, servindo de fundamento e guia dos direitos fundamentais. Faz-se uma análise do direito fundamental à vida, discorrendo sobre suas características e relevância, dando atenção à concepção do que se entende por vida digna, para, em seguida, analisar a viabilidade da escolha de morrer com dignidade. Por fim, destaca-se a legitimidade e validade das diretivas antecipadas de vontade no direito pátrio, com ênfase na análise do exercício da autonomia privada e do consentimento informado na relação médico-paciente. Há uma especial consideração do artigo 15, do Código Civil de 2002 e do artigo 146, §3, inciso I, do Código Penal, assim como da Resolução 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina relativa às diretivas antecipadas de vontade do paciente. Ao final, é feita uma abordagem sobre a adequação jurídica, validade e efeitos das diretivas antecipadas de vontade, com enfoque para a capacidade de elaboração de tais disposições, sobretudo, por menores, trazendo a lume a chamada “teoria do menor amadurecido”.

Palavras-chave: diretivas antecipadas de vontade; testamento vital; mandato duradouro; dignidade da pessoa humana; direitos fundamentais; autonomia privada.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E SEUS DESDOBRAMENTOS	11
2.1 CONCEITO E SURGIMENTO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	11
2.2 MODALIDADES DE DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	14
2.2.1 Testamento Vital	14
2.2.2 Mandato Duradouro	21
2.3 PROCEDIMENTOS MÉDICOS QUE ABREVIAM OU PROLOGAM À VIDA HUMANA E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	24
2.3.1 Considerações e distinções entre eutanásia, distanásia e ortotanásia	24
3 DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	34
3.1 PRINCÍPIOS JURÍDICOS E SUA FORÇA NORMATIVA	34
3.1.1 Princípios Constitucionais	37
3.1.2 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	42
3.2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	52
3.2.1 O Direito Fundamental à vida (digna)	54
3.3 A ESCOLHA POR UMA MORTE DIGNA E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	60
4 DA LEGITIMIDADE DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	63
4.1 O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA E DO CONSENTIMENTO INFORMADO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE	63
4.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ARTIGO 15, DO CÓDIGO CIVIL/2002 E DO ARTIGO 146, §3º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL	70
4.3 ANÁLISE DA RESOLUÇÃO nº 1.995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA	75

4.4 ADEQUAÇÃO JURÍDICA, VALIDADE E EFEITOS DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .78	
5 CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS	93

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata das diretivas antecipadas de vontade enquanto instrumentos importantes para garantir a dignidade e autonomia da pessoa na relação médico-paciente, como também para resguardar o interesse pessoal do paciente da interferência de terceiros, em situações nas quais não possa exprimir sua vontade. Por não existir, no Brasil, norma legal que regule as diretivas antecipadas de vontade, o tema suscita diversos questionamentos, tais como a capacidade para sua elaboração, o conteúdo objeto de disposição, as formalidades legais, o prazo de validade, os efeitos que lhes são oriundos, a possibilidade de representação, e, principalmente, indaga-se sobre a validade e legitimidade das diretivas antecipadas no Ordenamento Jurídico Pátrio.

Compreensivelmente, as questões que gravitam em torno da vida e da morte são complexas e demandam um esforço hermenêutico maior para sua efetiva compreensão. Tratar pacientes que, antecipadamente, disciplinam sobre a aceitação ou recusa de tratamentos, intervenções ou cuidados médicos a que deseja ou não se submeter, mesmo quando estes procedimentos figurem como essenciais à manutenção da vida biológica, geram dilemas nos mais variados ramos do saber, em especial, o Jurídico e o Médico.

Nesse panorama, questiona-se se uma pessoa acometida por uma doença incurável/terminal ou não, poderia, através das diretivas antecipadas de vontade, manifestar seu desejo sobre quais intervenções médicas admite ser submetida, na eventualidade de encontrar-se incapaz de manifestar validamente seu consentimento, ainda que sua decisão gere risco de morte. Tal questionamento surge, porque, de um lado, os médicos carregam consigo o dever de preservar a vida humana como bem supremo, empregando todos os tratamentos e cuidados à sua disposição, destinados a restaurar a saúde ou prolongar a vida do paciente, e, de outro lado, deve ser respeitada a dignidade, autonomia privada e o consentimento informado do paciente, no que tange às decisões relativas às quais tratamentos médicos poderão lhe ser ministrados.

Diante desse impasse, muitas vezes o Poder Judiciário acaba sendo instado a se manifestar pelas instituições hospitalares, e até mesmo por familiares do próprio paciente, gerando a discussão no âmbito jurídico sobre a validade e legitimidade das diretivas antecipadas de vontade, sobretudo, quando o paciente nas disposições,

refuta tratamentos médicos considerados pelos profissionais de saúde como essenciais à manutenção e prolongamento da vida biológica.

Como salientado, não existe norma legal no direito brasileiro disciplinando as diretivas antecipadas de vontade, e os estudos sobre o tema são relativamente tímidos, de forma que, ainda não se chegou a um consenso definitivo em torno das mais variadas questões que gravitam sobre a elaboração das diretivas antecipadas de vontade, principalmente, quando suas disposições contêm recusa a tratamentos médicos considerados essenciais à preservação e prolongamento da vida biológica, e que, portanto, implicam em risco de morte ao paciente.

Como não existe, ainda, uma uniformidade do tema, as posições existentes são variáveis. Alguns estudiosos afirmam a importância do direito à vida, como sendo o mais fundamental de todos os direitos, condição *sine qua non* para o exercício dos demais. Logo, o mesmo deveria prevalecer, chegando-se ao entendimento de que o tratamento médico, ainda que contrário ao disposto nas diretivas antecipadas de vontade deve ser realizado com fim de preservar a vida biológica ou de prolongá-la ainda que indefinidamente. Outros, com fundamento na autonomia privada, na liberdade individual e na dignidade da pessoa humana, defendem a legitimidade das diretivas antecipadas de vontade, embora suas disposições impliquem em refuta a tratamentos necessários à preservação da vida.

A questão é complexa e ganha maiores contornos, quando envolve a elaboração de diretivas antecipadas de vontade por pacientes menores, e por assim ser, o seu deslinde demanda, inexoravelmente, o exame do conteúdo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, sendo este o principal fator envolvido nesta questão, o exame do direito fundamental à vida “digna”, assim como a análise da autonomia privada e do consentimento informado na relação médico-paciente.

Diante da importância do tema, pretende-se com este trabalho monográfico, contribuir para a compreensão das diretivas antecipadas de vontade, com escopo de aferir se tais declarações encontram guarida no Ordenamento Jurídico Pátrio, malgrado a ausência de regulamentação legal específica sobre a matéria. Busca-se, também, neste trabalho, a promoção do respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, assim como o respeito à dignidade da pessoa humana. Em uma sociedade multifacetada e plural como a nossa, esse é um passo relevante à

formação de uma sociedade justa, igualitária e, principalmente, tolerante, com as diferentes visões de existência e vida do outro.

O desenvolvimento do presente trabalho comporta três capítulos:

No primeiro capítulo, o objetivo foi discorrer sobre as diretivas antecipadas de vontade, traçando o seu conceito, surgimento e conteúdo. Faz-se uma análise das modalidades de diretivas antecipadas de vontade existentes, testamento vital e mandato duradouro, assim como das questões éticas e jurídicas que lhes são afetas. Além disso, para melhor compreensão do tema são feitas considerações e distinções entre eutanásia, distanásia e ortotanásia, cujo propósito não é aprofundar ou esgotar todo conteúdo que envolve tais práticas, e sim dirimir eventuais dúvidas conceituais acerca dessas práticas, bem como traçar um paralelo com as diretivas antecipadas de vontade.

Por sua vez, no segundo capítulo, objetiva-se discorrer sobre o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à vida, traçando a correlação existente entre estes e as diretivas antecipadas de vontade. O primeiro ponto a ser estudado são os princípios jurídicos, dando uma maior relevância ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, demonstrando a sua força normativa dentro do sistema jurídico brasileiro e seu papel atuante, tanto como fundamento dos direitos fundamentais, como vetor a orientar e condicionar a interpretação e aplicação das demais normas jurídicas. Busca-se também analisar o direito fundamental à vida, traçando suas principais características e sua importância para o ser humano, dando especial atenção à concepção do que se entende por vida digna, para em seguida, analisar a viabilidade da escolha de morrer com dignidade.

Por fim, no terceiro capítulo traz à baila a discussão em torno da legitimidade das diretivas antecipadas de vontade no Ordenamento Jurídico Pátrio. É realizada uma análise do exercício da autonomia privada e do consentimento informado no âmbito da relação médico-paciente, traçando a mudança de paradigma na relação em comento. Há uma especial consideração do artigo 15, do Código Civil de 2002 e do artigo 146, §3, inciso I, do Código Penal, bem como da Resolução 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina relativa às diretivas antecipadas de vontade do paciente. E mais adiante, é feita uma abordagem sobre a adequação jurídica, validade e efeitos das diretivas antecipadas de vontade, com atenção especial para

a capacidade de elaboração de tais disposições, sobretudo, por menores, trazendo a lume a chamada “teoria do menor amadurecido”.

2 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E SEUS DESDOBRAMENTOS

No presente capítulo objetiva-se discorrer sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade, traçando o seu conceito, surgimento e conteúdo. É realizada uma análise das modalidades de diretivas antecipadas de vontade e das questões jurídicas que lhes são pertinentes. Além disso, para melhor compreensão do tema, são feitas considerações e distinções entre eutanásia, distanásia e ortotanásia, com espoco de traçar a relação dessas práticas com as diretivas antecipadas de vontade.

2.1 CONCEITO E SURGIMENTO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

A autonomia do homem é uma das grandes conquistas da modernidade que vislumbramos hoje. Reconhecer o homem, enquanto sujeito de direitos, autônomo, independente e capaz de tomar suas próprias decisões que gravitam em torno de sua vida e existência, é, indubitavelmente, uma grande conquista.¹ Essa liberdade que lhe é conferida não é absoluta, contudo, permite ao indivíduo “celebrar contratos dos mais variados, estabelecer relações jurídicas e interpessoais, desenvolver sua personalidade em toda sua plenitude”², assim como exercer outros direitos que lhe são igualmente conferidos.

É possível afirmar que o surgimento das diretivas antecipadas de vontade está vinculado à evolução e ao reconhecimento da autonomia do homem enquanto sujeito de direitos, isso porque as diretivas antecipadas de vontade “são uma forma de expressão de autonomia do indivíduo, além de ser instrumento garantidor da dignidade”.³

Por seu turno, as diretivas antecipadas de vontade podem ser entendidas como:

As diretivas antecipadas (*advanced care documents*), tradicionalmente, têm sido entendidas como o gênero do qual são espécies o testamento vital (*living will*) e o mandato duradouro (*durable power attorney*). Ambos os documentos serão utilizados quando o paciente não puder, livre e

¹ CRUZ, Elisa Costa. Autonomia no processo de morrer: as diretivas antecipadas como concretização da dignidade da pessoa humana. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p. 44.

² NEVES, Rodrigo Santos. O Testamento vital: autonomia privada x Direito à vida. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p. 10.

³ DADALTO, Luciana. Aspectos registraes das diretivas antecipadas de vontade. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p. 63.

conscientemente, se expressar – ainda que por uma situação transitória –, ou seja, as diretivas antecipadas, como gênero, não se referem exclusivamente a situações de terminalidade.⁴

Em suma, depreende-se que as diretivas antecipadas de vontade podem revestir-se de duas formas, que não se excluem entre si: o testamento vital e o mandato duradouro. Tais documentos são utilizados em circunstâncias nas quais a pessoa fica impossibilitada de manifestar sua vontade de forma clara e consciente ou de tomar decisões por e para si própria, a exemplo, cita-se o estado de coma.⁵ As diretivas antecipadas, permitem que a pessoa declare sua vontade, antecipadamente, quanto à recusa ou aceitação de tratamentos e cuidados médicos aos quais possa ser submetida, assim como refutar tratamentos médicos que apenas prologuem a vida biológica sem qualquer possibilidade de recuperação da saúde. Nesta última hipótese o objetivo é “apenas o respeito à dignidade de uma pessoa cujo processo de morte é inevitável”.⁶ A garantia de uma morte digna é assegurada constitucionalmente pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada e liberdade individual.⁷

Por sua vez, o surgimento das chamadas diretivas antecipadas de vontade encontra seu pioneirismo nos Estados Unidos da América, especificamente na década de 60, e em 1991, também neste país, foi aprovada a primeira Lei Federal sobre tema, a chamada *Patient Self Determination Act*, que tratou das diretivas antecipadas de vontade para tratamentos médicos enquanto gênero, estabelecendo como espécies o *living will* (testamento vital) e o *durable power of attorney for health care* (mandato duradouro).⁸

Vários países já possuem normativa específica sobre a matéria, a exemplo, como já mencionado, citam-se os Estados Unidos, pioneiro na regulamentação do tema. Atualmente todos os Estados norte-americanos possuem legislação própria que versa sobre as diretivas antecipadas de vontade, via de consequência, a *Patient Self Determination Act* assumiu o papel de Lei diretriz para esses Estados. Na Europa os

⁴ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Atlas, 2015, p.88.

⁵ GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. *In*: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 75.

⁶ *Ibidem*, p. 89.

⁷ DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**, v.17, n.3, 2009, p.539.

⁸ *Idem*. Diretivas antecipadas de vontade e o Princípio da Solidariedade Familiar. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.78, jun./jul. 2013, p. 92.

primeiros países a tratar sobre as diretivas antecipadas de vontade foram Finlândia, Holanda e Hungria, posteriormente temos Bélgica, Espanha, Inglaterra e País de Gales, Áustria, Alemanha e Portugal. Por seu turno, na América Latina temos Porto Rico, Argentina e Uruguai, além disso, outros países estão em processo de estruturação legislativa.⁹

No Brasil, ainda persiste lacuna legislativa no ordenamento jurídico quanto à matéria diretivas antecipadas de vontade. A matéria em questão, além de carecer de uma norma legal específica que a regulamente, também carece de estudos mais aprofundados, sendo ainda tímida a manifestação doutrinária, legal e jurisprudencial sobre as diretivas antecipadas de vontade, o que, conseqüentemente, suscita diversas controvérsias quanto ao tema entre juristas, doutrinadores, sociólogos, e profissionais da saúde.

Embora ainda ausente no direito brasileiro, norma legal específica que regulamente as diretivas antecipadas de vontade, o primeiro passo dado em direção ao tema, veio através da publicação da Resolução 1.195 do Conselho Federal de Medicina em 2012. A Resolução dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, e em seu artigo 1º, a define como “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente sua vontade”.¹⁰ O diploma ético em comento, veio a lume tanto em razão da inexistência de regulamentação legal sobre tema, mas também como forma de orientar a conduta do médico diante de uma eventual diretiva antecipada de vontade do paciente.¹¹

Figurando, pois, como importantes instrumentos que possibilitam a concretização do direito de autodeterminação da pessoa e de sua própria dignidade, as diretivas antecipadas de vontade permitem a pessoa disciplinar antecipadamente acerca dos tratamentos e cuidados médicos que pretenda se submeter ou não, caso se encontre impossibilitada de manifestar sua vontade. Busca-se, pois, “preservar um

⁹ DADALTO, Luciana. Diretivas antecipadas de vontade e o Princípio da Solidariedade Familiar. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.78, jun./jul. 2013, p. 93.

¹⁰ BRASIL. **Resolução Conselho Federal de Medicina, nº 1.995/2012**, de 31 de agosto de 2012. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 10 de fev. de 2017.

¹¹ TAVARES, Fernando Horta; ASSIS, Zamira de. Diretivas antecipadas de vontade, intimidade e autodeterminação no direito constitucional brasileiro. In: VILELA, Alexandra; MADEIRA, Dhenis Cruz; LEITE, Jorge; MEIRA, José Boanerges; COSTA, José de Faria; MOTA, Lindomar Rocha. (Orgs.). **Temas Contemporâneos de Direito**. Belo Horizonte. Arraes, 2013, p. 3-17.

interesse pessoal resguardando-o da interferência de terceiros no momento em que o próprio indivíduo não puder manifestá-la em razão de uma incapacidade”.¹²

Depreende-se, portanto, que urge a necessidade de estudar e compreender com profundidade as diretivas antecipadas de vontade, ampliando a discussão para toda a sociedade, de forma que não apenas possa reconhecê-las no Ordenamento Jurídico brasileiro, como também consagrá-las em definitivo, através de sua regulamentação legal, garantindo, assim, o direito do paciente de autodeterminar-se.

2.2 MODALIDADES DE DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Conforme demonstrado anteriormente, as diretivas antecipadas de vontade é gênero que abrange duas espécies: o testamento vital e o mandato duradouro. E segundo a estudiosa sobre o tema, Luciana Dadalto, assim o é “não porque a literatura quer, mas porque a lei que as instituiu pela primeira vez no mundo – *Patient Self Determination Act* – assim o fez”.¹³ Dessa forma, é necessário traçar as diferenças entre testamento vital e mandato duradouro enquanto espécies de diretivas antecipadas de vontade, trazendo à baila os desdobramentos de cada instituto.

2.2.1 Testamento Vital

Considerado uma espécie do gênero diretivas antecipadas de vontade, o “testamento vital”, por vezes denominado “testamento de vida” ou “testamento do paciente”¹⁴, consiste em um documento através do qual a pessoa juridicamente capaz, declara sua vontade, antecipadamente e por escrito, relativa à aceitação ou recusa de tratamentos e cuidados médicos que deseja se submeter ou não. Trata-se de instrumento utilizado em situações em que a pessoa, em razão de alguma enfermidade incurável ou terminal, não goza do discernimento necessário para manifestar sua vontade de forma clara e consciente.¹⁵ Em síntese, temos que:

¹² CRUZ, Elisa Costa. Autonomia no processo de morrer: as diretivas antecipadas como concretização da dignidade da pessoa humana. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese v.15, n.80, out./nov. 2013, p. 56-57.

¹³ DADALTO, Luciana. Diretivas antecipadas de vontade e o Princípio da Solidariedade Familiar. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.78, jun./jul. 2013, p. 92.

¹⁴ MELO, Helena; NUNES, Rui. **Parecer n. P/05/APB/06 sobre diretivas antecipadas de vontade. Parecer da Associação Portuguesa de Bioética**. Disponível em: http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802556471148471346directivas_medicas_parecer_05.pdf. Acesso em: 15 de jan. de 2017.

¹⁵ GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. In: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 75.

O testamento vital é um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade. Visa-se, com o testamento vital, a influir sobre os médicos no sentido de uma determinada forma de tratamento ou, simplesmente, no sentido do não tratamento, como uma vontade do paciente que pode vir a estar incapacitado de manifestar sua vontade em razão da doença.¹⁶

Ou seja, no testamento vital a pessoa irá consignar a sua vontade, declarando previamente quais os procedimentos, intervenções e cuidados médicos, deseja ou não se submeter, na eventualidade de encontrar-se com alguma enfermidade incurável ou terminal, que a impossibilite de exprimir, posteriormente, sua vontade de forma clara e consciente. Além disso, o testamento vital confere “ao médico respaldo legal para a tomada de decisões em situações conflitivas”.¹⁷

Ademais, cumpre relatar que muitos doutrinadores e estudiosos do tema, questionam a inadequação da terminologia “testamento” para a modalidade de diretiva antecipada em apreço. A denominação “testamento vital”, tal como é conhecido no Brasil, nos remete ao instituto do testamento previsto no Código Civil Brasileiro de 2002, no entanto, embora existam semelhanças entre ambos os institutos, já que figuram como negócio jurídico unilateral, personalíssimo, gratuito, e revogável¹⁸, importa registrar suas diferenças que de certa feita justificam a inadequação da terminologia utilizada.

A primeira distinção gira em torno da produção de efeitos, enquanto o testamento propriamente dito é um negócio jurídico unilateral com efeitos *post mortem*, o testamento vital produz efeitos *inter vivos*.¹⁹ A segunda distinção gravita sobre o objeto, ou seja, no testamento “o testador faz disposições de caráter patrimonial e extrapatrimonial, para depois de sua morte. Trata-se de ato sucessório de exercício da autonomia privada por excelência”²⁰. Por seu turno, no testamento vital, há disposições de cunho estritamente extrapatrimonial, com eficácia *inter vivos*, na qual a pessoa declara previamente sua vontade, relativa aos quais tratamentos e

¹⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 295-296.

¹⁷ DADALTO, Luciana. Aspectos registraes das diretivas antecipadas de vontade. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p. 61.

¹⁸ *Idem*. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**, v.17, n.3, 2009, p.526.

¹⁹ *Ibidem*, loc. cit.p.

²⁰ TARTUCE, FLÁVIO. **Manual de Direito Civil: volume único**. 6.ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2016, p. 1555.

cuidados médicos pretende ou não se submeter, na hipótese de encontrar-se impossibilitado de exprimir-se, seja em razão de uma doença incurável ou terminal. Vê-se, pois, que o testamento propriamente dito implica em disposições a serem efetivadas após a morte, de outra banda, o testamento vital implica em disposições a serem efetivadas em vida e para a vida.²¹

Ainda neste ponto, mister salientar que o testamento vital não está incluso na previsão contida no artigo 1.857, §2º, do Código Civil de 2002, segundo o qual “são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas tenha se limitado”²², isso porque as disposições não patrimoniais a serem consignadas no testamento propriamente dito, encontram-se inseridas de forma expressa no Código Civil brasileiro, inexistindo, pois, qualquer vinculação com o tema objeto do testamento vital.²³ Além disso, cabe esclarecer que “seria inócua, a inclusão de instruções acerca de cuidados médicos a ter em conta num testamento, porque este ato, como já se afirmou, tem sua eficácia jurídica suspensa até que se verifique a morte do testador”.²⁴

A inadequação do termo testamento vital tem sua origem atrelada a erros sucessivos de tradução de *living will*, isso porque foi nos Estados Unidos da América, na década de 60, que nasceu o conceito de diretivas antecipadas de vontade, atribuindo a este o nome *living will* que, por sua vez, foi traduzido literalmente para o português como testamento vital.²⁵ Em explanação clara, Luciana Dadalto, estudiosa do tema, aduz:

A declaração prévia de vontade do paciente terminal é conhecida como testamento vital, nomenclatura fruto de errôneas e sucessivas traduções de *living will*, pois o dicionário Oxford apresenta como traduções de *will* três substantivos: vontade, desejo e testamento. Em paralelo, a tradução de *living* pode ser o substantivo sustento, o adjetivo vivo ou o verbo vivendo. Assim, é possível perquirir se a tradução literal mais adequada seria *desejos de vida* ou, ainda, *disposição de vontade de vida*, expressão que também designa testamento – que nada mais é do que uma disposição de

²¹ ALVES, Cristiane Avancini. Diretivas antecipadas de vontade e Testamento vital: considerações sobre linguagem e fim da vida. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p.41.

²² BRASIL. **Lei nº 10.406**, de janeiro de 2002. Código Civil. Rio de Janeiro, 10 de jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 10. fev. 2017.

²³ MOREIRA, Mayana Sales. Testamento vital: um estudo sobre o seu conteúdo lícito no Brasil. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p.72.

²⁴ GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. In: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.75

²⁵ DADALTO, Luciana. Diretivas antecipadas de vontade e o Princípio da Solidariedade Familiar. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.78, jun./jul. 2013, p. 92.

vontade. Posto isso, torna-se questionável se, originalmente, este instituto foi realmente equiparado a um testamento ou se tal confusão foi provocada por erro de tradução para outro idioma, perpetuado²⁶.

Desse modo, diante das diferenças ora apontadas entre o testamento propriamente dito e o testamento vital, bem como da inadequação terminológica do instituto em discussão, a autora supracitada pontifica que a terminologia ideal seria “declaração prévia de vontade do paciente terminal”, e justifica tal escolha sobre o prisma de que “o documento comumente chamado de testamento vital é, na verdade, uma declaração de vontade a ser utilizada pelo paciente terminal, mas, que deve ser manifestada previamente à situação de terminalidade”.²⁷

Ainda na esteira do tema, DADALTO assevera que, via de regra, o testamento vital, melhor denominado pela autora de “declaração prévia de vontade do paciente terminal”, apresenta em seu conteúdo, três disposições fundamentais, a saber: recusa ou aceitação de tratamentos médicos que apenas prolongam artificialmente a vida biológica; disposições sobre eventual doação de órgãos; e nomeação de procurador, o que significa a inserção do mandato duradouro no testamento vital.²⁸

Quanto à disposição sobre recusa ou aceitação de tratamentos médicos que apenas prolongam artificialmente a vida biológica, a autora assevera que tratamentos ordinários não podem ser objeto de recusa na declaração prévia de vontade do paciente terminal, “pois, são garantidores da dignidade da pessoa humana”.²⁹ Os tratamentos ordinários podem ser conceituados como:

Em apertada síntese, pode-se defini-los como todos os cuidados que garantem ao paciente terminal qualidade de vida até o momento da morte, pois, inevitavelmente, cada vida humana chega ao seu final. Assegurar que essa passagem ocorra de forma digna, com cuidados e buscando-se o menor sofrimento possível, é missão daqueles que assistem aos enfermos portadores de doença em fase terminal.³⁰

É inegável que os tratamentos ordinários, conforme preceitua DADALTO, asseguram o princípio da dignidade da pessoa humana. Mas, igualmente, garantem o princípio em tela, o respeito e observância ao direito que o paciente possui em aceitar ou refutar qualquer tipo de tratamento ou cuidado médico, ainda que ordinário. Não obstante, embora existam aqueles que defendam a vida biológica

²⁶ DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**, v.17, n.3, 2009, p.526

²⁷ *Ibidem*, loc. cit.

²⁸ *Ibidem*, p.535

²⁹ *Ibidem*, loc. cit.

³⁰ *Ibidem*, p.533.

como bem jurídico supremo, que deve ser preservada mesmo contra a vontade do paciente, necessário se faz “partir em defesa das noções de morte digna e da possibilidade de haver interrupção de tratamentos que apenas prolonguem indevidamente a vida do paciente que já se encontre em estado irreversível e incurável”³¹.

Noutro passo, para DADALTO, os tratamentos extraordinários, também denominados fúteis, podem ser objeto de disposição no testamento vital. Tratamentos extraordinários são, em linhas gerais, tratamentos que “estão relacionados diretamente com o (não) benefício do paciente”³², ou seja, são aqueles “que não conseguem reverter o distúrbio fisiológico que levará o paciente à morte, trazendo tão somente um sofrimento insuportável”.³³

Contudo, DADALTO alerta que o conceito do que é tratamento extraordinário ou não pode variar de acordo com o contexto, ou seja, irá depender das circunstâncias do caso concreto, e exemplifica trazendo a hipótese do indivíduo que seja acometido por insuficiência renal. Nessa hipótese, o tratamento a ser empregado é a hemodiálise, que pode ser considerado um tratamento ordinário, quando a insuficiência renal não é definitiva, e o paciente encontra-se em estado físico que o permita passar por este procedimento. Mas, por outro lado, quando a insuficiência é definitiva, e o paciente encontra-se debilitado, e em idade avançada, a hemodiálise pode ser vista como tratamento extraordinário e, portanto, fútil.³⁴

Não obstante existam divergências em torno do que seja considerado, em situações fáticas concretas, tratamento ordinário ou extraordinário, a doutrina estudada, elenca alguns exemplos de tratamentos médicos considerados extraordinários, tais como, a ventilação mecânica, a oxigenação extracorpórea, técnicas de circulação assistida, a internação em unidades de tratamento intensivo (UTI), a traqueostomia, tratamentos medicamentosos com drogas vasoativas, diuréticas, antibióticos, derivados sanguíneos, dentre outros.³⁵

³¹ GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. *In*: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 81

³² DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**, v.17, n.3, 2009, p.535

³³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p.454.

³⁴ DADALTO, Luciana. *Op. cit.*, 2009, p.533.

³⁵ *Ibidem, loc. cit.*

Outrossim, quanto às disposições sobre doação de órgãos no testamento vital (ou declaração prévia de vontade do paciente terminal), DADALTO entende não ser possível, e para tanto utiliza dois fundamentos. No primeiro, aduz que sendo as diretivas antecipadas de vontade, negócio jurídico unilateral, com eficácia *inter vivos*, estas desnaturam o testamento vital, cujo objeto é assegurar a autonomia da pessoa em situações nas quais aquela esteja impossibilitada de exprimir sua vontade. No segundo, chama atenção para a Lei 9.434/97, alterada pela Lei 10.211/01, que regula a doação de órgãos no Brasil. De acordo com a referida Lei, a vontade dos familiares, respeitando a linha sucessória, prevalece sobre a vontade da pessoa, ainda que esta tenha se manifestado em vida de forma contrária a eventual doação. Assim, basta que os ditames da referida Lei sejam satisfeitos para que a doação ocorra, e arremata aduzindo que “tendo em vista tais dados, entende ser desnecessária, ante o ordenamento jurídico brasileiro, a disposição acerca de doação de órgãos na declaração prévia de vontade do paciente terminal”.³⁶

Entretanto, mister se faz posicionar-se contrária ao segundo fundamento apontado por DADALTO, eis que vai de encontro ao Enunciado n.277 do Conselho da Justiça Federal (IV Jornada de Direito Civil)³⁷, segundo o qual:

O art. 14 do Código Civil³⁸, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador.³⁹

O entendimento esposado no Enunciado n.277 do Conselho da Justiça Federal (IV Jornada de Direito Civil) acaba por concretizar um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana, além de permitir e assegurar a autonomia da pessoa ante suas escolhas feitas em vida. De sorte que, apenas quando houver silêncio do eventual doador, é que a vontade e interesse dos respectivos familiares, observando a ordem sucessória, irá se sobrepor ao daquele.

³⁶ DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**, v.17, n.3, 2009, p.536

³⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p.351.

³⁸ Art. 14, CC/2002 - É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

³⁹ Enunciado n.277 do Conselho de Justiça Federal (IV Jornada de Direito Civil). Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>. Acesso em: 04 de fev.2017.

Além disso, outro aspecto fundamental que compõe o conteúdo do testamento vital é a possibilidade de nomeação de um representante, designado “procurador de cuidados de saúde”, o que significa a inserção do mandato duradouro no referido testamento. Segundo, DADALTO, a princípio essa inserção é válida no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, a autora alerta que por se tratarem de institutos distintos, o ideal seria que a pessoa elaborasse, em separado, as duas modalidades de diretivas antecipadas, mesmo que seja desejável inserir o mandato duradouro no testamento vital (ou declaração prévia do paciente terminal)⁴⁰, e justifica tal posicionamento aduzindo que:

(...) enquanto a declaração prévia de vontade do paciente terminal só produzirá efeito nos casos de incapacidade definitiva do paciente, o mandato duradouro poderá ser também utilizado quando da incapacidade temporária. Por essa razão, entende-se ser necessário que, caso a pessoa queira fazer as duas modalidades de diretivas antecipadas, as faça separadamente (...)⁴¹

Destarte, feitas as considerações acima sobre o testamento vital, não há como negar a importância desse instituto enquanto instrumento garantidor da concretização da autonomia e dignidade da pessoa humana. Como já salientado, o objetivo é garantir que os desejos do paciente sejam observados e atendidos em situações nas quais não possa exprimir sua vontade, seja em decorrência de uma enfermidade incurável ou terminal, ou seja, em situações de terminalidade da vida. Nas precisas palavras de Adriano Marteleto Godinho:

O testamento vital, enfim, permite que seja o próprio indivíduo a decidir sobre sua vida e saúde, e não seus familiares, aos quais, em tese, recairia o encargo de consentir quanto aos tratamentos médicos, sempre que o próprio interessado não tiver o necessário discernimento para fazê-lo.⁴²

Salienta-se, por fim, que não existe atualmente no direito brasileiro, norma jurídica regulamentando o testamento vital (ou declaração prévia de vontade do paciente terminal), logo, não existe lei específica delimitando as formalidades e os requisitos necessários para sua elaboração.⁴³ No entanto, a existência dessa lacuna legislativa

⁴⁰ DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**, v.17, n.3, 2009, p.536

⁴¹ *Ibidem*, p.525

⁴² GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. *In*: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 78

⁴³ MOREIRA, Mayana Sales. Testamento vital: um estudo sobre o seu conteúdo lícito no Brasil. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p.73.

no direito pátrio não impede que se discuta a sua adequação jurídica, validade e eficácia,⁴⁴ conforme se verá no decorrer do trabalho em tópico próprio.

2.2.2 Mandato Duradouro

Considerado uma das modalidades de diretivas antecipadas de vontade, o mandato duradouro é um documento através do qual nomeia-se “um ou mais procuradores, que deverão ser consultados pelos médicos, em caso de incapacidade do paciente – terminal ou não – quando, estes tiverem que tomar alguma decisão sobre tratamento ou não tratamento” a que o paciente poderá ser submetido ou não.⁴⁵

Através do mandato duradouro, a pessoa juridicamente capaz, de forma antecipada e por escrito, outorga poderes expressos ao procurador, que também deve ser juridicamente capaz, para agir em seu nome, bem como decidir sobre quais tratamentos e cuidados médicos a pessoa aceita ou refuta, em circunstâncias nas quais não possa exprimir sua vontade, seja em razão de uma incapacidade temporária ou definitiva⁴⁶. O procurador, designado “procurador de cuidados de saúde” deverá atuar seguindo fielmente as instruções e desejos do representado, de sorte que as decisões serão tomadas não com base em sua vontade própria, mas sim com base na vontade do paciente⁴⁷

O instituto do mandato duradouro, assim como ocorre com o testamento vital (ou declaração prévia do paciente terminal), não possui uma regulamentação legal específica no ordenamento jurídico pátrio, contudo, isso não impede que se discuta a sua adequação jurídica, validade e eficácia,⁴⁸ conforme se verá no decorrer do trabalho em tópico próprio. Ademais, não obstante embora ambas as modalidades de diretivas antecipadas de vontade possuam em comum essa ausência de regulamentação legal, cumpre destacar que o mandato duradouro em relação ao testamento vital, apresenta algumas vantagens, vejamos:

(...) as possibilidades de evitar incertezas em relação a quem tem o poder legal para decidir; de se respeitar o desejo de conferir legalmente poderes a alguém, para que possa agir pela pessoa, quando esta estiver incapacitada; de definir um padrão de decisão; de evitar a imposição de medida de tutela

⁴⁴ GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. *In*: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 75.

⁴⁵ DADALTO, Luciana. Diretivas antecipadas de vontade e o Princípio da Solidariedade Familiar. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.78, jun./jul. 2013, p. 95.

⁴⁶ *Idem*. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**, v.17, n.3, 2009, p.525

⁴⁷ GODINHO, Adriano Marteleto. *Op. cit.*, 2012, p. 83

⁴⁸ *Ibidem*, p. 75.

ou curatela, quando desnecessária; e a garantia de respeito à vontade da pessoa incapaz, mesmo quando instaurada a tutela ou curatela.⁴⁹

As vantagens que o mandato duradouro apresenta em relação ao testamento vital são inegáveis, sobretudo, porque neste último, tem-se a tomada de decisões pelo titular de forma prévia as circunstâncias que irá futuramente circundar o caso concreto. Já a nomeação de um procurador de cuidados de saúde irá permitir que este atue adequando a vontade do representado às múltiplas vicissitudes do caso concreto, permitindo, assim, que o procurador “interprete a vontade do representado de acordo com os valores e objetivos deste, juízo este que o procurador deverá estar apto a fazer dada a relação de proximidade existencial que mantém com a pessoa que representa.”⁵⁰

Ou seja, preserva-se a possibilidade de adequar a vontade do representado às nuances do caso concreto, liberalidade, que, a priori, não se vislumbra no testamento vital, pois neste há notória dificuldade em abarcar nas suas cláusulas os múltiplos cenários possíveis nos quais o titular possa vir a se encontrar, tendo em vista que “o contexto com o qual o médico se depara seja tão inesperado que o testador nunca o tenha previsto”.⁵¹

Ademais, segundo Adriano Marteleto Godinho, o mandato duradouro possibilita que a vontade declarada da pessoa seja observada e cumprida, segurança que não se verifica no testamento vital, isso porque, neste não haverá a nomeação de um procurador que possa “acompanhar se os procedimentos médicos efetivamente caminham no mesmo rumo das decisões por ele declaradas”.⁵² Todavia, em contrapartida, Luciana Dadalto aduz ser possível a inserção do mandato duradouro testamento vital, sendo essa inserção, a princípio, válida no ordenamento jurídico pátrio. Mas, DADALTO faz uma ressalva: por se tratarem de institutos distintos, o ideal seria que a pessoa elaborasse, em separado, as duas modalidades de diretivas antecipadas, isso porque o mandato duradouro poderá ser utilizado em situações de incapacidade definitiva e temporária do mandante, ao passo que o

⁴⁹ Vítor PT. *apud* DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**, v.17, n.3, 2009, p.524.

⁵⁰ RAPOSO, Vera Lúcia. **Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida**. Disponível em: <http://rmp.smppt.pt/wpcontent/uploads/2011/05/RevistaMPN125EstudosReflex5.pdf>. Acesso em: 02 de nov. de 2016, p. 177

⁵¹ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁵² GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. *In*: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 85.

testamento vital apenas poderá ser utilizado em situações de incapacidade definitiva do titular.⁵³

Não obstante o mandato duradouro apresente as vantagens ora elencadas, cumpre trazer a lume o maior problema que este instituto apresenta, qual seja a escolha de quem será nomeado procurador de cuidados de saúde do paciente. Existem algumas opções de procuradores que geram discussões em torno de quem seria mais adequado para representar o paciente, se o cônjuge, filhos, ambos os pais ou apenas um destes, o juiz, a equipe médica ou até mesmo um terceiro imparcial. Porém, mesmo diante de inúmeros exemplos de possíveis procuradores, um entendimento é unânime entre os estudiosos do tema: a figura do procurador deve ter um contato próximo com o representado e não necessariamente corresponde aos representantes legais, via de regra, os familiares⁵⁴. Nessa linha, Vera Lúcia Raposo aduz:

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.⁵⁵

Depreende-se, pois, que a figura de um terceiro imparcial, juiz ou equipe médica, a priori, é descartada, tendo em vista que o ideal é que o procurador de cuidados de saúde seja alguém que conheça os anseios e desejos do representado, bem como tenha uma relação de proximidade com o mesmo. De outra banda, a figura do cônjuge, filhos, ambos os pais ou apenas um deste, ou de outro familiar na ordem sucessória, embora presente uma relação de proximidade e de afeto com paciente, também não é garantia de que a vontade manifestada por este será efetivamente respeitada e cumprida por aqueles. Isso porque, a vontade do paciente pode diferir da vontade dos seus respectivos parentes, além disso, questões éticas, morais, religiosas e até mesmo o vínculo afetivo existente entre o mandante e mandatário,

⁵³ DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**, v.17, n.3, 2009, p.525

⁵⁴ *Ibidem*, p.524

⁵⁵ RAPOSO, Vera Lúcia. **Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida**. Disponível em: <http://rmp.smp.pt/wpcontent/uploads/2011/05/RevistaMPN125EstudosReflex5.pdf>. Acesso em: 02 de nov. de 2016, p. 177.

podem influir na tomada de decisões por este último, uma vez que, o mandatário pode decidir com base nos seus próprios valores e não com base nos valores do mandante.

Pelo exposto, conclui-se que ambas as modalidades de diretivas antecipadas, testamento vital e mandato duradouro, possuem suas respectivas vantagens e desvantagens. Por um lado, o testamento vital, quando claro e inequívoco, portanto, bem redigido, assegura com maior fidelidade, a observância e cumprimento da vontade declarada pelo celebrante, evitando, desse modo, ambiguidades e tomadas de decisões que não reflitam verdadeiramente os desejos da pessoa, ainda que essas decisões sejam tomadas com base nas circunstâncias que envolvam o caso concreto.⁵⁶ De outra banda, o conteúdo do mandato duradouro, quando claro e inequívoco, e com uma delimitação precisa dos poderes do procurador, irá permitir que este adequa a vontade do paciente as vicissitudes que rodeiam o caso concreto, e observe, desse modo, a vontade, valores e desejo do paciente, não decidindo além dos poderes que lhe foram conferidos através do presente instrumento.⁵⁷

2.3 PROCEDIMENTOS MÉDICOS QUE ABREVIAM OU PROLOGAM À VIDA HUMANA E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Para melhor compreensão do tema de pesquisa, faz-se necessário traçar algumas considerações e distinções entre eutanásia, distanásia e ortotanásia. O objetivo não é aprofundar ou esgotar todo conteúdo que envolve tais práticas, e sim dirimir dúvidas conceituais acerca dessas práticas, bem como traçar um paralelo com as diretivas antecipada de vontade, ora objeto de estudo.

2.3.1 Considerações e distinções entre eutanásia, distanásia e ortotanásia

Os grandes avanços obtidos pela ciência médica proporcionaram a prevenção, tratamento e cura de inúmeras enfermidades as quais os seres humanos encontram-se vulneráveis, bem como permitiu o prolongamento artificial da vida humana, “relativizando a certeza da morte”.⁵⁸ É cediço que o prolongamento indefinido e

⁵⁶ GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. *In*: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 85.

⁵⁷ RAPOSO, Vera Lúcia. **Diretivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida**. Disponível em: <http://rmp.smppt.com.br/wp-content/uploads/2011/05/RevistaMPN125EstudosReflex5.pdf>. Acesso em: 02 de nov. de 2016, p. 177.

⁵⁸ DADALTO, Luciana. Diretivas antecipadas de vontade e o Princípio da Solidariedade Familiar. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.78, jun./jul. 2013, p. 91.

artificial da vida humana, e a dificuldade em aceitar que a morte siga seu curso natural, acirraram ainda mais a discussão sobre as práticas da eutanásia, distanásia e ortotanásia.⁵⁹ Trata-se de práticas distintas que, não raras vezes, têm suas diferenças ignoradas, o que dificulta a formação de uma opinião fundamentada sobre aquelas.

Pois bem, em relação à eutanásia, a origem do seu termo é atribuída ao filósofo inglês Francis Bacon (1561-1626)⁶⁰ e deriva, do grego *eu* (boa), *thanatos* (morte), podendo ser traduzido como “boa morte”, “morte apropriada” ou “morte piedosa”.⁶¹ Atualmente, o termo eutanásia vem sendo utilizado para designar a ação do médico, que movido por compaixão, antecipa a morte do paciente cujo estado de saúde é considerado incurável ou terminal.⁶² Em síntese, o conceito de eutanásia pode ser compreendido como:

(...) a ação médica intencional de apressar ou provocar a morte – com exclusiva finalidade benevolente – de pessoa que se encontre em situação considerada irreversível e incurável, consoante os padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos.⁶³

Diante do conceito apresentado sobre eutanásia, é importante frisar que ainda não existe na doutrina uniformidade no que concerne as suas várias modalidades. Mas, dentre as diversas modalidades de eutanásia existentes, destaca-se a classificação em eutanásia ativa e passiva.⁶⁴

A eutanásia ativa consiste em uma ação médica, na qual o ato é praticado com o escopo de promover a morte do paciente que se encontre em estado de saúde irreversível e incurável, conforme padrões médicos vigentes, e cuja morte é inevitável. Trata-se, portanto, de uma ação médica na qual se busca abreviar ou provocar a morte, com finalidade benevolente e piedosa.⁶⁵ Por sua vez, a eutanásia passiva consiste em uma omissão, ou seja, a não-realização de uma ação que teria indicação terapêutica ou a interrupção de um tratamento extraordinário ou fútil, com

⁵⁹ SOUZA, Cimon Hendrigo Burmann de. Eutanásia, distanásia e suicídio assistido. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 148.

⁶⁰ SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro” da bioética ao biodireito**. 3 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 131.

⁶¹ SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.311.

⁶² BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *In*: **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.n.40. abr./jun. 2011, p. 72.

⁶³ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁶⁴ SOUZA, Cimon Hendrigo *Op. cit.*,2002, p. 148-149.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Op. cit.*, 2011, p. 72.

a finalidade de minorar o sofrimento do paciente, seja físico ou psíquico, permitido, assim que morte inevitável ocorra.⁶⁶ Em ambas as modalidades de eutanásia “há que ser observada a vontade do paciente, o seu consentimento. É a morte voluntária”.⁶⁷

Cabe ressaltar que alguns autores, a exemplo de Maria de Fátima Freire de Sá⁶⁸ e Maria Helena Diniz⁶⁹, equiparam o termo eutanásia passiva a ortotanásia. Entretanto, Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel, tratando sobre o tema, assinalam para a existência de um rearranjo conceitual que afeta a distinção entre as modalidades de eutanásia ativa e passiva, que passaram a receber denominações distintas. Segundo os autores, a terminologia eutanásia deve ser aplicada apenas para a modalidade ativa, de forma que, “a conduta antes caracterizada como eutanásia passiva, já não deve ser necessariamente visualizada como antiética, podendo ser expressão da autonomia do paciente, merecedora de respeito por parte da equipe de saúde”.⁷⁰

No Brasil, a eutanásia é uma prática vedada e vem sendo tratada pelo Direito Penal como homicídio, ainda que privilegiado. De acordo com o conteúdo extraído da regra do artigo 121, §1º, do Código Penal⁷¹, a conduta de ceifar a vida de outrem que se encontre em situação de grave sofrimento, pode ser vislumbrada como motivo de relevante valor social e moral, e, portanto, o agente que praticar tal delito, terá sua pena atenuada de um sexto a um terço. O parágrafo do artigo citado, não discrimina quem seja o sujeito ativo do delito, de forma que, qualquer pessoa que praticar o ato, desde que impelida por motivos de relevante valor social e moral, poderá

⁶⁶ SOUZA, Cimon Hendrigo Burmann de. Eutanásia, distanásia e suicídio assistido. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 149

⁶⁷ SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.314

⁶⁸ *Ibidem*, p.312.

⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *In*: **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.n.40. abr./jun. 2011, p. 75.

⁷¹ Código Penal, artigo 121. **Homicídio simples** - Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. **Caso de diminuição de pena:** § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

praticar a eutanásia. Inexiste, portanto, no direito pátrio, a obrigatoriedade de que a eutanásia seja realizada por médico, como, tecnicamente, é compreendida.⁷²

Há quem defenda que a prática da “eutanásia passiva” não incide no tipo previsto no art. 121, §1º, do Código Penal, sob o argumento de que incumbe ao médico “prolongar a vida” e não retardar o processo de morte, de sorte que, ao constatar conforme os padrões médicos vigentes, a irreversibilidade do quadro clínico do paciente, poderá não iniciar ou interromper tratamentos extraordinários e fúteis, que apenas prorrogam a dor e sofrimento.⁷³

Nesse contexto, em uma situação cujo quadro clínico seja irreversível, as diretivas antecipadas de vontade figuram como instrumentos que possibilitam ao paciente disciplinar de forma prévia, quais os tratamentos, intervenções e cuidados médicos deseja se submeter ou não, na hipótese de encontrar-se em estado de inconsciência.⁷⁴

Com efeito, as diretivas antecipadas de vontade, quando observadas e cumpridas, garantem que o paciente não seja submetido às intervenções médicas não autorizadas por este. Vale dizer que, se o paciente acometido por doença incurável ou terminal, consignou mediante as diretivas antecipadas de vontade, o seu desejo de não ter sua vida prolongada artificialmente, não há razão para que sua vontade não seja efetivamente atendida. Nessa linha, referindo-se à eutanásia, em passagem que se podem estender as diretivas antecipadas de vontade, Ronald Dworkin, pontua:

(...) a questão colocada pela eutanásia não é saber se a santidade da vida deve ceder espaço a algum outro valor, como a humanidade ou a compaixão, mas de que modo a santidade da vida deve ser entendida e respeitada. As grandes questões morais do aborto e da eutanásia, que dizem respeito à vida em seu início e seu fim, têm uma estrutura semelhante. Cada um envolve decisões não apenas sobre direitos e interesses de pessoas em particular, mas sobre a importância intrínseca e cósmica da vida humana em si. Em cada caso, as opiniões se dividem não porque alguns desprezam valores que para outros são fundamentais, mas, ao contrário, porque os valores em questão encontram-se no centro da vida de todos os seres humanos e porque nenhuma pessoa pode tratá-los como triviais a ponto de aceitar que outros lhe imponham seus pontos de vista sobre o significado desses valores. Levar alguém a morrer de uma maneira

⁷² SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Op. cit.*, 2011, p.322.

⁷³ SOUZA, Cimon Hendrigo Burmann de. Eutanásia, distanásia e suicídio assistido. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 179.

⁷⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.333.

que outros aprovam, as que para ele representa uma terrível contradição de sua própria vida, é uma devastadora e odiosa forma de tirania.⁷⁵

Noutro passo, a distanásia em sentido oposto a eutanásia, “é o comportamento médico que consiste no uso de processos terapêuticos cujo efeito é mais nocivo do que o mal a curar, ou inútil, porque a cura é impossível, e o benefício esperado é menor que os inconvenientes possíveis”⁷⁶, vislumbra-se apenas o prolongamento do processo de morte e não da vida, o que causa, conseqüentemente, um sofrimento desmedido ao ser humano que se encontra com uma enfermidade incurável ou terminal, e cuja morte é inevitável. Em linhas gerais, podemos compreender a distanásia como:

(...) a tentativa de retardar a morte o máximo possível, empregando, para isso, todos os meios médicos disponíveis, ordinários e extraordinários ao alcance, proporcionais ou não, mesmo que isso signifique causar dores e padecimentos a uma pessoa cuja morte é iminente e inevitável. Em outras palavras, é um prolongamento artificial da vida do paciente, sem chance de cura ou de recuperação da saúde segundo o estado da arte da ciência da saúde, mediante conduta na qual “não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer”.⁷⁷

Destarte, observar-se que o objetivo primordial da distanásia nada mais é do que prolongar a quantidade da vida humana e não sua qualidade. Busca-se combater a morte “como grande e último inimigo”⁷⁸, tornando o processo de morte demasiadamente lento e doloroso ao enfermo, indo, portanto, contra a própria dignidade humana.

É inegável que os avanços tecnológicos conquistados no campo da medicina são notáveis e proporcionaram não apenas a prevenção, tratamentos e cura de algumas das enfermidades que afetam os seres humanos, como também possibilitaram o prolongamento artificial da vida biológica. Todavia, embora se trate de uma conquista da medicina e que trouxe benefícios à humanidade, é necessário reconhecer que o uso abusivo e desmedido de tratamentos terapêuticos com escopo apenas de adiar uma morte inevitável, culmina em um sofrimento físico e psíquico

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p.453.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *In: Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.n.40. abr./jun. 2011, p. 72-73.

⁷⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.312.

ao paciente que padece de uma enfermidade incurável ou terminal, tendo em vista que não se vislumbra uma reversão do seu quadro clínico de saúde.

Dessa forma, as diretivas antecipadas de vontade despontam como instrumentos hábeis a evitar a realização da distanásia, e via de consequência, de tratamentos, intervenções e cuidados médicos, cuja finalidade única é adiar a morte sabidamente inevitável. A busca incessante deve ser pela qualidade de vida, ou seja, “não se trata de viver por viver, mas, sim, de viver enquanto se pode viver dignamente”.⁷⁹

Nessa esteira, tem-se que “o caminho do meio (e o caminho correto) é da designada ortotanásia”.⁸⁰ A ortotanásia consiste em permitir que a morte percorra seu curso natural, ou seja, não se objetiva prolongar, mediante tratamentos fúteis e ineficazes, a vida de um paciente acometido por enfermidade incurável ou terminal, e cuja morte é inevitável. Difere-se, pois, da distanásia e da eutanásia.⁸¹ Assim, vejamos:

Em sentido oposto da distanásia e distinto da eutanásia, tem-se a ortotanásia. Trata-se da morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários e desproporcionais utilizados na distanásia, nem apressada por ação intencional externa, como na eutanásia. É uma aceitação da morte, pois permite que ela siga seu curso. É prática “sensível ao processo de humanização da morte, ao alívio das dores e não incorre em prolongamentos abusivos com aplicação de meios desproporcionados que imporiam sofrimentos adicionais”.⁸²

Vislumbra-se que a ortotanásia não tem por escopo causar a morte de um paciente que se encontre com uma enfermidade incurável ou terminal, mas apenas de permitir que a morte inevitável ocorra de forma natural, livre de intervenções parcelares, de tratamentos extraordinários, não insistindo, portanto, em métodos que provocam ainda mais sofrimento ao paciente em situação de terminalidade da vida.⁸³ Busca-se, na ortotanásia, tão somente, manter cuidados paliativos, que amenizem o sofrimento físico e psíquico do enfermo. Nessa linha, refletindo sobre a ortotanásia e a manutenção dos cuidados paliativos, sem aplicação de cuidados extraordinários, Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel, assinalam:

⁷⁹ MOREIRA, Mayana Sales. Testamento vital: um estudo sobre o seu conteúdo lícito no Brasil. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p.77.

⁸⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. As disposições antecipadas de vontade: o chamado “testamento vital”. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte: Nova Fase, n.64, jan./jun. 2014, p. 493-501.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *In: Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.n.40. abr./jun. 2011, p. 73-74.

⁸² *Ibidem, loc. cit.*

⁸³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, 2014, p. 502.

Indissociável da ortotanásia é o cuidado paliativo, voltado à utilização de toda a tecnologia possível para aplacar o sofrimento físico e psíquico do enfermo. Evitando métodos extraordinários e excepcionais, procura-se aliviar o padecimento do doente terminal pelo uso de recursos apropriados para tratar os sintomas, como a dor e a depressão. O cuidado paliativo pode envolver o que se denomina duplo efeito: em determinados casos, o uso de algumas substâncias para controlar a dor e a angústia pode aproximar o momento da morte. A diminuição do tempo de vida é um efeito previsível sem ser desejado, pois o objetivo primário é oferecer o máximo conforto possível ao paciente, sem intenção de ocasionar o evento morte.⁸⁴

Então, observa-se que, distinguindo-se da prática da distanásia, na ortotanásia, evita-se a aplicação de tratamentos extraordinários ou fúteis, dos quais não se vislumbram melhorias, tampouco, reversão do quadro clínico do paciente, e mantêm-se os cuidados paliativos necessários para aplacar a dor física e psíquica do paciente, permitindo, assim, uma melhoria na sua qualidade de vida. Portanto, não há, na prática da ortotanásia, a busca incessante pelo prolongamento biológico da vida, muito menos o retardamento do processo de morte, este ocorreria de forma natural.

Nessa senda, refletindo-se sobre a ortotanásia e sobre a manutenção apenas dos cuidados paliativos, excluindo os tratamentos fúteis ou extraordinários, indaga-se sobre a possibilidade de suspensão da alimentação e da hidratação (AHA) em pacientes terminais e inconscientes, assim como em pacientes que se encontrem em Estado Vegetativo Permanente (EVP).

Trazendo uma distinção entre os quadros clínicos acima citados, Luciana Dadalto, ressalta que, quando se trata de um paciente terminal, a morte é iminente e não é apenas a alimentação e hidratação que mantém o paciente vivo, havendo outros tratamentos ordinários e extraordinários que lhes são aplicáveis. No Estado Vegetativo Permanente, contudo, “o paciente não possui atividade cerebral, não está ligado a aparelho, não sente dor e as únicas coisas que o mantêm vivo são a hidratação e a alimentação”⁸⁵, ou seja, a vida biológica do paciente pode ser prolongada indefinidamente, utilizando-se apenas hidratação e alimentação.

Observa-se que a suspensão da alimentação e hidratação (AHA) em pacientes em Estado Vegetativo Permanente (EVP) é mais complexa, isso porque a manutenção

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *In: Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.n.40. abr./jun. 2011, p. 74.

⁸⁵ DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. *Revista Bioética*, v.17, n.3, 2009, p.529.

da vida biológica do paciente depende exclusivamente da hidratação e alimentação (AHA) que lhe são aplicáveis, via de consequência, tal suporte vital, pode ser encarado como além de um tratamento médico, mas um cuidado básico. Já em se tratando de paciente terminal, a alimentação e hidratação podem ser encaradas como tratamento fútil, pois a morte é inevitável, podendo-lhes ser ministrados outros tratamentos além da alimentação e hidratação (AHA).⁸⁶

A distinção ora analisada poderia levar a concluir, equivocadamente, “que no cuidado com os pacientes terminais a suspensão de AHA pode ser vista, diante do caso concreto, como cuidado paliativo e que no EVP caracterizaria eutanásia, pois acarretaria, incontinenti, a morte do paciente”.⁸⁷ No entanto, a alimentação e hidratação apenas podem ser consideradas cuidados básicos quando há uma melhoria na qualidade de vida do paciente em Estado Vegetativo Permanente (EVP), o que, não maioria dos casos, não ocorre, havendo apenas o prolongamento indefinido da vida biológica “razão pela qual, deve ser considerada um tratamento médico, que substitui uma função, assim como a ventilação mecânica e a diálise”⁸⁸.

Não existe ainda na doutrina, uma uniformidade sobre a possível suspensão da alimentação e hidratação em pacientes que se encontrem nos quadros clínicos supracitados, de forma que alguns autores defendem que a alimentação e hidratação funcionam como tratamentos essenciais, fundamental para a manutenção da vida biológica do paciente, logo, não seria possível a ocorrência de sua interrupção.⁸⁹ Em direção oposta, Luciana Dadalto, sustenta que, embora existam tais discussões, a doutrina majoritária defende que a alimentação e a hidratação é uma opção terapêutica, podendo ocorrer sua suspensão⁹⁰, e em precisas palavras a autora arremata:

Não obstante essa divergência, a posição é de que a AHA tem caráter de tratamento, mesmo no EVP. Inclusive, pesquisas já comprovaram que até o principal temor diante da aceitação desta suspensão, a possibilidade de que o paciente sinta fome e sede, não prospera, pois existem formas de paliar essas sensações, como molhar a boca com pano molhado, gelo moído,

⁸⁶ DADALTO, Luciana. Limitação da hidratação e nutrição no fim da vida: entre a eutanásia e a ortotanásia. Disponível em: <http://www.ibijus.com/blog/29-limitacao-da-hidratacao-e-nutricao-no-fim-da-vida-entre-a-eutanasia-e-a-ortotanasia>. Acesso em: 14 de fev. de 2017.

⁸⁷ *Ibidem*, loc. cit.

⁸⁸ *Ibidem*, loc. cit.

⁸⁹ MOREIRA, Mayana Sales. *apud* MINAHIM, Maria Auxiliadora. Direito Penal e biotecnologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.192

⁹⁰ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Atlas, 2015.

entre outros. A verdade é que o paciente não morrerá de fome e sede, mas sim que ele não sente fome e sede porque está morrendo.⁹¹

Nesse passo, destaca-se a importância na elaboração das diretivas antecipadas de vontade, eis que permitem ao paciente disciplinar, antecipadamente, quais tratamentos e intervenções deseja se submeter ou não, caso, futuramente, encontre-se em situação de terminalidade da vida e inconsciente, ou sobrevenha em Estado Vegetativo Permanente (EVP), de sorte que, caso se manifeste favorável à suspensão da hidratação e alimentação (AHA), os médicos devem observar os desejos manifestados previamente pelo paciente nas diretivas.⁹²

Porém, conquanto as diretivas antecipadas de vontade tenham caráter vinculativo⁹³, é importante ressaltar o direito de objeção de consciência do médico em recusar-se a seguir as instruções advindas do próprio paciente ou de seu respectivo procurador de cuidados de saúde. Isso porque, o Código de Ética Médica, no capítulo II, inciso IX, dispõe que é direito do médico “recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrário aos ditames de sua consciência.”⁹⁴ Portanto, mesmo que exista alguma diretiva antecipada de vontade, o médico poderá se recusar a cumprir o quanto disposto no instrumento. Para tanto, é “necessário externar o motivo da recusa – balizada por razões éticas, morais, religiosas ou qualquer outra de foro íntimo – e encaminhar o paciente para os cuidados de outro médico”.⁹⁵

Outrossim, a discussão sobre a ortotanásia ganhou mais contornos com a publicação da Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, que em seu artigo 1º, dispõe: “É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave ou incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”.⁹⁶

⁹¹ *Ibidem, loc. cit.*

⁹² DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**, v.17, n.3, 2009, p.530

⁹³ *Ibidem*, p.527.

⁹⁴ BRASIL. **Resolução Conselho Federal de Medicina, nº 1.931/2009 - Código de Ética Médica**, 17 de setembro de 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 10.fev.2017.

⁹⁵ DADALTO, Luciana. *Op. Cit.*, 2009, p.528.

⁹⁶ BRASIL. **Resolução Conselho Federal de Medicina, nº1.805/2012**, de 28 de novembro de 2006. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso em: 10 de fev. de 2017.

A Resolução em comento assegura que o médico esclareça e preste todas as informações ao enfermo ou ao seu respectivo representante legal sobre os possíveis riscos, alternativas e objetivos do(s) tratamento(s) a serem ministrado(s). E, a partir dos esclarecimentos e das informações obtidas, é que o enfermo ou seu respectivo representante legal, com base na autonomia e no consentimento informado, poderá decidir pela aplicação ou pela suspensão dos chamados tratamentos extraordinários, sendo-lhes ministrados, apenas, e, caso assim desejem, os cuidados paliativos com o fim de aliviar os sintomas que provocam sofrimentos físicos e psíquicos ao paciente.⁹⁷ É garantida uma assistência integral ao paciente, sendo-lhe assegurado até mesmo o direito da alta hospitalar, de forma que, a prioridade deve ser o paciente e não o tratamento da enfermidade que lhe acomete.

Em que pese a discussão sobre a ortotanásia ainda esteja longe de se findar, conclui-se que é possível defender sua prática no Brasil, pois encontra assento no princípio da dignidade da pessoa humana, na autonomia privada e na liberdade individual, “princípios que propiciam a coexistência de diferentes projetos de vida na sociedade democrática, além de prática aceita pelo Conselho Federal de Medicina, órgão responsável por definir os deveres dos médicos”.⁹⁸ E, conforme será demonstrado no segundo capítulo do presente trabalho, a ortotanásia também encontra guarida no que se entende por direito à vida digna, eis que, “não se trata de viver por viver, mas, sim, de viver enquanto se pode viver dignamente”.⁹⁹

Ante o exposto, reafirma-se a importância da elaboração das diretivas antecipadas de vontade, isso porque tais instrumentos (testamento vital e mandato duradouro) permitem à pessoa manifestar, antecipadamente, quais os tratamentos, intervenções e cuidados médicos deseja ou não se submeter, na hipótese de tornar-se incapaz de manifestar sua vontade, em decorrência de uma doença incurável ou terminal. Evitam, portanto, a chamada obstinação terapêutica, na qual se utiliza de todos os meios possíveis para prolongar a vida biológica, ainda que artificialmente. Em suma, as diretivas antecipadas de vontade são verdadeiros instrumentos que viabilizam e

⁹⁷ BRASIL. **Resolução Conselho Federal de Medicina, nº1.805/2012**, de 28 de novembro de 2006. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso em: 10 de fev. de 2017.

⁹⁸ DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**, v.17, n.3, 2009, p.532.

⁹⁹ MOREIRA, Mayana Sales. Testamento vital: um estudo sobre o seu conteúdo lícito no Brasil. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p.77.

asseguram um tratamento humanitário ao paciente, bem como o respeito a sua dignidade, autonomia e liberdade individual.

3 DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 PRINCÍPIOS JURÍDICOS E SUA FORÇA NORMATIVA

O termo princípio exprime a ideia de início, fundamento de algo, trata-se indubitavelmente, do começo ou origem de um processo qualquer. A definição de princípio não é fácil, uma vez que pode ser utilizado em vários contextos e com diversos significados. A Filosofia, a Psicologia, a Economia, a Sociologia, o Direito dentre outras ciências, cada ramo do saber pode instituir princípios particulares, cada qual sob sua ótica. No âmbito específico do Direito, os princípios ganham contornos mais profundos e relevantes do que nos demais campos dos saberes, principalmente porque, com o pós-positivismo, os princípios conquistaram espaço considerável no ordenamento jurídico, sendo erigidos à categoria de normas jurídicas.

Acerca da juridicidade dos princípios, Paulo Bonavides destaca três fases discerníveis: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. A jusnaturalista é a fase metafísica e abstrata dos princípios. Nesta fase, a normatividade dos princípios era praticamente nula ou duvidosa, os princípios eram concebidos como axiomas jurídicos ou verdades estabelecidas pela razão. Na fase juspositivista, com sua inserção nos códigos, os princípios assumem seu caráter positivo, porém, desempenhavam função meramente subsidiária na aplicação do Direito, isto é, os princípios não eram vistos como normas jurídicas, mas apenas como ferramentas úteis para suprir eventuais lacunas deixadas na lei. A última fase, o pós-positivismo, tem-se que as “novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo, sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.¹⁰⁰ Nota-se que nesta fase, os princípios jurídicos alcançam a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além de uma mera atividade integratória do direito.¹⁰¹

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.268-273.

¹⁰¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. 2.ed.rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.64.

Nessa esteira, o pensamento jurídico contemporâneo da doutrina é unânime em reconhecer aos princípios *status* de norma jurídica, assim assinala Luís Roberto Barroso:

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença que teria uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral e as normas constitucionais em particular enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Antes de uma elaboração mais sofisticada da teoria dos princípios, a distinção entre eles fundava-se, sobretudo, no critério da generalidade. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isso não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento.¹⁰²

Depreende-se, pois, que os princípios jurídicos são, ao lado das regras, normas jurídicas dotadas de normatividade, via de consequência, obrigam e vinculam. E nas palavras de Paulo Bonavides, “as regras vigem, os princípios valem”.¹⁰³ Com efeito, os princípios jurídicos expressam valores fundamentais que se irradiam, fundamentam e informam todo sistema, conferindo-lhe lógica, harmonia e racionalidade. “É a viga-mestra que suporta e ampara o sistema jurídico ou cada um dos subsistemas existentes”.¹⁰⁴ São verdadeiros mandamentos basilares do sistema jurídico, composto por valores de cultura sócio-jurídica de uma sociedade, cujos comandos alcançam a composição e a efetividade de outras normas jurídicas.¹⁰⁵

Nesse ínterim e destacando o aspecto funcional dos princípios, assinala Celso Ribeiro Bastos:

São eles que dão feição de unidade ao Texto Constitucional, determinando suas diretrizes fundamentais. É por esta razão que os princípios ganham em abrangência, eis que eles se irradiam por todas as demais normas que sejam meras regras do Texto constitucional, influenciando na sua interpretação, na determinação do seu conteúdo, e até mesmo, tornando inconstitucionais tais regras cujo teor pretenda impor comando que conflitem com os princípios. Aos princípios costuma-se emprestar relevantíssimas funções. Há, contudo, uma que se sobreleva às demais: a de funcionar como critério de interpretação das demais normas não-

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.352

¹⁰³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.299.

¹⁰⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**.5.ed.rev.ampl.e atual. Salvador: Jus Podvm, 2011, p. 183

¹⁰⁵ SANTOS, Joyce Araújo dos. Princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e a ponderação de bens. **Revista do Mestrado em Direito**. Maceió: Nossa Livraria, v.1, n.1, dez. 2005, p.350

principiológicas. Disto resulta uma interferência recíproca entre regras e princípios, que faz com que a vontade constitucional só seja atribuível a partir de uma interpretação sistemática o que por si só já exclui qualquer possibilidade de que a mera leitura de um artigo isolado esteja em condições de propiciar o desejado desvendar daquela vontade.¹⁰⁶

Em termos técnicos, Roque Antônio Carraza ensina que princípio jurídico é explícito ou implícito, trata-se de um mandamento lógico, que, por sua abrangência geral, ocupa posição de primazia nos vastos quadrantes do Direito e, por essa razão, vincula de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.¹⁰⁷

Em síntese lapidar, Dirley da Cunha Júnior traz à baila as características dos princípios jurídicos, permitindo assim alcançar uma visão geral em torno de sua definição:

(...) são normas jurídicas e, portanto, são cogentes, obrigatórios, dotados de eficácia jurídica vinculante e integram o ordenamento jurídico; são o alicerce do sistema jurídico e, por conta disso, servem de critério para sua exata compreensão e inteligência, dando-lhe coerência geral; determinam o conteúdo das regras jurídicas e dos demais atos do poder público; condicionam a interpretação e eficácia das regras; e tem um triple função, a saber, de ser fundamento da ordem jurídica, com eficácia derogatória e diretiva; de orientar o trabalho interpretativo e, finalmente, de ser fonte supletiva em relação as demais fontes do direito. Com essas características, podemos definir os princípios jurídicos como as normas jurídicas fundamentais de um sistema jurídico, dotadas de intensa carga valorativa, e por isso mesmo superiores a todas as outras, que se espraiam, explicita ou implicitamente, por todo o sistema, dando-lhe o fundamento e uma ordenação lógica, coerente e harmoniosa. Em razão de sua força normativa e da elevada carga axiológica, os princípios determinam o conteúdo das demais normas e condicionam a compreensão e aplicação destas à efetivação dos valores que eles consagraram. São, em síntese apertada, as fundações normativas vinculantes de um dado sistema jurídico.¹⁰⁸

Cada vez mais, torna-se evidente a importância vital que os princípios assumem dentro do sistema jurídico, “sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder.”¹⁰⁹

Assim, no que se refere aos princípios jurídicos, é possível afirmar que são normas jurídicas imperativas, que veiculam valores fundamentais de toda uma sociedade,

¹⁰⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p.79-80.

¹⁰⁷ CARRAZA, Roque Antônio **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p.47.

¹⁰⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed.rev.ampl.e atual. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 185.

¹⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.299.

sejam éticos, morais, inclusive religiosos, fundamentam e inspiram todo o ordenamento jurídico, conferindo-lhe lógica, coerência e racionalidade, limitam as regras que se relacionam com ele, integram as lacunas normativas, serve de parâmetro para a atividade interpretativa e, por possuir eficácia normativa, podem ser concretizados e gerar direitos subjetivos. Em síntese, nas palavras de Paulo Bonavides “os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração da sua ordem normativa”.¹¹⁰

3.1.1 Princípios Constitucionais

É assente na moderna doutrina constitucional que os princípios são espécies de normas dotadas de imperatividade, duas são as razões apontadas pela dogmática constitucional para tal consenso:

Em primeiro lugar, a própria normatividade da Constituição. Se a Constituição é norma jurídica, tudo que nela se contém desfruta dessa natureza, reforçada ainda pelo fato de sua superioridade hierárquica sobre todo o sistema. A segunda razão diz com a própria natureza do princípio. O princípio constitucional veicula normalmente uma decisão fundamental do poder constituinte originário. Não haveria sentido que o princípio, axiológica e logicamente mais relevante que a regra, não fosse considerado norma jurídica e esta sim.¹¹¹

Ademais, é cediço que com o pós-positivismo, a normatividade dos princípios alcançou seu ápice, uma vez que os princípios passaram de mera fonte de teor supletório, para, nas Constituições contemporâneas, converterem-se em fundamento de toda ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais.¹¹² Em verdade, os princípios elevados a esfera constitucional assumem importância maior que os demais princípios jurídicos.

No que se refere aos princípios constitucionais, destaca Paulo Bonavides:

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta

¹¹⁰ *Ibidem*, p.298.

¹¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição 1988. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v.221, jul./set. 2000, p. 170.

¹¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.299-300.

relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas.

Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Posto no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição.¹¹³

Nota-se, portanto, que os princípios jurídicos constitucionais dotados de caráter normativo exigem estrita observância. Eles possuem uma amplitude maior, cuja desobediência gera consequências muito mais nefastas ao sistema jurídico que o descumprimento de uma simples regra, ainda que esta seja constitucional, isso porque, os princípios constitucionais estabelecem os chamados “pontos de apoio normativos para a boa aplicação do Direito”. Desse modo, na análise de qualquer problema jurídico, deve o jurista, preliminarmente, alçar-se ao nível dos princípios constitucionais, com a finalidade de verificar em que direção eles apontam. “Nenhuma interpretação haverá de ser havida por boa (e, portanto, por jurídica) se, direta ou indiretamente, vier a afrontar um princípio jurídico-constitucional”.¹¹⁴

Nessa linha, Luís Roberto Barroso faz as seguintes ponderações:

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus afins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.¹¹⁵

Observa-se, assim, que os princípios exercem função importante dentro do ordenamento jurídico, informando, condicionando e iluminando as demais normas jurídicas, “aí incluídas as individuais, com efeitos concretos, como é o caso das decisões judiciais”. As normas jurídicas em geral devem ser aplicadas em harmonia com os princípios constitucionais, uma vez que todas as normas apenas encontram a dimensão adequada quando assentadas nos princípios albergados e consagrados na Constituição.¹¹⁶

Afinado por este diapasão, Celso Antônio Bandeira de Mello acrescenta:

¹¹³ *Ibidem, loc. cit.*

¹¹⁴ CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p.50.

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.155.

¹¹⁶ CARRAZA, Roque Antônio, *Op. cit.*, 2012, p.55.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingindo, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.¹¹⁷

Vê-se, pois, que os princípios constitucionais “são as pautas normativas máximas de uma Constituição que refletem a sua ideologia e o modo de ser compreendida e aplicada”.¹¹⁸ São as verdadeiras vigas-mestras, alicerces sobre os quais se constrói todo o ordenamento jurídico, são eles que dão estrutura e coesão ao “edifício jurídico”, devendo, pois, ser estritamente observados, sob pena de fragilizar-se a própria vontade da Constituição.¹¹⁹

Destacando a importância em respeitar os princípios constitucionais, precisa é a lição de Konrad Hesse:

(...) aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado democrático. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.¹²⁰

Em verdade, os princípios constitucionais expressam a axiologia normativa superior e unificadora do ordenamento jurídico, dando-lhe coerência. Limitam e condicionam não apenas os três Poderes do Estado, como também as condutas de todos os cidadãos que se encontram sob a égide do ordenamento jurídico pátrio. Vinculam a hermenêutica jurídica, tanto no que se refere a interpretação, aplicação, bem como integração do direito positivo.¹²¹ É como aduz Paulo Bonavides: “Os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo”,¹²² logo, devem ser fielmente observados.

¹¹⁷ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p.975.

¹¹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed.rev.ampl.e atual. Salvador: Jus Podvm, 2011, p. 186.

¹¹⁹ CARRAZA, Roque Antônio **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p.56.

¹²⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 22.

¹²¹ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.62.

¹²² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.267.

A doutrina constitucional contemporânea reconhece a importância que os princípios constitucionais assumem dentro do ordenamento jurídico. Segundo Celso Ribeiro Basto, os princípios consagrados constitucionalmente, “servem, a um só tempo, como objeto da interpretação constitucional e como diretriz para a atividade interpretativa, como guias a nortear a opção de interpretação”.¹²³

Por seu turno, José Joaquim Gomes Canotilho leciona que os princípios constitucionais podem ser classificados em quatro categorias, a saber: princípios jurídicos fundamentais; princípios políticos constitucionalmente conformadores; princípios constitucionais impositivos; e princípios-garantia.¹²⁴

Os princípios jurídicos fundamentais definem as balizas de um Ordenamento Jurídico. São nas palavras de Canotilho:

(...) os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.¹²⁵

Os princípios políticos constitucionalmente conformadores são aqueles “que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”. (...) são o cerne político de uma Constituição política”.¹²⁶ Exemplo desses princípios são os princípios fundamentais do Título I, da Constituição Federal de 1988, em síntese, o princípio do estado democrático de direito, da soberania popular, da dignidade da pessoa humana.¹²⁷

Já os princípios constitucionais impositivos, são “todos os princípios que impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas”.¹²⁸ É o campo próprio das disposições programáticas, se ocupam tais princípios em traçar os fins ou as tarefas políticas do Estado, a exemplo cita-se os princípios objetivos do artigo 3º da Constituição Federal de 1988.¹²⁹

¹²³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p.82.

¹²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003, p.1164-1167.

¹²⁵ *Ibidem*. p.1165.

¹²⁶ *Ibidem*. p.1166.

¹²⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**.5.ed.rev.ampl.e atual. Salvador: Jus Podvm, 2011, p. 186-187.

¹²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *op. cit.*, 2003, p.1167.

¹²⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**.5.ed.rev.ampl.e atual. Salvador: Jus Podvm, 2011, p. 187.

E por fim, Canotilho traz a baila os princípios-garantia, estes são “princípios que visam instituir directa e imediatamente uma garantia dos cidadãos. É-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força vinculante e determinante, positiva e negativa.”¹³⁰ O objetivo é proteger o cidadão contra possíveis arbitrariedades do Estado, a exemplo temos o princípio do devido processo legal, do contraditório, do juiz natural, da segurança jurídica, dentre outros.¹³¹

Outrossim, embora não exista hierarquia entre as normas-princípios e as normas-regras, uma vez que, de acordo com o princípio da unidade da Constituição, todas as normas constitucionais encontram-se em mesmo patamar (pelo menos no sentido normativo), existe uma hierarquia axiológica entre os princípios. Assim, aduz Roque Antônio Carraza:

(...) são os princípios que conferem ao ordenamento jurídico estrutura e coesão. Estes princípios, de seu turno, entremostam-se hierarquizados no mundo do Direito. De fato, alguns deles, mais abrangentes, fulcram todo o sistema jurídico – são os princípios jurídicos constitucionais -, irradiando efeitos sobre outros, de conotação mais restrita. Estes, de sua parte, acabam condicionando novos princípios mais particularizados, e, deste modo, escalonada e sucessivamente, até as normas específicas, numa vasta cadeia, cujo enredo só o jurista tem condições de entender.¹³²

Também para Dirley da Cunha Júnior há uma inquestionável hierarquia entre os princípios, para o ilustre autor os princípios possuem cargas valorativas distintas:

(...) é inquestionável a existência de uma hierarquia axiológica entre os princípios constitucionais. Com efeito, há princípios com distintas cargas valorativas; uns, sem densidade semântica, mas com intensa força valorativa; outros, com densidade normativa, mas pouca carga valorativa. Os primeiros projetam-se sobre todo o sistema de normas, exigindo que sejam observados os valores que eles consagram. Os segundos atuam em domínios normativos específicos, fazendo efetivos e concretos exatamente aqueles valores. Estes princípios, denominados por isso mesmo de subprincípios ou princípios derivados, jamais podem contrariar aqueles, sob pena de inadmissível subversão da ordenação jurídica estatal.¹³³

Tecidas as considerações acima, compreende-se que os princípios constitucionais fundamentam, dão coesão e unidade a todo o sistema jurídico. São comandos jurídicos dotados de força normativa, força essa suficiente para orientar e condicionar a interpretação e aplicação das demais normas jurídicas. Conforme resume Roque Antônio Carraza “os princípios constitucionais são, a um só tempo,

¹³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003, p1167.

¹³¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed.rev.ampl.e atual. Salvador: Jus Podvm, 2011, p. 187.

¹³² CARRAZA, Roque Antônio **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p.60.

¹³³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op. cit.*, 2011, p. 189.

direito positivo e guia seguros das atividades interpretativa e judicial. Em outros termos, são fonte de direito e ideias-base de normas jurídicas”.¹³⁴ Nesta linha, alguns princípios despontam na nossa prática jurisprudencial como vetores de transformação da interpretação constitucional, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana o principal exemplo da moderna perspectiva principiológica, que vem orientando a hermenêutica constitucional.¹³⁵

3.1.2 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Tratando sobre a dignidade da pessoa humana, em sua acepção contemporânea, Luís Roberto Barroso traz uma síntese de sua origem e evolução:

A dignidade da pessoa humana, na sua acepção contemporânea, tem origem *religiosa*, bíblica: o homem feito à imagem e semelhança de Deus. Com o Iluminismo e a centralidade do homem, ela migra para a *filosofia*, tendo por fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Ao longo do século XX, ela se torna um objetivo *político*, um fim a ser buscado pelo Estado e pela sociedade. Após a 2ª. Guerra Mundial, a ideia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o mundo *jurídico*, em razão de dois movimentos. O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos.¹³⁶

Mencionada em inúmeros Textos Constitucionais, documentos internacionais, Leis, assim como em decisões judiciais, a dignidade da pessoa humana, tornou-se, efetivamente, nas últimas décadas, um dos maiores consensos éticos do mundo ocidental. É possível afirmar que no campo abstrato, “poucas ideias se equiparam a ela na capacidade de seduzir o espírito e ganhar adesão unânime.”¹³⁷

Elevada ao patamar mais alto de um Estado Democrático, a dignidade da pessoa humana assumiu *status* de princípio constitucional. Inúmeros países consagraram em suas Constituições o princípio da dignidade da pessoa humana, a título ilustrativo, podemos citar Alemanha, Portugal e Brasil.

¹³⁴ CARRAZA, Roque Antônio. *Op. cit.*, 2012, p.64.

¹³⁵ BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. **Os princípios constitucionais e sua força normativa. Análise da prática jurisprudencial.** Salvador: Juspodivm, 2008, p.70.

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.** Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf. Acesso em: 17. fev. 2014, p. 4.

¹³⁷ *Ibidem*, p.3.

A Alemanha constitucionalizou a dignidade da pessoa humana em sua Constituição de 1949.¹³⁸ Destaca-se que o princípio em tela é concebido como um valor absoluto, que prevalece em qualquer situação. Tal visão, contudo, tem sido no decorrer dos anos, questionada, uma vez que como regra não existe espaços para absolutos no Direito, embora seja possível afirmar que a dignidade humana, na maioria dos casos deve preponderar, porém há circunstâncias inevitáveis em que ela terá que ceder, ao menos parcialmente.¹³⁹

O princípio da dignidade da pessoa humana também foi consagrado na Constituição de Portugal, promulgada em 1976.¹⁴⁰ Segundo José Carlos Vieira de Andrade, o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como princípio fundamental na Constituição Portuguesa, consiste em um princípio "de valor que está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e confere unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais".¹⁴¹ Percebe-se, pois, que para o doutrinador ora citado, a dignidade humana possui uma função dúplice, constitui tanto fundamento da Constituição lusitana, como norteia os direitos fundamentais existentes.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 também consagrou em seu inciso III, do artigo 1º o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo, categórico em dizer que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa Brasileira:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituem-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III- dignidade da pessoa humana

(...)

No universo da principiologia a pautar o direito constitucional de 1988, assim como o direito constitucional contemporâneo, é de se notar que a dignidade da pessoa humana desponta como valor maior dentro da ordem constitucional, e pela

¹³⁸ Artigo 1º, nº 1. A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais.

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 101, v.919, mai. 2012, p.153.

¹⁴⁰ Artigo 1º. Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

¹⁴¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2006, p.101.

importância e amplitude que a orienta, aliada ao fato de se tratar de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, é inconteste a sua classificação como princípio constitucional fundamental. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet afirma:

Consagrado expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.¹⁴²

Nessa linha, Daniel Sarmento faz a seguinte consideração sobre o princípio da dignidade da pessoa humana:

O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolveram no seio da sociedade civil e do mercado. A despeito do caráter compromissório da Constituição, pode ser dito que o princípio em questão é que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na ideia de respeito irrestrito ao ser humano – razão última do Direito e do Estado.¹⁴³

Verifica-se, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa Brasileira, encontra-se relacionado com o respeito pleno ao ser humano, sendo este considerado o fim e não o meio da atividade estatal, rege tanto as relações *inter partes*, como também os atos do Estado em função dos seus cidadãos, e nos dizeres de Paulo Bonavides “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”.¹⁴⁴

Mas, o que vem a ser dignidade da pessoa humana? Embora a dignidade da pessoa humana esteja consagrada em incontáveis ordenamentos jurídicos constitucionais, existe uma clara dificuldade em conceituar o que seria essa dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica

¹⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. *In*: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.215.

¹⁴³ SARMENTO, Daniel. *apud*. SANTOS, Joyce Araújo dos. Princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e a ponderação de bens. **Revista do Mestrado em Direito**. Maceió: Nossa Livraria, v.1, n.1, dez. 2005, p.352.

¹⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001, p.233.

fundamental.¹⁴⁵ No entanto, a doutrina, ao longo do tempo, cuidou de estabelecer alguns contornos basilares do conceito, notadamente no que diz respeito a uma noção jurídica do que seja dignidade. De forma amiúde, a dignidade da pessoa humana encontra-se relacionada com os chamados direitos fundamentais, ou seja, o indivíduo terá sua dignidade respeitada, desde que seus direitos fundamentais sejam observados e concretizados, embora a dignidade não se limite neles.¹⁴⁶

Nessa esteira, afirma José Carlos Vieira de Andrade:

Realmente, o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente assegurados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos de prestação sociais. É dizer que a dignidade humana se projeta no indivíduo enquanto ser autônomo, em si e como membro da comunidade – são direitos da pessoa, do cidadão, do trabalhador e do administrado.¹⁴⁷

A dignidade da pessoa humana revela-se como “um valor supremo que atrai todos os direitos fundamentais do homem”¹⁴⁸, a fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais.¹⁴⁹

E, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana é concebida como:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁵⁰

Nota-se, assim, que a dignidade é uma qualidade inata ao ser humano, inerente à sua essência, que não se esgota na sua esfera íntima. A existência digna mostra-se pela carga de direitos e deveres dos indivíduos com os outros, fundamentados na

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 2003, p.200.

¹⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paulo de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.110-111.

¹⁴⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.** Coimbra: Almedina, 2006,102.

¹⁴⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 37. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p.107.

¹⁴⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: t. IV. Direitos Fundamentais.** 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p.180.

¹⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. *In*: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2003, p.213.

garantia de condições mínimas de existência, aliada à obrigação de participação dos indivíduos na construção de sua própria vida e dos demais.

Segundo Luís Roberto Barroso, o conceito de dignidade humana é multifacetado, fazendo-se presente na religião, na filosofia, na política, bem como no direito. Mas, existe “um razoável consenso de que ela constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente previstas em suas Constituições.” Para BARROSO o princípio da dignidade da pessoa humana serve tanto “como justificação moral quanto como fundamento jurídico normativo dos direitos fundamentais.” Acrescenta ainda, que a dignidade da pessoa humana é um princípio jurídico constitucional e não um direito autônomo.¹⁵¹ Para justificar tal posicionamento, o autor faz a seguinte consideração:

É verdade que os princípios e direitos são categorias intimamente ligadas. Tanto os direitos fundamentais quanto os princípios constitucionais representam uma abertura do sistema jurídico ao sistema da filosofia moral. No entanto, uma vez que a dignidade é tida como alicerce último de todos os direitos verdadeiramente fundamentais e como fonte de parte do seu conteúdo essencial, seria contraditório considerá-la como um direito em si. Além disso, se a dignidade humana fosse considerada um direito fundamental específico, ela necessariamente iria ter que ser ponderada com outros direitos fundamentais, o que a colocaria em uma posição mais fraca do que ela teria caso fosse utilizada como um parâmetro externo para aferir soluções possíveis nos casos de colisões de direitos. Como um princípio constitucional, contudo, a dignidade da pessoa humana pode precisar ser ponderada com outros princípios ou metas coletivas. Vale lembrar que ela normalmente deve prevalecer, mas nem sempre será esse o caso. É melhor reconhecer esse fato do que tentar negá-lo através de argumentos circulares.¹⁵²

À luz dessa concepção, é possível afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana desempenha papéis diferentes e importantes dentro do sistema jurídico. A priori, funciona como fonte de direitos fundamentais, e via de consequência de deveres, albergando também os direitos implícitos na Constituição, mas que são efetivamente reconhecidos nas sociedades democráticas.¹⁵³

Outro papel importante do princípio da dignidade da pessoa humana é o interpretativo. Sendo parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, tais como, a liberdade, a igualdade ou privacidade.¹⁵⁴ O princípio ora referido, vai, necessariamente, servir como critério e parâmetro de valoração a orientar a

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 101, v.919, mai. 2012, p.153-154.

¹⁵² *Ibidem*, p. 157.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 156.

¹⁵⁴ *Ibidem*, loc. cit.

interpretação dos direitos constitucionais, possibilitando, pois, definir seu sentido nos casos concretos.¹⁵⁵

Acrescenta-se ainda, que na ordem constitucional, há o reconhecimento de algumas características no que tange à aplicação da dignidade da pessoa humana, a saber, a sua irrenunciabilidade e inalienabilidade. Assim, é o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar da possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como expressão da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado), ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.¹⁵⁶

Destarte, junto a essas características, é possível conceber a dignidade como algo em constante transformação, a fim de se ajustar a realidade social vigente, uma vez que não há como dissociar a noção de dignidade humana dos valores reclamados pela sociedade. Essa premissa impossibilita, via de consequência, que se fixe um conceito estático da dignidade humana, sob pena de prejudicar a amplitude de sua proteção pelo Estado.¹⁵⁷

Nesse diapasão, é preciso aceitar uma noção de dignidade aberta, plástica e plural, assim, Luís Roberto Barroso traz uma concepção minimalista da dignidade humana. Segundo o autor, a dignidade humana identifica o valor intrínseco das pessoas, bem como a autonomia de cada indivíduo que, por sua vez, é limitada por algumas restrições legítimas impostas à autonomia, tendo em vista valores da sociedade ou interesses do Estado.¹⁵⁸

¹⁵⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 192.

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.41.

¹⁵⁷ SANTOS, Joyce Araújo dos. Princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e a ponderação de bens. **Revista do Mestrado em Direito**. Maceió: Nossa Livraria, v.1, n.1, dez. 2005, p.336.

¹⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 101, v.919, mai. 2012, p.160.

De acordo com BARROSO, é por ter o valor inerente de cada ser humano como conteúdo principal que a dignidade da pessoa humana, é, a priori, um valor objetivo, que independe de qualquer acontecimento ou experiência. Trata-se, pois, de um valor inato ao ser humano, logo, não pode ser criado, concedido, ou retirado, ainda que diante de uma ação reprovável do indivíduo. A dignidade humana não depende, inclusive, da razão, estando presente desde em bebês recém-nascidos, até pessoas que possuam algum grau de deficiência. E no âmbito jurídico, esse valor intrínseco está vinculado à origem de uma gama de direitos fundamentais, tais como o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica ou mental, o direito à igualdade perante a lei e na lei, dentre outros.¹⁵⁹

No que tange à autonomia de cada indivíduo, esta é o elemento ético da dignidade da pessoa humana. A autonomia fundamenta o livre arbítrio da pessoa, o que, via de consequência, permite que a pessoa escolha o seu modo de ser e estar no mundo, que viva da melhor forma que a satisfaça, desde que não fira direito de outrem. O núcleo central é a autodeterminação, ou seja, o indivíduo autônomo tem o poder de dar a si um regramento, definindo seus próprios interesses e relações recíprocas, sem a interferência de terceiros, inclusive do Estado.¹⁶⁰

O que põe em evidência a questão da autonomia é a vontade, que, na visão kantiana, é livre, autônoma, o indivíduo apenas encontra-se vinculado à sua própria vontade, e não à vontade alheia, isso por determinar-se pela razão, e esta é a representação correta das leis morais. Trata-se, pois, aqui, da autonomia moral defendida por Kant. Entretanto, é cediço que, em uma sociedade pluralista, a vontade do indivíduo é influenciada na vida prática tanto pelo direito, como pelas normas e costumes sociais, e, dessa forma, a autonomia pessoal do indivíduo, diferente da autonomia moral, acaba sofrendo algumas restrições decorrentes da atuação de forças externas a sua vontade.¹⁶¹

Discorrendo sobre a dignidade como autonomia, Luís Roberto Barroso, em síntese leciona que:

A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida e de

¹⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 101, v.919, mai. 2012, p. 162-164.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p.167.

¹⁶¹ KANT, Immanuel. *apud*. BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, 2012, p.159 *passim*.

desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Por trás da ideia de autonomia está o sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los. Nem tudo na vida, naturalmente, depende de escolhas pessoais. Há decisões que o Estado pode tomar legitimamente, em nome de interesses e direitos diversos. Mas, decisões sobre a própria vida de uma pessoa, escolhas existenciais sobre religião, casamento, ocupações e outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de se violar a sua dignidade.¹⁶²

O eminente autor aduz que a autonomia compreende tanto a autonomia privada como a autonomia pública. A autonomia privada, que por ora nos interessa, está ligada às liberdades básicas, como a liberdade de expressão, a liberdade individual, religiosa, dentre outras.¹⁶³ Ainda, segundo BARROSO, a autonomia possui alguns pressupostos, trata-se, pois de determinadas condições que devem ser preenchidas, a saber: “a razão (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a independência (a ausência e coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a escolha (a existência real de alternativas)”.¹⁶⁴

Ademais, para que essa autonomia seja exercida, é imprescindível que existam condições mínimas para que o indivíduo possa se autodeterminar. Ou seja, não basta tão somente assegurar a liberdade pessoal do indivíduo, permitindo que este faça escolhas livres, longe de qualquer interferência social ou estatal, é necessário também garantir o mínimo existencial.¹⁶⁵ E o que seria esse mínimo existencial? Para Ricardo Lobo Torres, esse mínimo existencial abarca o conjunto de condições iniciais para o exercício da liberdade. Nesse sentido, esclarece o autor:

Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não retrocedem aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.

Os direitos à alimentação, saúde e educação, embora sejam originariamente fundamentais, adquirem o *status* daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive.¹⁶⁶

¹⁶² BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 5, n.17 e 18, jan./jun. 2010, p. 515.

¹⁶³ *Idem*. Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 101, v.919, mai. 2012, p. 169.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p.168.

¹⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, 2010, p. 515.

¹⁶⁶ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 313 *passim*.

Noutro passo, a dignidade humana como valor comunitário ou heteronomia compreende o elemento social da dignidade. As balizas da dignidade da pessoa humana são construídas através das relações de cada indivíduo com os outros, bem como com o mundo que o cerca. No entendimento de BARROSO, convencionou-se identificar duas distintas “forças exógenas” que atuam sobre o ser humano: “(1) os compromissos, valores e crenças compartilhadas de um grupo social e (2) as normas impostas pelo Estado”. Conclui o autor, em perfeita dicção que o ser humano “vive dentro de si mesmo, de uma comunidade e de um Estado. Sua autonomia pessoal é restringida por valores, costumes, e direitos de outras pessoas tão livres e iguais quanto ele, assim como pela regulação estatal coercitiva”.¹⁶⁷

Depreende-se que a dignidade enquanto valor comunitário ou heteronomia não tem como conteúdo principal a liberdade pessoal, mas ao contrário, é a dignidade que modula o conteúdo e restringe a liberdade. Nessa concepção, a dignidade é concebida como uma força que atua externamente ao indivíduo, tendo por parâmetro os padrões vigentes estabelecidos pela sociedade civil e os ideais desta sociedade do que seja uma vida boa. Destarte, alberga essa acepção “conceitos jurídicos indeterminados como bem comum, interesse público e moralidade”.¹⁶⁸

Diante dessa concepção minimalista de dignidade humana, é de se notar que, tomando por parâmetro a Constituição Federal, é inconteste a preferência dada pelo Texto Constitucional à dignidade humana enquanto autonomia, garantindo, sobretudo, as chamadas liberdades pessoais, parte principal de um extenso elenco de “direitos individuais e garantias procedimentais”. Por conseguinte, foi atribuída uma menor ênfase à dignidade humana enquanto heteronomia, já que esta comporta “conceitos indeterminados como moral pública e bons costumes, por exemplo, que nem figuram no texto constitucional brasileiro”.¹⁶⁹

Nessa linha, no que se refere às diretivas antecipadas de vontade, ora objeto de estudo, a jurisprudência pátria já começa a se pronunciar em prol da dignidade da pessoa humana como autonomia, como exemplo, trazemos o caso das

¹⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 101, v.919, mai. 2012, p. 169.p.173-174.

¹⁶⁸ *Idem*. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 5, n.17 e 18, jan./jun. 2010, p. 516.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 518-519.

Testemunhas de Jeová que refutam as transfusões de sangue, ainda que em iminente risco de morte. Nesse sentido, é o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, respectivamente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE CRENÇA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA. OPÇÃO POR TRATAMENTO MÉDICO QUE PRESERVA A DIGNIDADE DA RECORRENTE. A decisão recorrida deferiu a realização de transfusão sanguínea contra a vontade expressa da agravante, a fim de preservar-lhe a vida. A postulante é pessoa capaz, está lúcida e desde o primeiro momento em que buscou atendimento médico dispôs, expressamente, a respeito de sua discordância com tratamentos que violem suas convicções religiosas, especialmente a transfusão de sangue. Impossibilidade de ser a recorrente submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial. Tratamento médico que, embora pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido. Livre arbítrio. Inexistência do direito estatal de "salvar a pessoa dela própria", quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros. Proteção do direito de escolha, direito calcado na preservação da dignidade, para que a agravante somente seja submetida a tratamento médico compatível com suas crenças religiosas. Agravo Provido.¹⁷⁰

EMENTA: PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. CASO DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. PACIENTE EM TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITO À VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA. - No contexto do confronto entre o postulado da dignidade humana, o direito à vida, à liberdade de consciência e de crença, é possível que aquele que professa a religião denominada Testemunhas de Jeová não seja judicialmente compelido pelo Estado a realizar transfusão de sangue em tratamento quimioterápico, especialmente quando existem outras técnicas alternativas a serem exauridas para a preservação do sistema imunológico. - Hipótese na qual o paciente é pessoa lúcida, capaz e tem condições de autodeterminar-se, estando em alta hospitalar.¹⁷¹

Sem embargo, é possível detectar a preferência da dignidade da pessoa humana como autonomia, eis que houve o respeito ao livre arbítrio do indivíduo, permitindo-lhe fazer as escolhas condizentes com seu desejo, com sua crença, livre de qualquer ingerência seja social ou estatal, preservando, pois, algo que lhe é inerente, que não pode ser retirado ou violado, qual seja, a sua dignidade.

Em precisa síntese, assinala Luís Roberto Barroso:

¹⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 70032799041. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Cláudio Baldino Maciel. Julgado em: 06. mai. 2010. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 01. ago. 2013.

¹⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento 1.0701.07.191519-6/001. Primeira Câmara Cível. Relator: Alberto Vilas Boas. Julgado em: 14. ago. 2007. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 11. ago. 2013.

Em suma: à luz do sistema jurídico brasileiro, é possível afirmar uma certa predominância da dignidade como autonomia, sem que se deslegitime o conceito de dignidade como heteronomia. O que significa dizer que, como regra geral, devem prevalecer as escolhas individuais. Para afastá-las, fora dos casos expressos ou inequívocos, impõe-se um especial ônus argumentativo.¹⁷²

Destarte, o fato é que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana oferece diversas interpretações dada a amplitude de sua importância no sistema jurídico, desempenha distintos papéis, e possui qualidades específicas, mas é inegável que o princípio em tela, encontra-se focado no respeito ao indivíduo em si, de forma a protegê-lo de toda e qualquer ofensa seja física, moral ou psíquica.

3.2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A priori é de bom alvitre ressaltar a ausência de um consenso doutrinário acerca dos direitos fundamentais. Isso decorre, sobretudo, da constante ampliação e transformação histórica dos direitos fundamentais, aliada às variadas expressões, de diferentes sentidos, tais como, liberdades públicas, direitos humanos, direitos naturais, direitos públicos subjetivos, direitos individuais, direitos fundamentais, dentre outras expressões, utilizadas de forma indistinta.¹⁷³

De antemão, destaca-se a opção no presente trabalho pela expressão “direitos fundamentais”. Isso porque a utilização dessa terminologia revela-se em consonância com a própria Constituição Federal de 1988, que, em seu Título II, emprega o termo “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Além disso, a própria doutrina contemporânea constitucional “vem repelindo aquelas variadas expressões, visto que insuficientes e restritas às espécies do gênero direitos fundamentais”.¹⁷⁴

Assentada essa premissa, passa-se a indagar qual o conceito de direitos fundamentais, assim, inicialmente, em linhas gerais podemos entender que:

Tendo como núcleo essencial a dignidade humana, os direitos fundamentais são princípios jurídicos que concretizam o respeito à dignidade da pessoa humana, seja numa dimensão subjetiva, provendo as pessoas de bens e posições jurídicas favoráveis e invocáveis perante o Estado e terceiros, seja numa dimensão objetiva, servindo como parâmetro conformador do modelo de Estado. Constituem, em face dessa última dimensão, limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado,

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 5, n.17 e 18, jan./jun. 2010, p. 520.

¹⁷³ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p.177.

¹⁷⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed.rev.ampl.e atual. Salvador: Jus Podvm, 2011, p.552.

fixando-lhes o modo de organização e atuação racional. Compreendem os direitos civis (individuais e coletivos), os direitos políticos, os direitos sociais e os direitos econômicos e culturais. Por isso, buscam resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e solidariedade).¹⁷⁵

Nota-se, assim, que os direitos fundamentais são essenciais ao homem, uma vez que asseguram a convivência do homem com outros homens, norteiam a atuação do Estado tanto para proteger, como para implementar os referidos direitos, permitindo, pois, uma existência digna, livre, igual e fraterna entre todos. Nessa linha, José Afonso da Silva entende que os direitos fundamentais designam “no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.¹⁷⁶ E nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, “os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados”¹⁷⁷, sendo, portanto, os direitos jurídicos-positivados vigentes em uma ordem constitucional.¹⁷⁸

Convém ressaltar, que os direitos fundamentais não devem ser observados apenas sob a ótica formal, como sendo aqueles previstos formalmente na Constituição, mas também devem ser observados sob a ótica material, uma vez que embora não estejam previstos no Texto Constitucional, são por ele admitidos em razão de sua importância e conteúdo.¹⁷⁹ São “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade da pessoa humana.”¹⁸⁰

Nesse contexto, discorrendo sobre os direitos fundamentais e sua fundamentalidade formal e material, dispõe Dirley da Cunha Júnior:

(...) os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no texto da

¹⁷⁵ *Ibidem*, p.556.

¹⁷⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p.180.

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed., rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.35.

¹⁷⁸ ZISMAN, Célia Rosenthal. Os direitos fundamentais e os direitos humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Org.). **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 2011p. 172.

¹⁷⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**.5.ed.rev.ampl.e atual. Salvador: Jus Podvm, 2011, p.556.

¹⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed.rev.eatual.São Paulo: Saraiva, 2012, p.159.

Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não faça parte (fundamentalidade material).

Assim, no que se refere aos direitos fundamentais, sem deixar margem a sua fundamentalidade formal e material, conclui-se que estes direitos devem ser compreendidos “como reivindicações indeclináveis que correspondem a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade (...) tendo por base o princípio da dignidade da pessoa humana”. A ordem constitucional brasileira, mediante os direitos fundamentais, enaltece, sobretudo, o ser humano, este é considerado como o “fim” do Estado, e o Estado é considerado como “instrumento” para a realização da felicidade daquele.¹⁸¹

3.2.1 O Direito Fundamental à vida (digna)

É cediço que a vida humana é o mais fundamental bem jurídico tutelado dentro do sistema constitucional. E isso não apenas pelo valor do seu conteúdo intrínseco, mas também por ser pré-condição para o exercício da própria dignidade, bem como de outros direitos fundamentais, tais como, a liberdade, a integridade física, o direito à saúde, dentre outros. “Seria inócua a proteção dos demais direitos, se não houvesse a tutela jurídica da vida”.¹⁸² Nesse sentido, não se pode olvidar que “qualquer flexibilização da sua força jurídica ou moral é delicada e deve envolver cautelas múltiplas. Um dos consensos mínimos que compõem a dignidade nas sociedades ocidentais é a preservação da vida”.¹⁸³

Desse modo, sabendo que o direito à vida é pressuposto para o exercício de todos os outros direitos, os ordenamentos jurídicos de vários países consagraram a sua proteção, a exemplo do que fez o legislador brasileiro no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

¹⁸¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed.rev.ampl.e atual. Salvador: Jus Podvm, 2011, p.557.

¹⁸² NEVES, Rodrigo Santos. O direito à vida e à saúde diante da liberdade religiosa. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.82, jan./mar. 2013, p.146.

¹⁸³ BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em outro lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 5, n.17 e 18, jan./jun. 2010, p. 524.

Depreende-se, portanto, que a vida é preservada tanto como direito individual, quanto como valor objetivo de forma que o ordenamento jurídico pátrio pune, por exemplo, o homicídio¹⁸⁴, assim como o auxílio ou instigação ao suicídio.¹⁸⁵ Mas, esse mesmo ordenamento jurídico contempla a possibilidade de restrição ao direito à vida quando admite a condenação à pena de morte em estado de guerra declarada¹⁸⁶. Existe ainda a possibilidade de realizar aborto, desde que autorizado judicialmente, na hipótese de gravidez resultante de crime de estupro¹⁸⁷, e o Código Penal também exclui a ilicitude da conduta da qual decorra a morte de outrem, quando o ato é praticado em estado de necessidade, em legítima defesa ou em estrito cumprimento do dever legal.¹⁸⁸

Nessa linha, embora não seja absoluto, tampouco hierarquicamente superior, já que inexistente hierarquia entre normas constitucionais, não se pode olvidar que o direito à vida tem um peso abstrato maior dentro do sistema constitucional. Diante disso, parte da doutrina, como Maria Helena Diniz entende que “a vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que nela se contém e sem ela nada terá sentido”.¹⁸⁹ Via de consequência, o direito à vida irá prevalecer sobre qualquer outro, seja ele o de liberdade religiosa, de integridade física ou mental, etc.

Nesse passo, assinala Luís Roberto Barroso:

Como consequência, inverte-se aqui a proposição assentada em relação aos direitos em geral: o direito à vida é, *prima facie*, indisponível, não sendo o ato de vontade do titular – o consentimento – causa suficiente para sua flexibilização. Nesse caso, o direito geral de liberdade cede o passo, preterido pela legítima imposição da dignidade como heteronomia, pelos deveres de proteção do Estado em relação ao próprio titular do direito e mesmo em relação a terceiros, que não estarão exonerados de

¹⁸⁴ Código Penal, artigo 121: Matar alguém: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

¹⁸⁵ Código Penal, artigo 122: Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave. Parágrafo único - A pena é duplicada: I - se o crime é praticado por motivo egoístico; II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

¹⁸⁶ Constituição Federal, artigo 5º, XLVII, a: não haverá penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX.

¹⁸⁷ Código Penal, artigo 128: Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

¹⁸⁸ Código Penal, art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

¹⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p.49.

responsabilidade penal ainda que tenha havido renúncia do direito à vida pela vítima.¹⁹⁰

Ainda em consonância com o referido autor, embora o titular da vida não possa dispor dela ou de forma mais clara, de “posições subjetivas relacionadas ao direito à vida”, mediante o simples consentimento, há outros valores e direitos fundamentais que podem fundamentar essa decisão pessoal. Impor taxativamente a indisponibilidade pode causar efeito negativo sobre outras posições jurídicas que são objeto de tutela da Constituição, e havendo eventual “colisão”, não pode, em princípio, dar prevalência de um direito constitucional sobre o outro, sendo necessário fazer uma análise caso a caso e a ponderação adequada, com base na Constituição.¹⁹¹

Por seu turno, a técnica da ponderação, trata-se, pois, de “uma técnica jurídica aplicável a casos difíceis, (...) especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas”.¹⁹² Nesse passo, Manuel Jorge e Silva Neto aduz que a técnica da ponderação “consiste na utilização de técnica por meio da qual se busca a 'pesagem' equilibrada entre os bens constitucionalmente tutelados, impedindo-se que se atribua peso excessivo a um deles em detrimento do outro”.¹⁹³

A técnica da ponderação possui como fio condutor o princípio da proporcionalidade,¹⁹⁴ segundo o qual, é necessário valer-se de mecanismos capazes de harmonizar os bens jurídicos em colisão com o objetivo de que o direito ou garantia de menor relevância submeta-se ao de maior valor social¹⁹⁵, ou seja, o princípio em questão pode operar “no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema”.¹⁹⁶ Ou seja, à luz do princípio em tela, sendo

¹⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em outro lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 5, n.17 e 18, jan./jun. 2010, p. 525.

¹⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em outro lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 5, n.17 e 18, jan./jun. 2010, 525.

¹⁹² *Idem*. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.361.

¹⁹³ SILVA NETO, Manoel Jorge, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p.96.

¹⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, 2009, p.362.

¹⁹⁵ FRANZINE, Raquel de Souza. Tratamento médico em pacientes Testemunhas de Jeová: o direito de escolha e a inaplicabilidade da tese da colisão de direitos fundamentais. **Revista Prática Jurídica**. Brasília: Consulex, ano VIII, n. 91, 31 outubro de 2009, p. 32.

¹⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, 2009, p.375.

a vida um bem jurídico supremo, sem o qual o exercício de outros direitos constitucionalmente assegurados não seria possível, prevaleceria sobre qualquer outro direito igualmente fundamental. Contudo, conforme assentado, não há hierarquia entre normas constitucionais, eis que se encontram no mesmo patamar constitucional. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso assevera:

À vista do princípio da unidade da Constituição, o intérprete não pode escolher arbitrariamente um dos lados, já que não há hierarquia entre normas constitucionais. De modo que ele precisará demonstrar, argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, que determinada solução realiza mais adequadamente a vontade da Constituição, naquela situação específica.¹⁹⁷

Destarte, foi demonstrado que as diretivas antecipadas de vontade permitem que a pessoa juridicamente capaz declare sua vontade, antecipadamente e por escrito, quanto à recusa ou aceitação de tratamentos e cuidados médicos que pretenda se submeter ou não, assim como refutar tratamentos médicos que apenas prologuem a vida biológica, sem qualquer possibilidade de recuperação da saúde. Nesta última hipótese, como salientado, o objetivo é “apenas o respeito à dignidade de uma pessoa cujo processo de morte é inevitável”.¹⁹⁸ A garantia de uma morte digna é assegurada constitucionalmente pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada e liberdade individual.¹⁹⁹

Nesse ínterim, quando uma pessoa, através do testamento vital ou do mandato duradouro, manifesta antecipadamente sua vontade, consignando quais os tratamentos, intervenções e cuidados médicos aceita ou refuta se submeter ou não, ainda que a vontade consignada implique em refutar tratamentos médicos que apenas prologuem a vida biológica, sem qualquer possibilidade de recuperação da saúde, não está sobrepondo o direito à autonomia privada e liberdade individual, em detrimento do seu direito à vida, mas apenas escolhendo quais os tratamentos, intervenções e cuidados médicos aceita ou recusa, em harmonia, pois, com sua vontade declarada, com suas escolhas existenciais.

¹⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em outro lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 5, n.17 e 18, jan./jun., 2010, p. 525.

¹⁹⁸ GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. *In*: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 89.

¹⁹⁹ DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**, v.17, n.3, 2009, p.539.

O direito do ser humano em poder manifestar, antecipadamente, quais tratamentos, intervenções e cuidados médicos, ao qual poderá ser submetido ou não, nada mais é do que a concretização da dignidade humana como autonomia. A autonomia é uma das projeções da liberdade, e esta constitui uma das principais exigências (se não a principal) da dignidade da pessoa humana.²⁰⁰ Não há que se falar em dignidade humana sem liberdade. Dessa forma, sabendo que a dignidade humana é o “princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativo”, uma vez que não apenas guia e fundamenta os direitos fundamentais, mas toda a ordem jurídica,²⁰¹ conseqüentemente, a autonomia, projeção da liberdade que integra a dignidade humana, também integra o alicerce dos direitos fundamentais.²⁰²

Assentada essa premissa, podemos alcançar o verdadeiro valor do direito à vida, pois, sabendo que a dignidade humana constitui fundamento dos direitos fundamentais, o direito fundamental à vida, nada mais é do que o direito à vida digna, o qual jamais se esgota na mera existência biológica. Nessa linha, o Desembargador Marcos Antônio Ibrahim aduz:

O direito à vida não se resume ao viver (...) O direito à vida diz respeito ao modo de viver, à dignidade do viver. Só mesmo a prepotência dos médicos e a insensibilidade dos juristas podem desprezar a vontade de um ser humano, dirigida a seu próprio corpo. Sem considerar os aspectos morais, religiosos, psicológicos e, especialmente, filosóficos que tão grave questão encerra.²⁰³

O direito à vida deve ser compreendido como direito à vida digna, ou seja, não obstante o direito à vida seja visto como uma condição para o exercício dos demais direitos, pois a vida, desprovida de dignidade, torna-se pesarosa. Não se trata apenas de prover a mera existência biológica do indivíduo, mas também de resguardar sua liberdade individual, sua autonomia privada, sua intimidade, dentre

²⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. *In*: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 206.

²⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. *In*: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 218.

²⁰² FRANZINE, Raquel de Souza. Tratamento médico em pacientes Testemunhas de Jeová: o direito de escolha e a inaplicabilidade da tese da colisão de direitos fundamentais. **Revista Prática Jurídica**. Brasília: Consulex, ano VIII, n. 91, 31 outubro de 2009, p. 33.

²⁰³ IBRAHIM, Marcos Antônio. *apud*. LEIRIA, Cláudio da Silva. *op. cit.* Rio de Janeiro: Forense, v.402, março/abril 2009, p.47.

outros direitos constitucionalmente assegurados.²⁰⁴ De fato, o “direito à vida digna é o direito à vida humana livremente autodeterminada”.²⁰⁵ E é esse direito à vida digna, livremente autodeterminada que a pessoa, ao elaborar uma ou ambas as espécies de diretivas antecipadas de vontade, almeja, ainda que sua vontade e escolhas existenciais, manifestadas, antecipadamente, no testamento vital ou mandato duradouro, sejam diferentes das professadas pela maioria das pessoas.

Ademais, é de bom alvitre salientar que, embora revestido de inegável relevância jurídica, o direito à vida, assim como qualquer outro direito, não é absoluto e não basta por si só, ele deve ser compreendido dentro da tábua axiológica da Constituição. Dessa forma, a dignidade da pessoa humana desponta como valor preponderante no sentido de balizar qualquer ingerência a demais direitos fundamentais.²⁰⁶

Nesta seara, depreende-se que se afigura como adequada aquela hermenêutica constitucional que parte do princípio da dignidade da pessoa humana, analisando todas as circunstâncias à luz do caso concreto, e não aquela que previamente propõe uma hierarquia entre normas constitucionais. Assim, quando da interpretação sistemática do direito à vida e do direito à liberdade individual e autonomia privada, deve o intérprete realizar uma análise constitucionalmente adequada, com observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

Sem embargos, podemos compreender a vida digna como aquela que “a um só tempo, respeita as qualidades inerentes à pessoa e a conformação destas segundo seus interesses críticos, seu histórico e perspectiva de vida”. A imposição compulsória de tratamentos, intervenções e cuidados médicos contrários aos estabelecidos nas diretivas antecipadas de vontade, equivaleria a violentar a pessoa, não apenas em seu corpo, como inclusive em suas convicções de índole pessoal, na sua forma de compreensão do mundo e modo de viver, enfim, nada

²⁰⁴ MARINI, Bruno. **O Caso das Testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue: uma análise jurídico-bioética**. Jus Navigandi. Teresina, ano 10, n.661, 28 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6641>>. Acesso em: 25 de jul. 2013, p.7.

²⁰⁵ FRANZINE, Raquel de Souza. *Op. cit.*, 2009, p. 33.

²⁰⁶ LEME, Ana Carolina Reis Paes. **Transfusão de sangue em testemunhas de Jeová. A colisão de direitos fundamentais**. Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/6545/transfusao-de-sangue-em-testemunhas-de-jeova>. Acesso em: 1 de agosto de 2013, p.4.

mais seria do que fazer tábula rasa da dignidade do ser humano.²⁰⁷ É a dignidade que confere ao ser humano a possibilidade de ser responsável pelos destinos de sua existência e vida, de modo que, eventual lei ou ato normativo que dispuser nesse sentido, afiguraria como inconstitucional.²⁰⁸

3.3 A ESCOLHA POR UMA MORTE DIGNA E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os progressos tecnológicos obtidos pela ciência médica ao longo dos anos elevaram as possibilidades de tratamentos e cura para as mais variadas enfermidades que acometem o ser humano, bem como permitiram o prolongamento artificial da vida biológica, “relativizando a certeza da morte”.²⁰⁹ Tal progresso, não obstante seja uma conquista da ciência médica, revela que “a busca pela longevidade, por muitas vezes, tem ocasionado a realização de tratamentos médicos completamente desnecessários e dolorosos, numa tentativa incessante e, ao mesmo tempo, ineficaz de evitar a morte”.²¹⁰

Nesse passo, considerando as situações de terminalidade da vida, questiona-se se é razoável, proporcional e digno a submissão da pessoa a tratamentos, intervenções e cuidados médicos sabidamente ineficazes e incapazes de reverter o quadro de saúde da pessoa, sob o fundamento de que a vida é um bem jurídico supremo, devendo, pois, ser preservada a qualquer custo, independentemente das escolhas individuais e existenciais de seu titular.

A resposta para tal questionamento nos leva a pensar, inevitavelmente, no processo de morte, bem como no uso abusivo “dos avanços médicos-terapêuticos no prolongamento da vida, principalmente, quando a própria medicina já não encontra uma opção de cura”.²¹¹ Se o tratamento, intervenção ou cuidado médico provoca sofrimento sem contribuir para a melhoria do estado geral de saúde da pessoa, tais

²⁰⁷ LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusões de sangue contra a vontade de paciente da Religião Testemunhas de Jeová: uma gravíssima violação de direitos humanos. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v.402, março/abril 2009, p.56-57.

²⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em outro lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 5, n.17 e 18, jan./jun., 2010, p.537.

²⁰⁹ DADALTO, Luciana. Diretivas antecipadas de vontade e o Princípio da Solidariedade Familiar. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.78, jun./jul. 2013, p. 91.

²¹⁰ MOREIRA, Mayana Sales. Testamento vital: um estudo sobre o seu conteúdo lícito no Brasil. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p.76.

²¹¹ *Ibidem*, loc. cit.

procedimentos perdem o seu sentido, logo, seria desproporcional e irrazoável, caindo, portanto, na chamada *distanásia*²¹².

A *distanásia*, conforme já acentuado, “é o comportamento médico que consiste no uso de processos terapêuticos cujo efeito é mais nocivo do que o mal a curar, ou inútil, porque a cura é impossível, e o benefício esperado é menor que os inconvenientes possíveis”²¹³. Vislumbra-se, pois, apenas o prolongamento do processo de morte e não da vida, o que causa, conseqüentemente, um sofrimento desmedido ao ser humano que se encontra com uma enfermidade incurável ou terminal.

Impor de forma demasiada e compulsória, tratamentos, intervenções e cuidados médicos que apenas prologam artificialmente a vida biológica, sem contribuir para a melhoria do estado geral de saúde e que são, manifestadamente, contrários às escolhas individuais e existenciais da pessoa, vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana. Permitir que a morte inevitável trace seu curso natural, nada mais é do que permitir uma morte digna. A garantia de uma morte digna é assegurada constitucionalmente pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada e liberdade individual.²¹⁴ Nessa linha, é possível afirmar que:

O prolongamento sacrificado da vida de pacientes com doenças para as quais a medicina desconhece a cura ou a reversão, contra a sua vontade ou de seus responsáveis legais, enseja dor, sofrimento, humilhação, exposição, intrusões corporais indevidas e perda da liberdade. Entram em cena, então, outros conteúdos da própria dignidade. É que a dignidade protege, também, a liberdade e a inviolabilidade do indivíduo quanto à sua desumanização e degradação. É nesse passo que se verifica uma tensão dentro do próprio conceito, em busca da determinação de seu sentido e alcance diante de situações concretas. De um lado, a dignidade serviria de impulso para a defesa da vida e das concepções sociais do que seja o *bem morrer*. De outro, ela se apresenta como fundamento da morte com intervenção, assegurando a autonomia individual, a superação do sofrimento e a morte digna.²¹⁵

²¹² ASCENSÃO, José de Oliveira. As disposições antecipadas de vontade: o chamado “testamento vital”. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte: Nova Fase, n.64, jan./jun. 2014, p. 502.

²¹³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p.453.

²¹⁴ DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**, v.17, n.3, 2009, p.539.

²¹⁵ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: a Dignidade e Autonomia Individual no final da vida. *In*: **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. n. 40. abr./ jun. 2011, p.80.

Depreende-se que, impor, taxativamente, tratamentos, intervenções e cuidados médicos que apenas prologam a vida biológica, retardando o processo natural da morte, e que são contrários à vontade declarada da pessoa, equivaleria a violentá-la, não apenas em seu corpo, como inclusive em suas convicções de índole pessoal, na sua forma de compreensão do mundo e modo de viver, enfim, nada mais seria do que fazer tábula rasa da dignidade do ser humano. Sem embargos, é a dignidade humana e não a vida, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Uma das finalidades fundamentais da República é a promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de discriminação.²¹⁶

Cabe salientar que não se trata de defender o direito de morrer, eis que “a morte é uma fatalidade, não uma escolha”.²¹⁷ Todavia, com os notáveis avanços tecnológicos obtidos pela medicina no decorrer dos anos, a vida biológica tem sido demasiadamente prolongada, e o processo de morte, via de consequência, tornou-se “uma jornada mais longa e sofrida do que o necessário, em uma luta contra a natureza e o ciclo natural da vida”.²¹⁸

Dessa forma, vê-se que a obstinação da medicina pela manutenção da vida biológica, ainda quando esta não pode ser mais vivida e sem observar as escolhas individuais e existenciais do seu titular, permitiu que as diretivas antecipadas de vontade despontassem como instrumentos importantes e indispensáveis à concretização da dignidade da pessoa humana, isso porque, possibilita que a pessoa refute tratamentos médicos ineficazes, dolorosos e que apenas prologuem artificialmente a vida biológica, sem qualquer possibilidade de recuperação da saúde, ou seja, abre-se a oportunidade para que a pessoa faça escolhas e não seja submetida a um processo de distanásia. O objetivo é, pois, “o respeito à dignidade de uma pessoa cujo processo de morte é inevitável”.²¹⁹

Compreender que existe dignidade na vida e na morte, explica-nos por que a vontade de disciplinar a forma de morrer deve ser aceita tanto quanto a busca por

²¹⁶ LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusões de sangue contra a vontade de paciente da Religião Testemunhas de Jeová: uma gravíssima violação de direitos humanos. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v.402, março/abril 2009, p.56-57.

²¹⁷ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Op. cit.*, 2011, p.101.

²¹⁸ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: a Dignidade e Autonomia Individual no final da vida. *In: Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. n. 40. abr./ jun. 2011, p.101.

²¹⁹ GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. *In: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 89.

manter-se vivo. Com efeito, sabendo que a dignidade da pessoa humana é “uma qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”²²⁰, e que “a vida é um processo contínuo que culmina com a morte”, não seria lógico excluir deste último marco temporal da existência humana a aplicação da dignidade.²²¹

Assim, é possível afirmar que a pessoa, através das chamadas diretivas antecipadas de vontade, pode, no exercício de sua autonomia e liberdade individual, e em respeito à sua dignidade, determinar que sua vida não seja prolongada artificialmente, e que sua morte siga o curso natural. Trata-se, portanto, não do direito de morrer, mas da escolha por uma morte digna.

4 DA LEGITIMIDADE DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

4.1 O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA E DO CONSENTIMENTO INFORMADO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A priori, importa assinalar que a relação médico-paciente, assim como todas as demais relações sociais se encontram em contínuo processo de transformação²²². Hoje, um dos pilares da relação médico-paciente é o dever do médico em prestar informações e esclarecimentos ao paciente sobre possíveis tratamentos e intervenções a qual possa ser submetido, de forma que, compreendendo as informações que lhe foram transmitidas, o paciente poderá de forma livre e esclarecida, consentir ou não com o tratamento que lhe foi proposto.²²³

Todavia, essa interação observada entre médico e paciente nem sempre foi assim, isso porque, “os primeiros séculos da história da medicina foram marcados por uma

²²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.41.

²²¹ CRUZ, Elisa Costa. Autonomia no processo de morrer: as diretivas antecipadas como concretização da dignidade da pessoa humana. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p. 51.

²²² MOREIRA, Mayana Sales. Testamento vital: um estudo sobre o seu conteúdo lícito no Brasil. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p.71.

²²³ DANTAS, Eduardo. Diferenças entre o consentimento informado e a escolha esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil n relação médico x paciente. In: EHRHARDT JR., Marcos; BARROS, Daniel Conde. (Coords.). **Temas de Direito Civil Contemporâneo**. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 587.

posição de superioridade dos detentores do conhecimento médico sobre os pacientes leigos”²²⁴, estes raramente questionavam e consentiam com qualquer decisão ou determinação médica.

A mudança de paradigma na relação médico-paciente não foi imediata, e sim gradual. Houve o abandono de um modelo estritamente partenalista e rigoroso, no qual o médico “poderia e deveria ministrar os tratamentos que, a seu juízo, fossem capazes de conduzir à cura de seus pacientes”²²⁵, para um modelo em que, naquela relação, há o reconhecimento da autonomia do paciente, “a partir da sua valorização enquanto ser humano, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações”.²²⁶

A autonomia refere-se à capacidade de autodeterminação da pessoa, exercida de forma livre e sem qualquer coação ou influência externa.²²⁷ Há uma valoração da vontade do paciente, “no que tange principalmente às decisões sobre tratamentos médicos e experimentação científica a que será submetido, as decisões clínicas devem ser tomadas em conjunto na relação médico-paciente”.²²⁸ Fomenta-se aqui o respeito à pessoa humana, à sua capacidade de decisão. Nesse sentido, Marco Segre define a autonomia como:

Autonomia, de acordo com sua etimologia grega, significa capacidade de governar a si mesmo (...) é a capacidade de autogoverno, uma qualidade inerente aos seres racionais que lhes permite escolher e atuar de forma pensada, partindo de uma apreciação pessoal das futuras possibilidades, avaliadas em função de seus próprios sistemas de valores (...) é uma qualidade que emana da capacidade dos seres humanos de pensar, sentir e emitir juízos sobre o que considera bom.²²⁹

Com o reconhecimento da autonomia privada na relação médico-paciente, engendrou-se um verdadeiro sistema dialético, no qual o médico não age apenas orientado por suas convicções, mas também respeitado a vontade do paciente no

²²⁴ *Ibidem*, p. 589.

²²⁵ GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. *In*: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p70.

²²⁶ SIQUEIRA, Maria Fernanda Santos. Consentimento informado: o direito do paciente à informação, o respeito a sua autonomia e a responsabilidade civil do médico. **Revista da ESMAPE**. Recife: ESMAPE, v.13, n.27, jan./jun. 2008, p. 384-385.

²²⁷ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2.ed.rev.ampl.e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.34.

²²⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.18.

²²⁹ SEGRE, Marco. *apud*. MARINI, Bruno. MARINI, Bruno. **O Caso das Testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue: uma análise jurídico-bioética**. Jus Navegandi. Teresina, ano 10, n.661, 28 abr. 2005. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/6641> >. Acesso em: 25 de jul. 2013, p. 7.

que concerne aos tratamentos e intervenções médicas aos quais deseja ou não se submeter,²³⁰ sendo inadmissível qualquer conduta médica “que venha a reduzi-lo à condição de coisa, dele retirando a sua dignidade e o seu direito a uma vida digna”.²³¹

Evidencia-se, pois, uma participação ativa do paciente no seu processo terapêutico, o qual tem que ser claro, conferindo ao paciente a possibilidade de obter o máximo de informações e de compreendê-las, antes de fazer sua escolha. Daí emerge o consentimento informado, como expressão maior da autonomia na relação médico-paciente, segundo o qual, antes de qualquer intervenção, o médico deve esclarecer ao paciente quais são os benefícios e riscos do tratamento proposto²³², permitindo que o próprio paciente avalie as opções de tratamentos, e escolha, entre os diferentes tipos, qual o que melhor atende ao seu desejo, bem como pode o paciente recusar algum recomendado pelo médico.²³³ Assim, quanto ao consentimento informado, é possível afirmar que:

A finalidade principal do consentimento informado é munir o paciente de informações esclarecedoras para que ele próprio possa decidir, conscientemente, sobre a adoção de eventual tratamento médico. Não se deve afastar o direito do paciente de decidir, esclarecidamente, sobre tratamentos a que se submeterá, principalmente considerando que poderão ocorrer consequências permanentes, mesmo com a possibilidade de que a decisão compartilhada venha a ser a pior do que a decisão puramente técnica, que também não está isenta de erros.²³⁴

Verifica-se que o reconhecimento da autonomia do paciente manifestada através do consentimento livre e esclarecido, “contribui, afinal, para nele reconhecer o *status* de pessoa, e não de mero objeto da atividade médica, superando-se uma concepção manifestamente paternalista da medicina tradicional”²³⁵, na qual o poder de decisão sobre a saúde da pessoa era concentrado exclusivamente no médico.

²³⁰ GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. *In*: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.70.

²³¹ SIQUEIRA, Maria Fernanda Santos. Consentimento informado: o direito do paciente à informação, o respeito a sua autonomia e a responsabilidade civil do médico. **Revista da ESMAPE**. Recife: ESMAPE, v.13, n.27, jan./jun. 2008, p. 385.

²³² SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Op. cit.*, 2011, p.34.

²³³ GIMENES, Nilson Roberto da Silva. **A objeção de consciência às transfusões de sangue**. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10704>. Acesso em: 08 de agosto de 2013, p.79.

²³⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.449.

²³⁵ GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. *In*: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.70.

Atualmente, predomina o entendimento segundo o qual o paciente possui a autonomia para escolher, consentir ou recusar quaisquer tipos de tratamentos e intervenções médicas aos quais possa vir a ser submetido, independentemente da relevância do tratamento ou intervenção e dos riscos que, conseqüentemente, implique sua aceitação ou recusa.²³⁶ Tal entendimento revela-se justo, uma vez que é o próprio paciente que terá que suportar os efeitos de qualquer intervenção, seja ela física ou psicológica.

Nesse passo, Luís Roberto Barroso, tecendo considerações sobre a da decisão do paciente quando esta envolve, sobretudo, risco de morte, assinala que o consentimento inequívoco, genuíno e informado constitui requisito essencial para uma eventual disposição do direito à vida. Assim, em síntese, quanto à vontade do titular do direito à vida ensina o autor:

Para que ela seja válida, deverá ele ser civilmente capaz e estar em condições adequadas de discernimento para expressá-la. Portanto, além da capacidade, o titular do direito deverá estar apto para manifestar sua vontade, o que exclui as pessoas em estados psíquicos alterados, seja por uma situação traumática, por adição a substâncias entorpecentes ou por estarem sob efeito de medicamentos que impeçam ou dificultem de forma significativa a cognição. Para que se repute o consentimento como inequívoco, ele deverá ser, ainda, personalíssimo, expresso e atual. Personalíssimo exclui a recusa feita mediante representação, somente se admitindo que o próprio interessado rejeite a adoção do procedimento. A decisão, ademais, haverá de ser expressa, não se devendo presumir a recusa de tratamento médico. (...) Por fim a recusa deve ser atual, manifestada imediatamente antes do procedimento e revogável. Para que seja considerado genuíno, o consentimento também precisará ser livre, fruto de uma escolha do titular, sem interferências indevidas. Isso significa que ele não pode ter sido produto de influências externas indevidas, como induções, pressões ou ameaças. Por derradeiro, o consentimento tem de ser informado, o que envolve o conhecimento e a compreensão daquele que vai consentir acerca de sua situação real e das conseqüências de sua decisão.²³⁷

De fato, o consentimento deve ser emanado por pessoa juridicamente capaz e com discernimento adequado para manifestá-lo; deve ser genuíno, ou seja, livre de coação ou influências externas; bem como o consentimento deve ser informado, pois cabe ao médico transmitir o máximo de informações ao paciente quanto aos possíveis tratamentos a serem ministrados. Cabe ao paciente, efetivamente, compreender as informações que lhe foram transmitidas, o que lhe permitirá fazer uma escolha esclarecida.

²³⁶ *Ibidem, loc. cit.*

²³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 5, n.17 e 18, jan./jun. 2010, p. 534-535.

No tocante ao consentimento inequívoco, Luís Roberto Barroso, assevera que o mesmo deve ser personalíssimo, atual e expresso, porém algumas considerações devem ser feitas. A primeira é que, inegavelmente, a vontade do paciente em consentir ou não com um tratamento médico deve ser expressa, jamais presumida; a segunda é que nada obsta que o paciente, validamente, antecipe sua manifestação de vontade, documentando-a expressamente, de forma que possa “precaver-se contra uma situação em que possa vir a encontrar-se impossibilitado de manifestar sua vontade, externando, prévia e documentalmentes seus desejos”²³⁸, o que nos permite falar sobre diretivas antecipadas de vontade.

Nessa linha, Ronald Dworkin assinala para o papel importante que as diretivas antecipadas de vontade vêm assumindo no contexto médico, pois, enquanto instrumentos garantidores da autonomia, permitem que a vontade manifestada pelo paciente de forma prévia seja respeitada, mesmo em situações que envolvem iminente risco de morte.

Cada vez mais, nos damos conta da importância de tomar uma decisão com antecedência: queremos ou não ser tratados desse modo? Hoje, todos os estados norte-americanos reconhecem alguma forma de diretriz antecipada: ou os testamentos de vida (documentos os quais se estipula que certos procedimentos médicos não devem ser utilizados para manter o signatário vivo em circunstâncias específicas), ou as procurações para tomada de decisões médicas (documentos que indicam uma outra pessoa para tomar decisões de vida e morte em nome do signatário quando este já não tiver condições de toma-las).²³⁹

Destarte, conclui-se que o consentimento para ser inequívoco, não precisa ser atual conforme o entendimento anterior de Luís Roberto Barroso, eis que é juridicamente possível, mediante as diretivas antecipadas de vontade (testamento vital e mandato duradouro) consentir ou refutar tratamento, intervenção ou cuidado médico, não apenas imediatamente antes de tais procedimentos, como também de forma antecipada. Ou seja, se a prerrogativa de consentir ou refutar procedimentos médicos é deferida a qualquer pessoa juridicamente capaz e com discernimento necessário para compreender os benefícios e os riscos que os tratamentos podem

²³⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Direito de liberdade e a recusa de tratamento por motivo religioso. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Orgs.). **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2011, p.211.

²³⁹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 319.

lhe proporcionar, não se pode recusar, pois, a validade de uma diretiva antecipada de vontade, “desde que reflita a opinião lúcida daquele que a manifestou”.²⁴⁰

Além disso, embora a decisão de consentir ou refutar tratamento, intervenção ou cuidado médico, seja uma decisão pessoal do paciente, é possível a sua representação através do chamado procurador de cuidados de saúde, “que recebe poderes expressos para ao agir em nome do paciente e segundo instruções por ele transmitidas, decidir acerca de tratamentos e cuidados com a saúde que o próprio representado admite ou rejeita para si”²⁴¹, na hipótese de o paciente encontrar-se incapacitado, seja em razão de uma enfermidade terminal ou não, de exercer o seu consentimento de forma livre e esclarecida. Desse modo, o consentimento para ser inequívoco não necessariamente deve ser personalíssimo.

Tecidas as considerações acima, depreende-se que o consentimento informado e esclarecido, expressão maior da autonomia privada na relação médico-paciente, deve ser realizado por pessoa plenamente capaz e com o discernimento necessário para manifestá-lo, livre de influências externas e coações, munida das informações acerca dos benefícios e riscos do tratamento proposto, permitindo, assim, aferir as consequências de sua decisão, podendo ser manifestado, de forma atual ou antecipada, porém, jamais deve o consentimento ser presumido e sim expresso.

Por sua vez, o Código de Ética Médica, no capítulo IX (Direitos Humanos), artigo 24, trata do consentimento na relação médico-paciente, disciplinando que é vedado ao médico “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”.²⁴² Vê-se, pois, que o diploma ético, em apreço, traz a previsão da obrigatoriedade em obter consentimento informado do paciente, excetuando-se os casos de iminente risco de morte.

Nesse passo, alguns doutrinadores, a exemplo de Maria Helena Diniz, defendem a dispensabilidade do consentimento informado em situações de urgência, em

²⁴⁰ GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. *In*: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.82.

²⁴¹ *Ibidem*, p.83.

²⁴² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM, nº 1.931/2009 - Código de Ética Médica**, 17 de setembro de 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 10.fev.2017.

decorrência do iminente perigo de vida.²⁴³ A autora ora citada, aduz em passagem que se refere aos pacientes da religião Testemunhas de Jeová, mas que pode ser estendida a qualquer paciente, independentemente de religião ou não, que “sendo urgentes e inadiáveis o tratamento médico, a intervenção cirúrgica e a transfusão de sangue não consentida” devem ser ministrados, prevalecendo, pois, o valor da vida. Arremata a autora dizendo que “a vida é um bem coletivo, que interessa mais à sociedade do que ao indivíduo”.²⁴⁴

Entretanto, entende-se que, ao invocar o direito à vida como um valor que interessa mais à coletividade do que ao próprio indivíduo, é um tanto temeroso, uma vez que cada pessoa tem seu modo singular de ser e viver, em consonância com suas íntimas convicções ou desejos mais ocultos, ainda que diferentes dos professados pela maioria.²⁴⁵ O raciocínio de que se deve prevalecer o interesse coletivo em detrimento do interesse do paciente, faz com que a autonomia perca sua razão de ser, isso porque a vontade coletiva vai pouco a pouco substituindo o direito de escolha do paciente, e assim, o paciente passaria a ser atendido de acordo com os valores de outrem, muitas vezes estranhos aos seus próprios valores.²⁴⁶

Nessa esteira, sobre a autonomia do paciente em situações que envolvam risco de morte, Ronald Dworkin pontua:

Nos contextos médicos, essa autonomia está frequentemente em jogo. Por exemplo, uma Testemunha de Jeová pode recusar-se a receber uma transfusão de sangue necessária para salvar-lhe a vida, pois as transfusões ofendem suas convicções religiosas. Uma paciente cuja vida só pode ser salva se suas pernas forem amputadas, mas que prefere morrer logo a viver sem as pernas, pode recusar-se a fazer a operação. Em geral, o direito norte-americano reconhece o direito de um paciente à autonomia em circunstância desse tipo.²⁴⁷

Destarte, mesmo que o paciente esteja em iminente risco de morte, o seu consentimento válido, livre, informado e expresso, seja atual ou de forma antecipada, deve ser observado pelos médicos e pela unidade hospitalar que lhe

²⁴³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p.736.

²⁴⁴ *Ibidem*, p.305.

²⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. Autonomia privada e direito à recusa a tratamentos médicos invasivos: o caso das Testemunhas de Jeová. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 5, n.17 e 18, jan./jun. 2010, p.478.

²⁴⁶ BINENBOJM, Gustavo. Autonomia privada e direito à recusa a tratamentos médicos invasivos: o caso das Testemunhas de Jeová. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 5, n.17 e 18, jan./jun. 2010, p.478.

²⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 319.

atende como expressão maior da sua autonomia. Nesse contexto, entende Gustavo Binbenbojm:

O risco de morte, em situações de grave periculosidade à vida do paciente, deve ser entendido como mais um dentre os inúmeros riscos inerentes ao viver humano. Assim, desde que os riscos sejam conscientemente assumidos por paciente maior, capaz e informado, não caberá ao médico pretender reavaliar a sua escolha existencial, condenando-o a uma existência sem sentido. Não pode o médico – seja ele um particular ou a face prestacional do Estado – arvorar-se em tutor de adultos racionais, donos de sua vida e de seu destino.²⁴⁸

Entender de modo inverso do autor supracitado, significa restringir o exercício da autonomia privada, corolário básico do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Vale dizer que o respeito à autonomia privada “conjuga-se, com o princípio da dignidade humana, a fim de conceber o ser humano como um fim em si mesmo, e não como um meio de satisfação de interesses”.²⁴⁹ É a dignidade humana que assegura a todos o direito de fazer escolhas sobre a própria vida e existência. Prevalece, assim, a dignidade humana como expressão da autonomia privada, não sendo legítima, portanto, a ingerência do Estado sobre a vontade da pessoa na sua esfera íntima. Impor, de forma compulsória, ao paciente, tratamento, intervenção ou cuidado médico contra a sua vontade validamente manifestada, e sem a observância do seu consentimento livre e esclarecido, configura clara violação ao preceito constitucional da dignidade humana.

4.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ARTIGO 15, DO CÓDIGO CIVIL/2002 E DO ARTIGO 146, §3º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL

O Código Civil brasileiro em vigor, em seu artigo 15, prescreve que: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou à intervenção cirúrgica”.²⁵⁰

De antemão, cumpre frisar, que a doutrina recomenda uma leitura e interpretação mais atenta do artigo 15, do Código Civil em vigor, pois sua redação apresenta imprecisão e ambiguidade, de forma que, “interpretá-lo literalmente poderia levar à equivocada conclusão de ser lícito constranger um paciente a se submeter a

²⁴⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, 2010, p.478.

²⁴⁹ SIQUEIRA, Maria Fernanda Santos. Consentimento informado: o direito do paciente à informação, o respeito a sua autonomia e a responsabilidade civil do médico. **Revista da ESMAPE**. Recife: ESMAPE, v.13, n.27, jan./jun. 2008, p. 385.

²⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de janeiro de 2002. Código Civil. Rio de Janeiro, 10 de jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 10.fev.2017.

procedimentos médicos, excetuando-se apenas os que implicassem risco de vida”.²⁵¹ Contudo, adotar esse entendimento implicaria em ir contra todo o arcabouço jurídico pátrio, sendo ideal fazer uma interpretação conforme a Constituição, afastando, portanto, toda e qualquer interpretação restritiva que conseqüentemente advenha do dispositivo citado.²⁵²

Com efeito, o dispositivo, em análise, veda o constrangimento não apenas quando existir risco de vida, mas também quando, embora não se trate de uma situação de risco, o paciente, bem informado e esclarecido, prefere a ela não se submeter, por razões razoáveis, que se fundem na afirmação de sua própria dignidade.²⁵³ Vale dizer que, “a todo e qualquer indivíduo se defere a prerrogativa de eleger, com base em suas convicções, crenças e valores, quais tratamentos ou intervenções lhe pareçam adequadas”.²⁵⁴

Assim, assentada essa premissa, nota-se que essa disposição legal introduziu no Código Civil de 2002, os direitos do paciente²⁵⁵, e, segundo Maria Helena Diniz, o artigo 15, do Código Civil, pode ser relacionado a quatro princípios, quais sejam: o princípio da autonomia, da beneficência, da não maleficência, bem como assegura o direito de recusa a tratamento médico arriscado.²⁵⁶

Com relação ao princípio da autonomia, este “requer que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante (...) desse princípio decorre a exigência do consentimento livre e informado”. Há uma valorização da vontade do

²⁵¹ SIQUEIRA, Maria Fernanda Santos. Consentimento informado: o direito do paciente à informação, o respeito a sua autonomia e a responsabilidade civil do médico. **Revista da ESMape**. Recife: ESMape, v.13, n.27, jan./jun. 2008, p. 390-391;

²⁵² GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. *In*: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 74.

²⁵³ SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade médica e objeção de consciência religiosa. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.21, jan./mar. 2005, p.133.

²⁵⁴ GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. *In*: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 74.

²⁵⁵ DELGADO, Mário Luiz. Direito à vida. A transfusão de sangue pode ser realizada contra a vontade do paciente ou de seus representantes legais? **Revista Visão Jurídica**. São Paulo. Escala, ano VI, ed. 60, mai. 2001, p. 25.

²⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. *apud*. GIMENES, Nilson Roberto da Silva. *op. cit.*, Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10704>, p.90.

paciente, ou de seus respectivos representantes, de modo que o indivíduo atue com conhecimento de causa, livre de qualquer influência externa ou coação.²⁵⁷

Quanto ao princípio da beneficência, este “requer o atendimento por parte do médico (...) para atingir o bem estar do paciente, evitando, na medida do possível, quaisquer danos”. Em consonância com o princípio em tela, o médico apenas deve valer-se de tratamento que beneficie o enfermo, visando sempre ao bem-estar do paciente, para que este não seja prejudicado.²⁵⁸ Nessa esteira, Nilson Gimenes entende que o bem-estar de que trata o citado princípio, não significa apenas o bem-estar físico, mas também o moral. O autor arremata dizendo que “o princípio da beneficência deve ser interpretado pela ótica do que é melhor para o paciente, e não o que é melhor na opinião do médico”.²⁵⁹

Já o princípio da maleficência é compreendido como corolário do princípio da beneficência, “por conter a obrigação de não acarretar dano intencional e por derivar da máxima da ética médica”.²⁶⁰

Por sua vez, o direito de recusa a tratamento arriscado é “o direito básico do paciente, o de não ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, à terapia ou à cirurgia e, ainda, não aceitar a continuidade terapêutica”.²⁶¹

Diante dos princípios ora elencados, depreende-se que, quando o tratamento médico ou intervenção cirúrgica representar, principalmente, um risco para a vida do paciente, o seu consentimento é obrigatório, de sorte que todos os procedimentos médicos, que envolverem riscos ou não à vida do paciente, não devem ser impostos à força ou por qualquer outro meio que reduza a capacidade de resistência do paciente. Tal imposição significa fazê-lo “objeto de tratamentos desumanos e degradantes”²⁶², além de configurar o crime de constrangimento ilegal.

²⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.p.38.

²⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, 2011, p.39.

²⁵⁹GIMENES, Nilson Roberto da Silva. **A objeção de consciência às transfusões de sangue**. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10704>. Acesso em: 08 de agosto de 2013, p.90.

²⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011,p.39.

²⁶¹*Idem. apud.* GIMENES, Nilson Roberto da Silva. *op. cit.*, 2005. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10704>. Acesso em: 08 de agosto de 2013, p.90.

²⁶² SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade médica e objeção de consciência religiosa. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.21, jan./mar. 2005, p.133.

Por seu turno, o Código Penal de 1940, em seu artigo 146, §3º, inciso I²⁶³, tipifica como crime o constrangimento ilegal, porém ressalva a conduta do médico que realiza o procedimento, mesmo sem obter o consentimento do paciente, nos casos de iminente perigo de vida.

Artigo 146 - Constranger alguém, mediante **violência** ou **grave ameaça**, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a **não fazer** o que a lei permite, ou a **fazer** o que ela não manda:

Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

(...)

§ 3º – Não se compreendem na disposição deste artigo:

I – a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

Nesse passo, no panorama em análise, reafirma-se a indicação de que deve prevalecer a autonomia privada do paciente. Para tanto, invoca-se novamente o artigo 15, do Código Civil, o qual estabelece que a autonomia do paciente deve ser respeitada, sobretudo, quando o tratamento médico recomendado envolver riscos para sua vida ou saúde. A submissão forçada do paciente à intervenção médica contra a sua vontade declarada, ainda que este esteja em iminente perigo de vida, configuraria violação da sua autonomia privada, da sua liberdade individual e dos valores que alicerçam a dignidade de cada pessoa. Cumpre dizer que, “destituir o paciente de sua autonomia, significaria reduzi-lo à condição de mero objeto do Estado ou de terceiros”.²⁶⁴

Ademais, é de bom alvitre salientar que nenhum ser humano pode ser submetido forçosamente a qualquer ato médico sem o seu consentimento. Recusar ou aceitar tratamentos, intervenções e cuidados médicos, seja qual for a natureza, ordinário ou extraordinário, é uma escolha pessoal do paciente. Ou seja, a vontade validamente manifestada por pessoa plenamente capaz, livre e informada sobre o risco de sua escolha, deve ser respeitada, pelos hospitais públicos ou privados, como legítima expressão da autonomia privada²⁶⁵, que nada mais é do que uma projeção da

²⁶³ BRASIL. **Decreto-lei no 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 de dez. de 1940. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 10.fev.2017.

²⁶⁴ JUNQUEIRA, Sebastião Alves. **Permitir escolha de tratamento é respeitar a dignidade**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-out-24/permitir-escolha-tratamento-respeitar-dignidade>. Acesso em: 31. jul.2013, p.2.

²⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo. Autonomia privada e direito à recusa a tratamentos médicos invasivos: o caso dos Testemunhas de Jeová. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 5, n.17 e 18, jan./jun. 2010, p.447.

dignidade humana, princípio de maior carga valorativa dentro da Constituição Federal de 1988.

Tecendo considerações sobre o artigo 15 do Código Civil, perfeita é a dicção de Luís Roberto Barroso:

O art. 15 (...) não diz nada a respeito das situações em que a recusa de tratamento médico possa ocasionar ou agravar um risco para a vida do paciente. Ao contrário, ele permite a recusa de tratamento que seja, em si mesmo, arriscado. Veja-se que o dispositivo não faz nenhuma ressalva, não se cogitando da possibilidade de que o médico imponha o tratamento arriscado por considerar que a inação levaria à morte certa. Assim, o dispositivo não consagra a ideia de que a vida deva ser mantida a qualquer custo. Em vez disso, respeita a escolha pessoal, que pode ter se baseado na perspectiva de uma sobrevivência ou mesmo no receio da perda da consciência e da autonomia moral. Nesse sentido, é até possível enxergar o dispositivo como – mais uma – confirmação de que o valor objetivo da vida humana não é tratado de forma absoluta na ordem jurídica brasileira, devendo ceder espaço diante de escolhas existenciais especialmente relevantes.²⁶⁶

Vislumbra-se, pois, que o artigo 15, do Código Civil em vigor, contempla a escolha pessoal, e não a ideia de que a vida deve ser mantida em qualquer circunstância. Ora, sendo o paciente, o titular dos bens jurídicos em jogo e cuja preservação coloca-se em pauta, “será ele o melhor juiz para decidir sobre os cuidados com sua saúde, uma que vez que esteja em posse das informações técnicas acerca das alternativas de tratamento e das possíveis consequências que a aceitação ou rejeição podem acarretar”.²⁶⁷

Feitas as considerações acima, depreende-se que, o artigo 146, §3º, I, do Código Penal, deve ser interpretado em conformidade com a Constituição. Nessa esteira, Nilson Roberto da Silva Gimenes, assinala:

É preciso lembrar que o direito à vida protegido na Constituição refere-se a algo que não é apenas constituído pelo elemento físico. A vida envolve elementos psíquicos, espirituais, morais, ético-coais, culturais e religiosos do ser humano. Envolve o respeito à dignidade da pessoa humana e da sua família, aos seus padrões de moral, às suas crenças, enfim, ao seu bem-estar físico, como emocional e espiritual. Portanto, o que se protege é o “direito à vida digna”, e não meramente o “direito à vida”, o que leva a

²⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em outro lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 5, n.17 e 18, jan./jun. p. 537.

²⁶⁷ GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. *In*: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 74.

concluir que é em consonância com a Constituição Federal de 1988 que o Código Penal de 1940 deve ser analisado, e não o contrário.²⁶⁸

Nesse íterim, tendo por parâmetro a Constituição, embora não se caracterize como crime de constrangimento ilegal a conduta do médico, que em razão de iminente perigo de vida do paciente, realiza procedimento sem o seu consentimento, isso, contudo, não serve de guarida para que o médico imponha qualquer tipo de tratamento, sem a estrita observância do consentimento prévio do paciente. Sobre o tema em pauta, Nelson Nery Júnior assinala:

(...) inexistente o constrangimento ilegal quando o médico, por motivo de iminente perigo de vida, realiza intervenção cirúrgica sem o consentimento do paciente. Isto não quer significar, todavia, que o médico possa realizar a intervenção contra o consentimento do paciente. (...) Ou seja, a excluyente de ilicitude prevista no art. 146, §3º, I, do CP, por uma leitura constitucional não poderá nunca englobar a intervenção médica em desconformidade com a vontade do paciente.²⁶⁹

Assim, transportando as considerações supramencionadas para as diretivas antecipadas de vontade, conclui-se que, estas com fulcro no artigo 15, do Código Civil de 2002, permitem que o paciente, no exercício de sua autonomia e do consentimento informado, recuse, antecipadamente, tratamentos, intervenções e cuidados médicos a que não queira se submeter. E, embora, iminente risco de morte, não cabe ao médico transgredir, a priori, a vontade do paciente, pois, havendo consentimento válido, livre, informado e expresso (seja atual ou antecipado), este deverá ser respeitado. Entender em sentido contrário e valer-se do artigo 146, §3º, inciso I, do Código Penal, como meio de realizar qualquer ato médico, ainda que contrário à vontade expressa do paciente, é atentar contra a sua autonomia privada e liberdade individual, logo, contra a própria dignidade da pessoa humana.

4.3 ANÁLISE DA RESOLUÇÃO nº 1995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

O Conselho Federal de Medicina do Brasil fomentou ainda mais o debate sobre as diretivas antecipadas de vontade com a publicação da Resolução 1.995/2012. A Resolução dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, e em seu artigo 1º, define-a como “o conjunto de desejos, prévia e expressamente

²⁶⁸ GIMENES, Nilson Roberto da Silva. **A objeção de consciência às transfusões de sangue**. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10704>. Acesso em: 08 de agosto de 2013, p.115.

²⁶⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Direito de liberdade e a recusa de tratamento por motivo religioso. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Orgs.). **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2011, p. 194-195.

manifestados pelo paciente no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente sua vontade”.²⁷⁰ O diploma ético em comento, veio a lume tanto em razão da inexistência de regulamentação legal sobre tema, mas também, como forma de orientar a conduta do médico diante de uma eventual diretiva antecipada de vontade do paciente.²⁷¹

A referida Resolução tem sido divulgada sob a denominação de “testamento vital”, todavia, tal denominação não é adequada.²⁷² Como assinalado anteriormente, as diretivas antecipadas de vontade é gênero do qual são espécies o testamento vital e o mandato duradouro.

O diploma ético, em análise, não apenas traz a previsão do instituto do testamento vital, como também trata do instituto do mandato duradouro, ao estabelecer em seu artigo 2º, §1º²⁷³, a possibilidade de o paciente designar um representante, denominado procurador de cuidados de saúde, o qual terá poderes expressos para tomar decisões em nome do paciente, na hipótese em que este não puder manifestar sua vontade. Frisa-se que o procurador não deverá atuar conforme sua vontade, mas sim segundo os desejos e valores do outorgante, ou seja, “atuará como um interlocutor entre o paciente, cujas instruções deverá fielmente seguir, e a equipe médica.”²⁷⁴

Um ponto a ser observado, na Resolução, encontra-se no artigo 2º, §4º, o qual dispõe que “o médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente”²⁷⁵. Vê-se, pois, que inexistente a prescrição de qualquer formalidade para o ato. Essa ausência de formalidade,

²⁷⁰ BRASIL. **Resolução Conselho Federal de Medicina, nº 1.995/2012**, de 31 de agosto de 2012. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 10 de fev. de 2017.

²⁷¹ TAVARES, Fernando Horta; ASSIS, Zamira de. Diretivas antecipadas de vontade, intimidade e autodeterminação no direito constitucional brasileiro. *In*: VILELA, Alexandra; MADEIRA, Dhenis Cruz; LEITE, Jorge; MEIRA, José Boanerges; COSTA, José de Faria; MOTA, Lindomar Rocha. (Orgs.). **Temas Contemporâneos de Direito**. Belo Horizonte. Arraes, 2013, p. 3-17.

²⁷² ALVES, Cristiane Avancini. Diretivas antecipadas de vontade e Testamento vital: considerações sobre linguagem e fim da vida. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p.26.

²⁷³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM, nº 1.995/2012**, de 31 de agosto de 2012. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 10.fev.2017.

²⁷⁴ GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. *In*: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 83.

²⁷⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM, nº 1.995/2012**, de 31 de agosto de 2012. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 10.fev.2017.

contudo, não confere segurança ao médico, tampouco para o paciente. Como já mencionado, embora não exista uma normativa legal disciplinando as formalidades a serem observadas quando da elaboração das diretivas antecipadas de vontade, recomenda-se que sejam feitas, por escrito, com o registro do documento no respectivo cartório competente, o que irá conferir uma maior segurança jurídica e confiabilidade ao ato de disposição.²⁷⁶

Nessa linha, Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá, assinalam:

De fato, não é seguro, nem para o médico nem para o paciente, a mera expressão verbal da vontade, transcrita pelo médico no prontuário. Não se exigem testemunhas, ou mesmo a leitura do prontuário pelo paciente, para garantir que ali constam corretamente suas instruções de cuidados e tratamento. Diante disso, vislumbram-se desde já diversos conflitos e a possibilidade de a família do paciente, posteriormente, alegar que o médico interpretou erroneamente as diretivas antecipadas de vontade, ao transcrevê-las no prontuário. O recomendável, portanto, é que as diretivas antecipadas constem de documento escrito e assinado pelo paciente e testemunhas.²⁷⁷

Desse modo, de posse da diretiva antecipada de vontade, o médico, ciente do seu conteúdo, deverá anexar ao prontuário e atestar a sua existência, observando as diretrizes consignadas no referido documento.²⁷⁸ Em consonância com o artigo 2º, §2º da Resolução, tais disposições não têm caráter impositivo, de forma que, o médico poderá deixar de observar as diretivas antecipadas de vontade, quando estas forem contrárias aos preceitos ditados pelo Código de Ética Médica, fala-se, pois, no direito à objeção de consciência.²⁷⁹ No entanto, o diploma ético dispõe em seu §3º, do mesmo artigo ora citado, que as disposições de vontade irão prevalecer sobre a vontade dos respectivos familiares.²⁸⁰

Por fim, a Resolução estabelece que, inexistindo testamento vital, mandato duradouro e, não havendo um consenso entre os respectivos familiares do paciente quanto a aplicação de algum tratamento proposto, deverá o médico, caso entenda

²⁷⁶ DADALTO, Luciana. Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p. 67.

²⁷⁷ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Relação médico-paciente e as diretivas antecipadas de vontade. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Consulex, ano XVI, n.319, 1 de nov. de 2012, p. 37.

²⁷⁸ DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**, v.17, n.3, 2009, p.537.

²⁷⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM, nº 1.995/2012**, de 31 de agosto de 2012. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 10.fev.2017.

²⁸⁰ *Ibidem*, loc. cit.

necessário, recorrer ao “Comitê de Bioética da instituição, desde que exista, ou na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina”,²⁸¹ com escopo de subsidiar sua decisão.

Depreende-se da análise da Resolução 1.995/2012, que este diploma ético coaduna-se com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, permitindo que o paciente discipline os tratamentos e cuidados médicos os quais deseja se submeter, na hipótese de encontrar-se incapacitado de manifestar sua vontade. Concretiza, pois, o exercício da autonomia e do consentimento informado na relação médico-paciente.²⁸²

Assim, a Resolução 1.995/2012, embora tímida, representa grande avanço no tocante ao tratamento das diretivas antecipadas de vontade no Brasil²⁸³. Todavia, é necessário reconhecer que a Resolução não esgota a matéria, ao contrário, demonstra ainda mais a necessidade de elaboração de uma norma legal específica que regulamente as diretivas antecipadas de vontade, a fim de dirimir questões afetas à capacidade para sua elaboração, das formalidades legais e do seu conteúdo de disposição, dentre outras.²⁸⁴

4.4 ADEQUAÇÃO JURÍDICA, VALIDADE E EFEITOS DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As diretivas antecipadas de vontade, como já salientado, figuram como instrumentos essenciais que permitem à pessoa disciplinar, previamente, os tratamentos, intervenções e cuidados médicos que autoriza que lhe sejam ministrados, ou não, na eventualidade de encontrar-se impossibilitada de manifestar sua vontade em decorrência de uma enfermidade terminal ou não. Representam, pois, a manifestação antecipada de vontade “destinada a preservar um interesse pessoal, resguardando-o da interferência de terceiros no momento em que o próprio indivíduo não puder manifestá-la em razão de uma incapacidade”.²⁸⁵ E, segundo a doutrina

²⁸¹ *Ibidem, loc. cit.*

²⁸² ALVES, Cristiane Avancini. Diretivas antecipadas de vontade e Testamento vital: considerações sobre linguagem e fim da vida. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p.38.

²⁸³ MOREIRA, Mayana Sales. Testamento vital: um estudo sobre o seu conteúdo lícito no Brasil. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p.73.

²⁸⁴ *Ibidem*, p.81.

²⁸⁵ CRUZ, Elisa Costa. Autonomia no processo de morrer: as diretivas antecipadas como concretização da dignidade da pessoa humana. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p. 57.

majoritária, as diretivas antecipadas de vontade é gênero do qual são espécies o testamento vital e o mandato duradouro.²⁸⁶

No Brasil, inexistente regulamento legal específico sobre as diretivas antecipadas de vontade, embora o Conselho Federal de Medicina do Brasil tenha publicado a Resolução nº 1.995/2012, dispondo sobre as diretivas antecipadas de vontade, em específico, o testamento vital, com o escopo de fornecer aos médicos uma norma de conduta ética a ser adotada diante da existência e apresentação de uma diretiva antecipada de vontade. Como se vê, trata-se de um diploma ético e não legal, de sorte que, “urge sua regulamentação por lei, medida que contribuirá para consagrar, em definitivo, o direito à autodeterminação da pessoa quanto aos meios de tratamento médico a que pretenda ou não se submeter”.²⁸⁷

O fato de inexistir, no Brasil, norma jurídica que discipline as diretivas antecipadas de vontade, não constitui impeditivo para que se discuta a sua adequação jurídica, validade e eficácia,²⁸⁸ eis que, “uma interpretação integrativa das normas constitucionais e infraconstitucionais concede aparato para a defesa desses documentos no ordenamento jurídico brasileiro”.²⁸⁹ Vale dizer que, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, assim como direito à vida digna, à autonomia privada e à liberdade individual, constituem verdadeiros sustentáculos para que as diretivas antecipadas de vontade sejam aceitas no ordenamento jurídico pátrio.

Portanto, para que as diretivas antecipadas de vontade, na prática, sejam efetivamente aceitas no ordenamento jurídico pátrio, faz-se necessário que sejam elaboradas em conformidade com as diretrizes legais existentes. Nesse passo, serão traçados os requisitos de validade das diretivas antecipadas de vontade, os efeitos produzidos por estas, assim como seu prazo de validade, consoante análise abaixo.

Tratando-se da validade das diretivas antecipadas de vontade, analisa-se, a priori, a capacidade de direito ou de gozo, bem como a capacidade de fato ou de exercício.

²⁸⁶ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Atlas, 2015, p.88.

²⁸⁷ GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. *In*: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.89.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 75.

²⁸⁹ DADALTO, Luciana. Aspectos registrares das diretivas antecipadas de vontade. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p.63.

A primeira é aquela que todos possuem sem distinção. Trata-se da capacidade para ser sujeito de direitos e deveres na ordem privada. A segunda trata-se da capacidade para exercer direitos, e que algumas pessoas não possuem. São aquelas inclusas no rol dos artigos 3º e 4º, do Código Civil de 2002²⁹⁰. Existindo, pois, a capacidade de direito e de fato, fala-se que o sujeito possui capacidade civil plena.²⁹¹

No que concerne às diretivas antecipadas de vontade, alguns autores defendem que, para sua elaboração, a pessoa além da capacidade de direito, deve possuir a capacidade de fato ou de exercício, ou seja, é necessário que a pessoa tenha capacidade civil plena para dispor, antecipadamente, acerca da aceitação ou recusa de tratamentos médicos, e de posse de todas as informações fornecidas pela equipe médica, tenha compreensão dos riscos e os benefícios oriundos de sua decisão.²⁹²

Segundo o entendimento acima, chega-se à conclusão de que todas as pessoas listadas no rol dos artigos 3º e 4º, do Código Civil de 2002, ainda que elaborem alguma espécie de diretiva antecipada de vontade, esta não seria válida, isso porque, “a vontade do incapaz seria desconsiderada, em virtude de sua imaturidade ou ausência de discernimento. Por ele se manifestariam com exclusividade seus pais, tutores ou curadores”.²⁹³

Noutro passo, Luciana Dadalto entende que é o discernimento e não a capacidade de fato ou de exercício, requisito essencial para a elaboração de diretivas antecipadas de vontade. Defende, a autora citada, a flexibilização dos limites objetivos de idade previstos no Código Civil de 2002, e que havendo manifestação prévia de vontade do menor quanto a possíveis tratamentos a lhe serem ministrados ou não, deverá esta vontade ser submetida à apreciação do Poder Judiciário, que,

²⁹⁰ CÓDIGO CIVIL. **Art. 3º.** São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos. **Art. 4º.** São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos.

²⁹¹ TARTUCE, FLÁVIO. **Manual de Direito Civil: volume único.** 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Método, 2016. P.73-74.

²⁹² DANTAS, Eduardo. Diferenças entre o consentimento informado e a escolha esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil n relação médico x paciente. In: EHRHARDT JR., Marcos; BARROS, Daniel Conde. (Coords.). **Temas de Direito Civil Contemporâneo.** Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 592-593.

²⁹³ GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: uma necessária ruptura com o regramento da (in)capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Mauricio. (Org.). **Discutindo a autonomia.** Salvador. Faculdade Baiana de Direito, 2014, p. 40.

por sua vez, irá verificar em concreto o grau de discernimento que o menor possui para a prática de tal ato²⁹⁴. Desse modo, DADALTO assinala que:

(...) apenas diante do caso concreto será possível averiguar para quais atos de vontade o indivíduo – categorizado pela lei como incapaz – possui discernimento, que deve ser reconhecido pelo Poder Judiciário. Significa dizer que, caso alguém menor de idade queira redigir uma declaração prévia de vontade do paciente terminal, deverá primeiramente requerer autorização judicial, que somente poderá ser negada se comprovada a falta de discernimento deste para praticar tal ato. Entretanto, caso não haja esse requerimento, entende-se que, depois de adquirida a maioridade civil, o documento deve ser ratificado pelo próprio outorgante.

Ressalte-se que a defesa aqui feita não visa um estabelecimento do critério quantitativo de definição de capacidade de fato no Código Civil brasileiro. Não se pretende reduzir a idade para 16 anos (...), haja vista que tal diminuição não resolve o problema, pois continua trabalhando com critérios quantitativos. O que se defende é que o discernimento não está diretamente atrelado à idade, que a liberdade de autodeterminação do indivíduo não pode ser averiguada aprioristicamente, razão pela qual cabe ao juiz analisar se, por exemplo, um adolescente de 15 anos tem discernimento suficiente para manifestar sua vontade acerca de tratamentos a que deseje ser ou não submetido, caso se torne paciente terminal.²⁹⁵

Nesse ínterim, no tocante aos pacientes menores, inclina-se para o entendimento defendido pela autora Luciana Daldato. Isso porque, é inegável a existência de menores que, mesmo incapazes legalmente, possuem o discernimento necessário para manifestar expressamente sua vontade, no sentido de consentir ou refutar tratamentos, intervenções e cuidados médicos, ainda que antecipadamente. Essa vontade, contudo, como salientado, deverá ser submetida à apreciação do Poder Judiciário, que irá aferir se o menor possui ou não, o discernimento para a prática de tal ato. A doutrina, por sua vez, tem se inclinado pela aplicação da “teoria do menor amadurecido”.²⁹⁶ Discorrendo sobre a teoria ora citada, aduz Nilson Gimenes:

A teoria do menor amadurecido ensina que, assim como os adultos, existiriam menores que, dado o grau de maturidade, teriam capacidade de tomar suas próprias decisões de saúde, de entender a natureza e as consequências do tratamento proposto, de exercer o consentimento esclarecido, devendo sua opinião ser levada em conta. De acordo com esse princípio, a importante questão limiar, quando se avalia a capacidade jurídica de qualquer paciente, deve ser sua capacidade de decisão, e não algum limite arbitrário de idade.²⁹⁷

²⁹⁴ DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**, v.17, n.3, 2009, p.537.

²⁹⁵ *Ibidem*, p.537 *passim*.

²⁹⁶ BINENBOJM, Gustavo. Autonomia privada e direito à recusa a tratamentos médicos invasivos: o caso dos Testemunhas de Jeová. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 5, n.17 e 18, jan./jun.2010, p.481.

²⁹⁷ GIMENES, Nilson Roberto da Silva. **A objeção de consciência às transfusões de sangue**. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10704>. Acesso em: 08 de agosto de 2013, p. 101.

Pela teoria do menor amadurecido, submetida à vontade do paciente menor à apreciação pelo Poder Judiciário, caberá ao juiz, antes de determinar a realização de qualquer tratamento ou intervenção médica, aferir se o menor possui capacidade de compreender a natureza e, sobretudo, as consequências de sua decisão relativa ao tratamento médico preconizado. Há que se perquirir, pois, a capacidade de decisão do paciente e não qualquer limite prefixado de idade pela lei.²⁹⁸ Nessa esteira, segundo Álvaro Villaça de Azevedo, “a doutrina do menor amadurecido garante ao menor a autonomia necessária para a tomada de decisões pessoais”.²⁹⁹ Privilegia, aqui, a participação do menor no processo de decisão quanto ao tratamento a que será submetido, ainda que não seja plenamente capaz.

Outrossim, para que as diretivas antecipadas de vontade sejam consideradas válidas, é imprescindível que a vontade manifestada de forma prévia pela pessoa, não venha acompanhada de vícios, tais como erro, dolo ou coação. Cumpre dizer que, a vontade válida é aquela manifestada livre de qualquer influência externa, coação, pressões ou induções.³⁰⁰ Cabe tão somente à pessoa, enquanto titular dos direitos em jogo (dignidade, vida, autonomia e liberdade), voluntariamente, decidir sobre quais tratamentos, intervenções e cuidados médicos autoriza ou não que lhe sejam aplicados. Dessa forma, tem-se que “todo indivíduo é um fim em si mesmo e, como tal, não deve servir de instrumento à satisfação dos interesses de outros indivíduos, ainda que os outros indivíduos sejam familiares”.³⁰¹

Já em relação ao conteúdo, objeto das diretivas antecipadas de vontade, a doutrina estudada preceitua que estas não podem conter disposições contrárias ao ordenamento jurídico, como, por exemplo, a eutanásia³⁰². Nesse sentido, faz-se importante a presença de um advogado(a), pois, este(a) munido(a) do conhecimento

²⁹⁸ LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusões de sangue contra a vontade de paciente da Religião Testemunhas de Jeová: uma gravíssima violação de direitos humanos. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v.402, março/abril 2009, p.62-63.

²⁹⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *apud*. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *op. cit.*, 2013, p.371.

³⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 5, n.17 e 18, jan./jun. 2010, p. 534-535.

³⁰¹ KANT, Immanuel, *apud*, DADALTO, Luciana. Diretivas antecipadas de vontade e o Princípio da Solidariedade Familiar. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.78, jun./jul. 2013, p. 98.

³⁰² No primeiro capítulo do presente trabalho, foi abordada a prática da ortotanásia, defendendo, pois, a sua legitimidade em detrimento da distanásia, assim como foi defendido que, além da possibilidade de recusa de tratamentos extraordinários ou fúteis, nas diretivas antecipadas de vontade, é possível refutar, também, tratamentos ordinários. Cabe a pessoa, enquanto sujeito de direitos e titular dos bens jurídicos em questão (vida, dignidade, liberdade), decidir os rumos de sua vida e existência.

jurídico, poderá instruir a pessoa quando da elaboração do documento, de modo que, não disponha sobre matérias vedadas pelo Direito brasileiro.³⁰³

Além disso, as diretivas antecipadas de vontade não podem conter disposições “que sejam contraindicadas à patologia do paciente ou tratamento que já estejam superados pela Medicina”.³⁰⁴ Outrossim, os referidos documentos não podem conter disposições de caráter patrimonial, pois se referem à manifestação de vontade da pessoa quanto à aceitação ou recusa de tratamentos, intervenções e cuidados médicos a que possa ser submetida ou não.³⁰⁵

Ademais, há quem entenda não ser possível dispor nas diretivas antecipadas de vontade, sobre a doação de órgãos, sob o argumento de que a Lei 9.434/1997 sobrepõe à vontade dos familiares ou do respectivo representante legal, a vontade do possível doador, o que não é observado nas diretivas antecipadas de vontade, eis que, nestas, a vontade do titular se sobrepõe à vontade dos familiares e da equipe médica.³⁰⁶ Contudo, como já ressaltado em tópico anterior, o Enunciado nº 277, do Conselho da Justiça Federal (IV Jornada de Direito Civil)³⁰⁷, assegura a autonomia da pessoa ante suas escolhas feitas em vida, de modo que, apenas quando houver silêncio do eventual doador, é que a vontade e interesse dos respectivos familiares ou representante legal irá se sobrepor ao daquele.³⁰⁸

Quanto ao aspecto formal das diretivas antecipadas de vontade, entende-se que o testamento vital, enquanto negócio jurídico solene, deve respeitar a forma escrita, assim como o mandato duradouro. É recomendável o registro dos documentos em referência no respectivo cartório competente, o que confere uma maior segurança jurídica e confiabilidade ao ato de disposição. No mais, como não existe lei regulamentando as formalidades as quais as diretivas antecipadas deva observar, tem-se que “a exigência de testemunha para a lavratura da DAV é arbitrária, (...) no

³⁰³ DADALTO, Luciana. Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p. 67.

³⁰⁴ *Idem*. Diretivas antecipadas de vontade e o Princípio da Solidariedade Familiar. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.78, jun./jul. 2013, p. 91-99.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 66.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 67.

³⁰⁷ Enunciado n.277, CJF - O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador.

³⁰⁸.DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p.351.

Brasil, contudo, é imprescindível que o mandatário assine as DAV, aceitando o encargo para o qual está sendo nomeado”.³⁰⁹

Recomenda-se, além do quanto exposto, que a diretiva antecipada de vontade, caso exista, seja anexada ao prontuário médico, de forma que, todos da equipe médica tenham ciência da mesma e do seu conteúdo. Assim, ao ser informado da existência de uma diretiva antecipada de vontade pelo paciente ou seu procurador de cuidados de saúde, deve o médico, responsável pelo preenchimento do prontuário, anexá-la ao mesmo, atestando a sua existência.³¹⁰

Por seu turno, as diretivas antecipadas de vontade produzem efeitos *erga omnes*, vinculam, pois, toda a equipe médica, familiares do paciente e, inclusive, o procurador de cuidados de saúde deste, o qual apenas deverá agir em conformidade com as suas disposições de vontade.³¹¹ E, havendo eventual colisão entre a vontade do paciente, manifestada através da diretiva antecipada de vontade, e a vontade de seus respectivos familiares, a equipe médica deve dar prioridade à vontade daquele em detrimento da vontade destes.

Destarte, embora as diretivas antecipadas de vontade tenham caráter vinculativo³¹², é reconhecido o direito de objeção de consciência do médico em recusar-se a seguir as instruções advindas do próprio paciente ou de seu respectivo procurador de cuidados de saúde, figurando, pois, como limitação aos efeitos oriundos das diretivas antecipadas de vontade. O Código de Ética Médica, em seu capítulo II, inciso IX, disciplina que é direito do médico “recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrário aos ditames de sua consciência.”³¹³ Logo, mesmo que exista alguma diretiva antecipada de vontade, o médico poderá se recusar a cumprir o quanto disposto no instrumento. Para tanto, é “necessário externar o motivo da recusa – balizada por razões éticas, morais, religiosas ou

³⁰⁹ DADALTO, Luciana. Aspectos registraes das diretivas antecipadas de vontade. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p. 67.

³¹⁰ *Idem*. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**, v.17, n.3, 2009, p.537.

³¹¹ *Idem*. Diretivas antecipadas de vontade e o Princípio da Solidariedade Familiar. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.78, jun./jul. 2013, p. 95.

³¹² DADALTO, Luciana. *Op. cit.*, 2009, p.527.

³¹³ BRASIL. **Resolução Conselho Federal de Medicina, nº 1.931/2009 - Código de Ética Médica**, 17 de setembro de 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 10.fev.2017.

qualquer outra de foro íntimo – e encaminhar o paciente para os cuidados de outro médico”.³¹⁴

Por fim, quanto ao prazo de validade das diretivas de vontade, defende-se, aqui, ser desnecessária a estipulação de um prazo específico, pois, tanto o testamento vital quanto o mandato duradouro podem ser objeto de revogação a qualquer tempo pelo respectivo autor.³¹⁵ Dessa forma, “a não ser que o autor da diretiva a tenha revogado, caberá admitir que a vontade declarada no documento continua a vigorar”.³¹⁶ Ou seja, deve incidir sempre a presunção de que a vontade manifestada na diretiva antecipada de vontade corresponde à vontade atual da pessoa, contudo, trata-se de uma presunção relativa e não absoluta. Assim, cabe a equipe médica ou respectivos interessados, por exemplo, familiares, “o ônus de provar o contrário, isto é, de demonstrar cabalmente que, por alguma razão, as instruções contidas na diretiva não devem prevalecer tal como foram firmadas”.³¹⁷

Após as considerações expostas, verifica-se que as diretivas antecipadas de vontade encontram abrigo no ordenamento jurídico pátrio, independentemente da existência de norma jurídica regulamentadora da matéria.³¹⁸ É dizer que, no âmbito da relação médico-paciente, as diretivas antecipadas de vontade são essenciais para o reconhecimento e exercício da autonomia e liberdade individual do paciente, e, conseqüentemente, da própria dignidade humana. Mas, conquanto possua fundamento para existir no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário insistir em uma regulamentação legal e específica que trate da matéria, com o objetivo de dirimir questionamentos, tais como, a capacidade para sua elaboração, o seu conteúdo de disposição, as formalidades legais, prazo de validade, possibilidade de representação³¹⁹, dentre outros, permitindo, assim, que o paciente, o seu eventual procurador de cuidados de saúde, familiares e equipe médica tenham segurança

³¹⁴ DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**, v.17, n.3, 2009, p.528.

³¹⁵ *Ibidem*, p.538.

³¹⁶ GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. *In*: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 87.

³¹⁷ *Ibidem*, *loc. cit.*

³¹⁸ TAVARES, Fernando Horta; ASSIS, Zamira de. Diretivas antecipadas de vontade, intimidade e autodeterminação no direito constitucional brasileiro. *In*: VILELA, Alexandra; MADEIRA, Dhenis Cruz; LEITE, Jorge; MEIRA, José Boanerges; COSTA, José de Faria; MOTA, Lindomar Rocha. (Orgs.). **Temas Contemporâneos de Direito**. Belo Horizonte. Arraes, 2013, p. 14.

³¹⁹ MOREIRA, Mayana Sales. Testamento vital: um estudo sobre o seu conteúdo lícito no Brasil. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p.81.

jurídica para elaborar e aplicar, respectivamente, o conteúdo das diretivas antecipadas de vontade.

5 CONCLUSÃO

As diretivas antecipadas de vontade, realizadas, seja através do testamento vital ou do mandato duradouro, constituem relevantes instrumentos que permitem à pessoa juridicamente capaz, disciplinar, antecipadamente, sobre quais tratamentos, intervenções e cuidados médicos, aceita ou recusa se submeter, bem como permite refutar tratamentos médicos que apenas prologuem indefinidamente a vida biológica, sem qualquer possibilidade de cura, tampouco de reversão do quadro clínico de saúde. São documentos utilizados em circunstâncias nas quais a pessoa fica impossibilitada de manifestar sua vontade de forma clara e consciente ou de tomar decisões por e para si própria, seja em decorrência de uma doença incurável/terminal ou não. Destinam-se, pois, a preservar a dignidade e autonomia da pessoa na relação médico-paciente, como também busca resguardar o interesse pessoal do paciente da interferência de terceiros, em situações nas quais não possa exprimir sua vontade.

A ausência no ordenamento jurídico brasileiro, de norma legal, regulamentando as diretivas antecipadas de vontade, não impedem o reconhecimento da sua legitimidade. Vale dizer que, uma interpretação integrativa das normas constitucionais e infraconstitucionais confere fundamento para a defesa desses documentos (testamento vital e mandato duradouro) no direito pátrio. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o direito fundamental à vida “digna”, a autonomia privada e a liberdade individual constituem verdadeiros alicerces para a elaboração das diretivas antecipadas de vontade no Brasil.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana não apenas fundamenta e guia a aplicação dos direitos fundamentais, como é o alicerce de todo o sistema jurídico, figurando, assim, como princípio de maior carga valorativa dentro da Constituição Federal de 1988. A dignidade humana é um valor intrínseco ao ser humano, que não pode ser criado, concedido ou retirado. Há uma dimensão da dignidade ligada à autonomia do indivíduo, à sua capacidade de autodeterminação, permitindo-lhe ser responsável pelos destinos de sua existência e vida, sem a interferência de terceiros. Entretanto, o indivíduo não é um ser isolado do mundo

que o cerca. A dignidade humana compreende uma proteção a determinados ideais e valores de uma sociedade, e, dessa forma, a autonomia do indivíduo será limitada por forças externas a ele. Na Constituição Federal de 1988, é possível detectar a preferência da dignidade como autonomia, logo, o que deve prevalecer são as escolhas pessoais, de sorte que, para suprimi-las impõe-se uma boa argumentação.

Em relação ao direito fundamental à vida, é necessário alcançar seu verdadeiro sentido, pois, sabendo que a dignidade humana constitui fundamento dos direitos fundamentais, o direito fundamental à vida, nada mais é do que o direito à vida digna, o qual jamais se esgota na mera existência biológica.

Nessa esteira, não obstante o direito à vida seja visto como uma condição para o exercício dos demais direitos, a vida, desprovida de dignidade, torna-se pesada. Não se trata apenas de prover a mera existência biológica do indivíduo, mas também de resguardar sua dignidade, sua liberdade individual, sua autonomia privada, sua intimidade, dentre outros direitos constitucionalmente assegurados. É esse direito à vida digna, livremente autodeterminada que a pessoa, ao elaborar as diretivas antecipadas de vontade, almeja, ainda que sua vontade e escolhas existenciais, manifestada antecipadamente, no testamento vital ou no mandato duradouro, sejam diferentes das professadas pela maioria das pessoas.

É a partir da concepção do direito fundamental à vida digna, que se defende a escolha por uma morte com dignidade. Com efeito, os progressos tecnológicos alcançados pela medicina no decorrer dos anos, elevaram as possibilidades de tratamentos e cura para as mais variadas enfermidades as quais os seres humanos encontram-se vulneráveis, bem como permitiram o prolongamento artificial e indefinido da vida biológica. Este progresso, embora seja uma conquista da ciência médica, revela que a busca incessante e, ao mesmo tempo, ineficaz de evitar a morte, não raras vezes, tem provocado a realização de tratamentos e cuidados médicos desnecessários e dolorosos à pessoa.

Nesse passo, defende-se que a imposição compulsória de tratamentos, intervenções e cuidados médicos que apenas prologam artificialmente a vida biológica, sem contribuir para a melhoria do estado geral de saúde e que são, manifestadamente, contrários às escolhas individuais e existenciais da pessoa, vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana. Permitir que a morte inevitável trace seu curso natural, nada mais é do que permitir uma morte digna.

Assim, inclina-se em defesa da ortotanásia, em detrimento da distanásia. Na primeira evita-se a aplicação de tratamentos extraordinários ou fúteis, dos quais não se vislumbram melhorias, tampouco, reversão do quadro clínico do paciente, e mantêm-se os cuidados paliativos necessários para aplacar a dor física e psíquica do paciente. Na segunda, ao contrário, há busca incessante pelo prolongamento biológico da vida, com aplicação de tratamentos fúteis, dos quais não se vislumbra qualquer melhoria para o paciente.

É nesse contexto, principalmente, que se observa a importância da elaboração das diretivas antecipadas de vontade, isso porque tais documentos (testamento vital e mandato duradouro) possibilitam que a pessoa manifeste, antecipadamente, quais os tratamentos, intervenções e cuidados médicos deseja ou não se submeter, na hipótese de tornar-se incapaz de manifestar sua vontade, em decorrência de uma doença incurável ou terminal. Evitam, portanto, a distanásia, na qual se utiliza de todos os meios possíveis para prolongar a vida biológica, ainda que artificialmente.

Entende-se que o titular do direito fundamental à vida não pode dispor do mesmo, através do simples consentimento, mas há outros valores e direitos fundamentais que podem fundamentar essa decisão pessoal. Impor taxativamente a indisponibilidade do direito à vida pode causar efeito negativo sobre outras posições jurídicas que são igualmente objeto de tutela da Constituição, de forma que, a princípio, não se pode dar prevalência de um direito sobre o outro, sendo necessária a análise do caso concreto e a ponderação adequada, sempre em conformidade com a Constituição Federal 1988. Dessa forma, afigura-se como adequada aquela hermenêutica constitucional que, observando o princípio da dignidade da pessoa humana, analisa todas as circunstâncias à luz do caso concreto, sem previamente hierarquizar direitos garantidos igualmente na Constituição.

Quando uma pessoa, através do testamento vital ou do mandato duradouro, disciplina, antecipadamente, quais os tratamentos, intervenções e cuidados médicos aceita ou recusa se submeter, mesmo que essa manifestação de vontade implique em refutar tratamentos médicos que apenas prologuem a vida biológica, e que gerem, conseqüentemente, risco de morte, não está sobrepondo o direito à autonomia privada e liberdade individual, em detrimento do seu direito à vida, mas apenas escolhendo quais os tratamentos e cuidados médicos aceita ou refuta, em harmonia com sua vontade declarada, com suas escolhas existenciais. Vê-se, pois,

que as diretivas antecipadas de vontade, constituem importantes instrumentos que viabilizam e asseguram um tratamento humanitário ao paciente, o respeito à sua dignidade, à sua autonomia e à sua liberdade individual.

Entender de forma diversa e impor a realização de tratamento ou cuidado médico contrários ao quanto disposto nas diretivas antecipadas de vontade, sob o argumento de que a vida é um bem jurídico supremo, e que interessa mais à sociedade do que ao próprio indivíduo, faz com que a autonomia perca sua razão de ser, isso porque a vontade coletiva vai pouco a pouco substituindo o direito de escolha do paciente, e, assim, o paciente passaria a ser atendido de acordo com os valores de outrem, muitas vezes estranhos aos seus.

Nenhum ser humano pode ser compelido forçosamente a qualquer ato médico sem o seu consentimento. Recusar ou aceitar tratamentos, intervenções e cuidados médicos, seja qual for sua natureza, é uma escolha pessoal do paciente, cuja vontade manifestada é legítima expressão da autonomia privada, que nada mais é do que uma projeção da dignidade humana.

O reconhecimento da autonomia privada na relação médico-paciente também confere legitimidade para a admissão das diretivas antecipadas de vontade no ordenamento jurídico pátrio. Com efeito, a partir do reconhecimento da autonomia privada na relação médico-paciente, engendrou-se um verdadeiro sistema dialético, no qual o médico não age apenas orientado por suas convicções, mas também respeitado a vontade do paciente no que concerne aos tratamentos e intervenções médicas aos quais deseja ou não se submeter. Há uma participação ativa do paciente no seu processo terapêutico, o qual tem que ser claro, conferindo ao paciente a possibilidade de obter o máximo de informações e de compreendê-las, antes de fazer sua escolha

É nesse cenário, pois, que emerge o consentimento informado, como expressão maior da autonomia privada na relação médico-paciente, segundo o qual, antes de qualquer intervenção, o médico deve esclarecer ao paciente quais são os benefícios e riscos do tratamento proposto, permitindo que o próprio paciente avalie as opções de tratamentos, e escolha, entre os diferentes tipos, qual o que melhor atende ao seu desejo, bem como pode o paciente recusar algum recomendado pelo médico.

Salienta-se que, o consentimento, contudo, para ser válido, deve ser realizado por pessoa juridicamente capaz, e com o discernimento necessário para que, munido das informações acerca dos benefícios e riscos do tratamento, possa compreender as consequências de sua decisão. Ademais, o consentimento sempre deve ser expresso, jamais presumido, seja ele atual ou antecipado. Daí reafirma-se a importância da elaboração de diretivas antecipadas de vontade, pois permitem à pessoa dispor, de forma prévia, sobre quais intervenções médicas autoriza que lhe sejam realizadas, na hipótese de encontrar-se incapaz de consentir e manifestar validamente sua vontade.

As diretivas antecipadas de vontade também encontram guarida no artigo 15, do Código Civil de 2002, que trata da recusa a tratamento médico e disciplina que ninguém, com “risco de vida”, pode ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou intervenção cirúrgica. É necessário, todavia, fazer uma leitura e interpretação mais atenta desse dispositivo legal, eis que se veda o constrangimento não apenas quando existir risco de morte, mas também quando, embora não se trate de uma situação de risco, o paciente, bem informado ou esclarecido, prefere a ela não se submeter, por razões razoáveis, que se fundem na afirmação de sua própria dignidade.

O artigo 146, §3º, inciso I, do Código Penal também carece de uma leitura atenta e deve ser interpretado em conformidade com a Constituição, pois, embora não se caracterize como crime de constrangimento ilegal à conduta do médico, que em razão de iminente perigo de morte do paciente, realiza procedimento sem o seu consentimento, isso, contudo, não serve de guarida para que o médico despreze a eventual disposição de vontade contida no testamento vital ou no mandato duradouro.

Outrossim, a publicação da Resolução nº 1995/2012, pelo Conselho Federal de Medicina, fomentou ainda mais a discussão sobre as diretivas antecipadas de vontade, na medida que trouxe a previsão do testamento vital e do mandato duradouro, enquanto documentos hábeis a assegurar a vontade do paciente em face dos tratamentos, intervenções e cuidados médicos a que possa vir ser submetido, na eventualidade de encontrar-se incapacitado para manifestar seu consentimento. Conquanto seja um diploma ético, e não legal, a Resolução em comento assume papel importante para o avanço da matéria no Brasil.

O fato de inexistir, no Brasil, norma legal específica que discipline as diretivas antecipadas de vontade, não constitui obstáculo para que se discuta a sua adequação jurídica, validade e eficácia. Restou demonstrado ao longo do trabalho, que as diretivas antecipadas de vontade encontram-se alicerçadas no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, no do direito fundamental à vida digna, na autonomia privada e na liberdade individual.

Desse modo, quanto aos requisitos para validade das diretivas antecipadas de vontade, cumpre observar se a pessoa goza do discernimento necessário para, de posse de todas as informações, realizar sua escolha, compreendendo as consequências advindas de sua decisão. Embora alguns doutrinadores defendam que apenas aqueles que possuem capacidade civil plena possam elaborar diretivas antecipadas de vontade, defende-se aqui, o entendimento de que é o discernimento e não a capacidade de fato, requisito essencial para a elaboração de diretivas antecipadas de vontade.

Abre-se, então, espaço para a possibilidade da elaboração de diretivas antecipadas de vontade por pacientes menores, eis que, é inegável a existência de menores que, mesmo incapazes legalmente, possuem o discernimento necessário para manifestar expressamente sua vontade, no sentido de consentir ou refutar tratamentos médicos, ainda que antecipadamente. A vontade do menor, contudo, deverá ser submetida à apreciação do Poder Judiciário, que irá aferir se o menor possui capacidade para compreender a natureza e, sobretudo, as consequências de sua decisão relativa ao tratamento médico preconizado. Há que se perquirir, portanto, a capacidade de decisão do paciente e não qualquer limite prefixado de idade pela lei.

O conteúdo, objeto das diretivas antecipadas de vontade, deve estar em conformidade com o ordenamento jurídico, logo, deve ser lícito e possível o seu objeto, o que faz excluir, por exemplo, a disposição sobre a realização da eutanásia. Quanto ao aspecto formal, entende-se que o testamento vital, enquanto negócio jurídico solene, deve respeitar a forma escrita, assim como o mandato duradouro, sendo, recomendável a existência de testemunhas, e o registro dos documentos no respectivo cartório competente. Por fim, para que as diretivas antecipadas de vontade sejam consideradas válidas, é imprescindível que a vontade manifestada de forma prévia pela pessoa, não venha acompanhada de vícios, coações, induções ou

pressões. A vontade manifestada nas diretivas antecipadas sempre deverá ser voluntária.

As diretivas antecipadas de vontade produzem efeitos *erga omnes*, vinculam toda a equipe médica, familiares do paciente e, inclusive, o procurador de cuidados de saúde deste, o qual apenas deverá agir em conformidade com as suas disposições de vontade. Porém, ressalta-se o direito médico à objeção de consciência, previsto no Código de Ética Médica, através do qual o médico poderá recusar-se em cumprir o quanto disposto nas diretivas antecipadas de vontade, sendo necessário motivar a sua recusa e encaminhar o paciente para os cuidados de outro médico.

No tocante ao prazo de validade das diretivas antecipadas de vontade, entende-se ser desnecessário a sua estipulação, haja vista que, tais documentos (testamento vital e mandato duradouro) podem ser revogados a qualquer momento por seu autor. Assim, não havendo a revogação da diretiva antecipada de vontade, presumir-se-á que esta continua em vigor. Tal presunção é relativa, competindo à equipe médica ou aos respectivos interessados, o ônus de demonstrar cabalmente que, por alguma razão, as instruções contidas na diretiva não devem prevalecer tal como foram firmadas.

Depreende-se, portanto, que as diretivas antecipadas de vontade encontram respaldo no ordenamento jurídico pátrio, independentemente da existência de norma legal regulamentado a matéria. Vale dizer que, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o direito fundamental à vida digna, a autonomia privada, a liberdade individual, as previsões contidas no artigo 15, do Código Civil/2002 e artigo 146, §3º, inciso I, do Código Penal, assim como a Resolução 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina, conferem mais do que validade as diretivas antecipadas de vontade, conferem, efetivamente, legitimidade no direito pátrio.

Ressalta-se, por fim, que, embora as diretivas antecipadas de vontade possuam guarida para existir no ordenamento jurídico brasileiro, cumpre insistir em uma regulamentação legal que trate sobre a matéria, o que permitiria elucidar controvérsias ainda existentes e que são suscitadas, e via de consequência, permitiria ao paciente, ao seu eventual procurador de cuidados de saúde, familiares e equipe médica, uma segurança jurídica maior para elaborar e aplicar em concreto as diretivas antecipadas de vontade. Inegavelmente, a edição de uma lei sobre a

matéria, significaria uma consagração da autonomia privada e do seu corolário básico, qual seja o direito de autodeterminação da pessoa.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cristiane Avancini. Diretivas antecipadas de vontade e Testamento vital: considerações sobre linguagem e fim da vida. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p.24-43.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. As disposições antecipadas de vontade: o chamado "testamento vital". **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte: Nova Fase, n.64, jan./jun. 2014, p. 493-517.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.103-121.

BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição 1988. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 101, v.919, mai. 2012, p. 127-195.

BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 5, n.17 e 18, jan./jun. 2010, p. 507-535.

_____. Aqui, lá e em outro lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 5, n.17 e 18, jan./jun. 2010, p.

_____. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Disponível em: http://www.luísrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf. Acesso em: 17. fev. 2014.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *In*: **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.n.40. abr./jun. 2011, p.69-104.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento 1.0701.07.191519-6/001. Primeira Câmara Cível. Relator: Alberto Vilas Boas. Julgado em: 14. ago. 2007. Disponível em: Acesso em: 11. jan. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 70032799041. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Cláudio Baldino Maciel. Julgado em: 06. mai. 2010. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 11. jan. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10.jan.2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de janeiro de 2002. Código Civil. Rio de Janeiro, 10 de jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 15.jan.2017.

BRASIL. **Decreto-lei no 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 de dez. de 1940. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 18.jan.2017.

BINENBOJM, Gustavo. Autonomia privada e direito à recusa a tratamentos médicos invasivos: o caso dos Testemunhas de Jeová. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 5, n.17 e 18, jan./jun. 2010, p. 475-481.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. **Os princípios constitucionais e sua força normativa. Análise da prática jurisprudencial**. Salvador: Juspodivm, 2008.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. *In*: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado n.277 do CJF (IV Jornada de Direito Civil)**. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>. Acesso em: 04.fev.2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM, nº1.805/2006**, 28 de novembro de 2006. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso em: 10.fev.2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM, nº 1.931/2009 - Código de Ética Médica**, 17 de setembro de 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 10.fev.2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM, nº 1.995/2012**, de 31 de agosto de 2012. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 10.fev.2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed.rev.ampl.e atual. Salvador: Jus Podvm, 2011.

CRUZ, Elisa Costa. Autonomia no processo de morrer: as diretivas antecipadas como concretização da dignidade da pessoa humana. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p. 44-59.

DADALTO, Luciana. Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p. 60-69.

_____. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**, v.17, n.3, 2009, p.523-543.

_____. Diretivas antecipadas de vontade e o Princípio da Solidariedade Familiar. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.78, jun./jul. 2013, p. 91-99.

_____. Limitação da hidratação e nutrição no fim da vida: entre a eutanásia e a ortotanásia. Disponível em: <http://www.ibijus.com/blog/29-limitacao-da-hidratacao-e-nutricao-no-fim-da-vida-entre-a-eutanasia-e-a-ortotanasia>. Acesso em: 14 de fev. de 2017.

_____. **Testamento Vital**. São Paulo: Atlas, 2015.

DANTAS, Eduardo. Diferenças entre o consentimento informado e a escolha esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil n relação médico x paciente. In: EHRHARDT JR., Marcos; BARROS, Daniel Conde. (Coords.). **Temas de Direito Civil Contemporâneo**. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 587-612.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. 2.ed.rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANZINE, Raquel de Souza. Tratamento médico em pacientes Testemunhas de Jeová: o direito de escolha e a inaplicabilidade da tese da colisão de direitos fundamentais. **Revista Prática Jurídica**. Brasília: Consulex, ano VIII, n. 91, 31.out. 2009, p. 32-35.

GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. *In*:

EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 67-90.

GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: uma necessária ruptura com o regramento da (in)capacidade jurídica. *In*. REQUIÃO, Mauricio. (Org.). **Discutindo a autonomia**. Salvador. Faculdade Baiana de Direito, 2014, p. 31-47.

GIMENES, Nilson Roberto da Silva. **A objeção de consciência às transfusões de sangue**. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10704>. Acesso em: 08 de agosto de 2013, p.1-145.

HESSE, Korand. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

JUNQUEIRA, Sebastião Alves. **Permitir escolha de tratamento é respeitar a dignidade**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-out-24/permitir-escolha-tratamento-respeitar-dignidade>. Acesso em: 31.jul.2013, p.1-3.

LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusões de sangue contra a vontade de paciente da Religião Testemunhas de Jeová: uma gravíssima violação de direitos humanos. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v.402, março/abril 2009, p.47-84.

LEME, Ana Carolina Reis Paes. **Transfusão de sangue em testemunhas de Jeová. A colisão de direitos fundamentais**. Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/6545/tranfusao-de-sangue-em-testemunhas-de-jeova>. Acesso em: 1 de agosto de 2013, p.4.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARINI, Bruno. **O Caso das Testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue: uma análise jurídico-bioética**. Jus Navegandi. Teresina, ano 10, n.661, 28 abr. 2005. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/6641> >. Acesso em: 25 de jul. 2013.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELO, Helena; NUNES, Rui. **Parecer n. P/05/APB/06 sobre directivas antecipadas de vontade. Parecer da Associação Portuguesa de Bioética**. Disponível em: http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802556471148471346directivas_medicas_parecer_05.pdf. Acesso em: 15 de jan. de 2017

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed.rev.eatual.São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: t. IV. Direitos Fundamentais**.3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MOREIRA, Mayana Sales. Testamento vital: um estudo sobre o seu conteúdo lícito no Brasil. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p.70-81.

NERY JUNIOR, Nelson. Direito de liberdade e a recusa de tratamento por motivo religioso. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Orgs.). **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2011, p. 161-223.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Relação médico-paciente e as diretivas antecipadas de vontade. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Consulex, ano XVI, n.319, 1 de nov. de 2012, p. 36-37.

NEVES, Rodrigo Santos. O direito à vida e à saúde diante da liberdade religiosa. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.82, jan./mar. 2013, p.145-159.

_____. O Testamento vital: autonomia privada x Direito à vida. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.15, n.80, out./nov. 2013, p. 9-23.

OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana. *In*: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 180-197.

RAPOSO, Vera Lúcia. **Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida**. Disponível em:

<http://rmp.smmmp.pt/wpcontent/uploads/2011/05/RevistaMPN125EstudosReflex5.pdf>.

Acesso em: 02 de nov. de 2016.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2.ed.rev.ampl.e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade médica e objeção de consciência religiosa. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.21, jan./mar. 2005, p.133.

SANTOS, Joyce Araújo dos. Princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e a ponderação de bens. **Revista do Mestrado em Direito**. Maceió: Nossa Livraria, v.1, n.1, dez. 2005, p.329-362.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. *In*: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 198- 236.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed., rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro” da bioética ao biodireito.** 3 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 127-140.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 37. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

SIQUEIRA, Maria Fernanda Santos. Consentimento informado: o direito do paciente à informação, o respeito a sua autonomia e a responsabilidade civil do médico. **Revista da ESMape.** Recife: ESMape, v.13, n.27, jan./jun. 2008, p. 377-409.

SOUZA, Cimon Hendrigo Burmann de. Eutanásia, distanásia e suicídio assistido. *In:* SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Coord.). **Biodireito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 141-183.

TARTUCE, FLÁVIO. **Manual de Direito Civil: volume único.** 6.ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2016.

TAVARES, Fernando Horta; ASSIS, Zamira de. Diretivas antecipadas de vontade, intimidade e autodeterminação no direito constitucional brasileiro. *In:* VILELA, Alexandra; MADEIRA, Dhenis Cruz; LEITE, Jorge; MEIRA, José Boanerges; COSTA, José de Faria; MOTA, Lindomar Rocha. (Orgs.). **Temas Contemporâneos de Direito.** Belo Horizonte. Arraes, 2013, p. 3-17.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *In:* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 313-339.

ZISMAN, Célia Rosenthal. Os direitos fundamentais e os direitos humanos. *In:* PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Org.). **Revista dos Tribunais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 2011p. 171-188.