



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Elisa Costa Cruz

**Dignidade na vida, na doença e para a morte: as diretivas antecipadas como  
instrumento de valorização da pessoa**

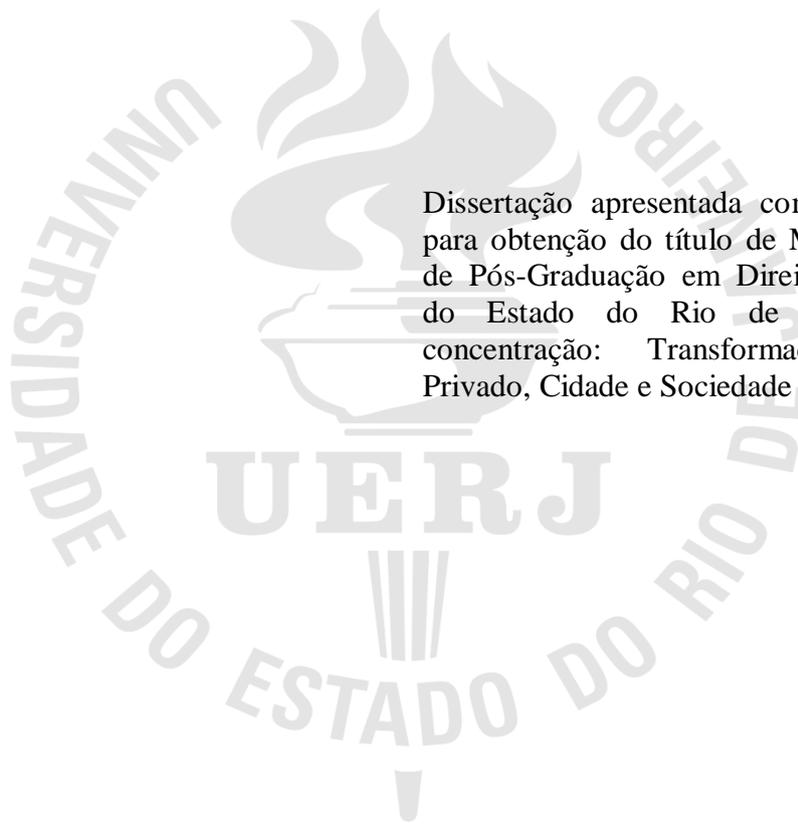
Rio de Janeiro

2012

Elisa Costa Cruz

**Dignidade na vida, na doença e para a morte: as diretivas antecipadas como instrumento de valorização da pessoa**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade



Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Maria Celina Bodin de Moraes

Rio de Janeiro

2012

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C957d Cruz, Elisa da Costa.

Dignidade na vida, na doença e para a morte: as diretivas antecipadas como instrumento de valorização da pessoa / Elisa da Costa Cruz. – 2012. 123 f.

Orientador: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Maria Celina Bodin de Moraes

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

I. Direitos fundamentais- Teses. 2. Dignidade humana. I. Moraes, Maria Celina Bodin de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.7

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Elisa Costa Cruz

**Dignidade na vida, na doença e para a morte: as diretivas antecipadas como  
instrumento de valorização da pessoa**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade

Aprovado em 30 de agosto de 2012.

Banca Examinadora:

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Maria Celina Bodin de Moraes (Orientadora)

Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Carlos Nelson Konder de Paula

Faculdade de Direito -UERJ

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Ana Luiza Maia Nevares

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2012

## **DEDICATÓRIA**

À minha avó e minha mãe, que sempre me incentivaram aos estudos.

## AGRADECIMENTOS

À Maria Celina Bodin de Moraes, que ao aceitar me orientar permitiu que eu comprovasse ser “uma verdadeira educadora”, como já me haviam assinalado.

À minha família, Maria da Glória e Manoel (avó e avô), Marcia Helena (mãe), Sérgio (padrasto), Reginaldo (pai), Regina, Marco, Marcia e Heloisa (tios), Elaine, Isis e Morgana (irmãs), Pedro e Camila (primos), por serem meu apoio nessa vida e, mesmo sem entender muito bem o porquê, me incentivaram até o fim e entenderam a minha distância.

À Alexandre, que nos últimos dois anos e seis meses sempre me incentivou e, com paciência, esteve comigo em momentos decisivos.

À Lilibeth e Martha, duas amigas preciosas que conquistei no Mestrado e que foram a minha motivação nesses últimos meses, que se revelaram os mais difíceis.

À Fábio Cesar, ex-chefe e amigo, com quem aprendi a valorizar cotidianamente o resultado dos meus estudos.

À Renata, Patricia Keller, Patricia Flach, Felipe Pedrini, Felipe Caldeira, Danovan, Bruna, Barbara, Claudia Schafer, Tarcivaldo, Fabricio, Ewerlane, Adriana, Rodrigo, Tuca, Guilherme, Henrique, Kefrine, por manterem a amizade, mesmo depois desses dois anos.

À Ana, Christiane, Alessandra, Raquel, Livia, Fernanda, Marcella, Denise, Paula Camargo, amigas que a nova profissão me permitiu conhecer.

Aos amigos que formei na Emerj, Flávio Peçanha, Renato, Claudia, Bethanya, Bruno Mattos, André e Luana, mas em especial a Renato por haver confiado em mim e me convidado para ser professora da Escola.

Aos amigos que conquistei ao longo do Mestrado, Carla Wainer, Carla Fernandes, Vitor Almeida, João Victor, Pedro, Raul, Luiza, Daniele, Renata Vilela, Thamis, Madalena, Carlos Eduardo Guerra e Helen.

Aos professores, Heloisa Helena, Guilherme Calmon, Carlos Konder, Carlos Édison, Gustavo Tepedino e Bethania Assy, pelos ensinamentos e pela dedicação.

A todos estes, nenhuma menção nesta página fará jus ao que a formalidade deste ato permite exprimir.

## RESUMO

CRUZ, Elisa Costa. **Dignidade na vida, na doença e para a morte**: as diretivas antecipadas como instrumento de valorização da pessoa. 2012. 123f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

A dignidade da pessoa humana e a autonomia privada espraiam-se pela experiência da vida, alcançando a doença e a morte. As diretivas antecipadas, gênero dos quais são espécies o testamento vital e o mandato duradouro, constituem negócio jurídico de caráter existencial que têm por objetivo assegurar a realização da dignidade da pessoa e o cumprimento dos atos de autonomia nas situações em que a pessoa estiver incapacitada para manifestar sua vontade. As diretivas representam instrumento de autodeterminação através do qual a pessoa disciplina os tratamentos médicos que aceita ou não ser submetida, autoriza doação de órgão, estipula se tem interesse em conhecer seu estado clínico e/ou nomeia terceira pessoa para tomar estas decisões em seu lugar. As três primeiras hipóteses constituem o que usualmente se qualifica como testamento vital, enquanto a última situação descrita configura o mandato duradouro. O objeto de estudo abrange a evolução das diretivas antecipadas, a disciplina existente em países que já regulamentaram o tema, a legitimação no sistema jurídico brasileiro (o que autoriza a conclusão favorável a sua utilização independentemente de lei expressa) e a sistematização deste negócio jurídico perante o ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Autonomia. Autodeterminação. Diretivas antecipadas. Testamento vital. Mandato duradouro.

## **ABSTRACT**

Human dignity and autonomy get extended through life, reaching illness and death. The advanced directives, which species are the living will and durable power of attorney, represent an existential act aimed to fulfill human dignity and to preserve one's autonomy when lacking the ability of transmitting one's desire personally (disability). The advance directives are an instrument of self-determination that may contain clauses to withheld or withdraw medical treatment, authorize organ donation, discipline the right to know one's medical condition and to indicate an attorney for health care, to whom will be delegate those decisions. The object of study covers the evolution of the advance directives, their discipline in the countries that already legislate about it, the source of legitimation in brazilian Law system (what includes a positive understanding on its usage even though without a specific law) and the guide lines of the act, such as form and legitimacy.

Key words: Human dignity. Autonomy. Self-determination. Advanced directives. Living will. Durable power of attorney.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>08</b>
<b>1</b>	<b>A FINITUDE DA VIDA E A DIGNIDADE NA HORA DA MORTE.....</b>	<b>13</b>
1.1	As escolhas sobre a forma como vivemos e como morremos.....	13
1.2	Diretivas antecipadas e suas espécies: o testamento vital e o mandato duradouro.....	25
1.3	Críticas e definições terminológicas.....	34
1.4	Uma breve síntese.....	36
<b>2</b>	<b>A LEGITIMIDADE DA DECLARAÇÃO: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A AUTONOMIA PRIVADA NAS RELAÇÕES EXISTENCIAIS.....</b>	<b>38</b>
2.1	A dignidade da pessoa humana.....	38
2.2	A autonomia privada.....	47
2.2.1	<u>A autonomia e a tutela jurídica do corpo.....</u>	<u>55</u>
2.2.2	<u>A capacidade.....</u>	<u>67</u>
2.2.3	<u>A manifestação da vontade.....</u>	<u>74</u>
2.3	Uma breve síntese.....	78
<b>3</b>	<b>UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS.....</b>	<b>79</b>
3.1	Do declarante e do representante.....	79
3.2	O conteúdo da declaração.....	84
3.2.1	<u>O testamento vital.....</u>	<u>84</u>
3.2.1.1	A aceitação e a recusa a tratamento médico.....	85
3.2.1.2	O direito a não ser informado sobre o diagnóstico.....	91
3.2.1.3	A doação de órgãos.....	96
3.2.2	<u>O conteúdo do mandato duradouro.....</u>	<u>102</u>
3.3	Forma e atualidade da declaração.....	105
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>110</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>113</b>

## INTRODUÇÃO

A relação entre o homem e a morte é marcada pela tensão entre fascínio e angústia, pela compreensão da finitude da vida e o desconhecimento do que existe após a morte.

Nas sociedades pautadas por forte sentimento religioso, a vida é compreendida como um presente divino, cujo desenvolvimento deve observar as regras ditadas pela entidade divina e por seus interlocutores na terra. Viver é, portanto, uma experiência passageira e tem utilidade na medida em que visa a aferir as virtudes humanas, as quais servirão de critério para determinar se, após a morte, as pessoas alcançarão a “paz eterna” ao lado de deus, ou se expiarão seus pecados<sup>1</sup>.

Com a ascensão do racionalismo e a valorização das ciências, gradativamente decresce o sentimento de religiosidade no meio social, pois o homem passa a ser capaz de controlar a natureza e a si mesmo. O homem converte-se em deus, não mais entendido sob o prisma metafísico, mas como o detentor do controle de seu destino.

A dessacralização do corpo faz com a vida deixe de ser apenas uma passagem para o imortal. A vida é a experiência única e última do homem e por tal razão deve ser desfrutada pelo mais longo período possível<sup>2</sup>.

A esta forma de vida contrapõe-se a morte, entendida como a desatualização e a cessação das sensações mundanas. São várias as mortes que sofremos ao longo de nossa vivência, com diferenciados graus de impacto, mas de todas elas a que mais aterroriza é a final, representativa da finitude do todo. O medo da morte impulsiona o controle de sua chegada. Buscamos uma constante melhora na saúde a partir da alimentação e da prática

---

<sup>1</sup> “A morte não se refere apenas ao envelhecimento contínuo, à transitoriedade, ao declínio inexorável de todas as forças vivas. Ela evoca também um outro mundo, aterrador, ‘aquele da confusão, do caos, do ininteligível, onde não existe mais nada nem ninguém’.

A metáfora desse abismo, espaço vazio e indiferenciado em que a vida se precipita na escuridão das sombras, no anonimato de um caos indizível e impensável, corresponde à face obscura, aterradora, da experiência social e histórica da morte, mesmo naquelas culturas, como a hindu, por exemplo, em que o morrer é interpretado como passagem para o Absoluto, constituindo a verdade redentora e o horizonte final de significação para a vida dos homens. Nas principais civilizações da antiguidade, e a despeito de suas diferenças essenciais quanto ao significado ético-religioso da morte, esta se apresenta sempre como um limiar intransponível, uma fronteira que delimita uma região de sombras definitivamente inacessível para os vivos.” (GIACCOIA JUNIOR, Oswaldo. A visão da morte ao longo do tempo. *Medicina*, Ribeirão Preto, v. 38, n. 1, p. 12, jan./mar. 2005)

<sup>2</sup> “Em suma, a vida líquida é uma vida precária, vivida em condições de incerteza constante. As preocupações mais intensas e obstinadas que assombram esse tipo de vida são os temores de ser pego tirando uma soneca, não conseguir acompanhar a rapidez os eventos, ficar para trás, deixar passar as datas de vencimento, ficar sobrecarregado de bens agora indesejáveis, perder o momento que pede mudança e mudar de rumo antes de tomar um caminho sem volta. A vida líquida é uma sucessão de reinícios, e precisamente por isso é que os finais rápidos e indolores, sem os quais reiniciar seria inimaginável, tendem a ser os momentos mais desafiadores e as dores de cabeça mais inquietantes. Entre as artes da vida líquido-moderna e as habilidades necessárias para praticá-las, livrar-se das coisas tem prioridade sobre adquiri-las.” (BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007, p. 08)

regular de exercícios físicos. Quando essas medidas tornam-se insuficientes, agregamos os procedimentos médicos e suas mais variadas terapias para prolongar a vida<sup>3</sup>.

A morte é a representação da falência pessoal e da medicina em prolongar a vida<sup>4</sup>, o que justifica o manejo de todo o aparato técnico para prorrogá-la no tempo, incluindo-se dentre essas medidas a aceitação das orientações médicas para condicionamento do corpo e melhoria da saúde.

O avanço tecnológico dos procedimentos médicos tem produzido resultado considerável: em 1998, a expectativa de vida era de 69,66 anos e passou para 72,86 em 2008<sup>5</sup>. Em 2010, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) já apontava a expectativa de vida em 73,10 ano<sup>6</sup>. Por certo, o aumento da expectativa de vida não deve ser creditado apenas ao incremento das técnicas médicas, pois outros fatores, como a melhoria das condições sanitárias da cidade, por exemplo, também influíram para a elevação. O que não pode ser negado é a forte influência do desenvolvimento tecnológico da ciência médica.

Esse avanço traz, contudo, questões éticas a serem respondidas, especialmente sobre o artificialismo da manutenção da vida e quanto aos limites na busca pela imortalidade.

De uma forma geral, nossa sociedade não admite a aceitação e o planejamento da morte, porque tais atos seriam equiparados à renúncia de si mesmo. Não se admite a possibilidade de “desistir” da vida, porque somos condicionados a cuidar do corpo e a buscar o seu aperfeiçoamento.

Essa moral coletiva, contudo, não é necessariamente compartilhada por cada uma das pessoas como forma de conduzirem suas vidas. Os motivos dessa discordância são variados e reportam-se a interesses pessoais, mas cada um tem a possibilidade de reger-se de acordo com

---

<sup>3</sup> “Cada exercício de boa forma, por mais espetacular e gratificante que seja, é envenenado por um gosto amargo de uma condição prenunciada de estar fora de forma. Estar fora de forma pressagia a perda de oportunidades de prazer vaticinado. A busca de um corpo ‘realmente em forma’ é atormentada por uma ansiedade que talvez nunca seja dissipada. A aptidão do corpo para a sensação e o êxtase vividos está condenada a permanecer sempre aquém do ideal ilusório – daí o fato de que nenhuma quantidade de cuidado ou treino do corpo, em qualquer momento, é capaz de pôr fim à tormentosa suspeita do mau funcionamento.” (BAUMAN, Zygmunt. *Vida em fragmentos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2011, p. 159)

<sup>4</sup> “Nós médicos somos educados para valorizar e defender a vida. Sempre nos ensinaram que a morte é a nossa principal inimiga, contra a qual devemos envidar todos os nossos esforços. Esse raciocínio reducionista, porém real; equivocado, porém difundido, é fonte de incontáveis prejuízos para as pessoas. A morte não é a falência da Medicina ou dos médicos. Ela é apenas uma parte do ciclo da vida. É a vida que se completa.” (BRASIL. Ministério da Saúde. *A declaração de óbito: documento necessário e importante*. 3.ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2009, p. 05)

<sup>5</sup> Dados do IBGE, disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=1507&id\\_pagina=1](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1507&id_pagina=1)>. Acesso em: 21 ago. 2011.

<sup>6</sup> Dados do IBGE disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsoais2010/SIS\\_2010.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsoais2010/SIS_2010.pdf)>. Acesso em: 21 ago. 2011.

o seu próprio regulamento, desde que os interesses em jogo sejam considerados lícitos pelo ordenamento jurídico.

Essa liberdade de atuação é protegida pela Constituição da República, que, por sua vez, não se contenta em proteger apenas uma concepção de liberdade, mas busca tutelar todas as ações individuais que estejam de acordo com a orientação constitucional, pois nisto consiste a dignidade da pessoa humana, valor e princípio do ordenamento pátrio. Ressalvada a interferência prejudicial na esfera jurídica de terceiros, a pessoa pode desenvolver-se plenamente e neste percurso fazer as escolhas de vida que lhe aprouver. Ao Estado Democrático de Direito cabe assegurar-lhe o exercício desta liberdade e promovê-la.

Nossa proposta parte da noção de dignidade da pessoa humana para analisar o direito à autodeterminação corporal e à livre consciência, objetivando-se discutir a antecipação da manifestação de vontade da pessoa acerca dos tratamentos médicos que reputa aceitáveis ser submetida em situações de incapacidade. O objeto de estudo é a decisão da pessoa em relação a si mesma, o que afasta as discussões acerca do consentimento de terceiro – ou autorização por representação – que envolveria a representação legal.

Dois institutos se prestam a esta finalidade: o mandato duradouro (*power of attorney*), através do qual se delega a terceiro as decisões acerca dos tratamentos médicos; e, o testamento vital, no qual o próprio paciente determina em que condições e a que procedimentos aceita ser submetida. Cuida-se de espécies do gênero diretivas antecipadas de vontade.

Nenhuma destas categorias conta com previsão expressa em nosso ordenamento. A falta de previsão legal torna questionável sua aceitação, o que é reforçado por uma leitura inicial do artigo 13 do Código Civil, segundo o qual “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.

Para avaliar a aceitabilidade das diretivas antecipadas, o presente trabalho está estruturado em três partes, que corresponderiam a três perguntas: o quê? Por quê? Como? Cada um dos capítulos pretende responder a um destes questionamentos.

No primeiro capítulo trataremos do surgimento, da evolução e do conteúdo mínimo das diretivas antecipadas em suas duas espécies. A intenção é situar o leitor no tema, apresentando o surgimento da discussão e o estado atual das diretivas em legislações selecionadas.

Busca-se identificar as características básicas das diretivas no que tange a conteúdo, forma, formalidades e eficácia e, ao final, discutir a adequação da terminologia correntemente empregada em doutrina.

O segundo capítulo será destinado à análise da compatibilidade das diretivas ao ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, será feita uma abordagem sobre a dignidade da pessoa humana e a autonomia das relações existenciais, distinguindo-a de sua vertente patrimonial.

A condução desta discussão perpassa pelo valor liberdade e suas múltiplas manifestações no Direito Civil, que vão além da mera função de assegurar a não interferência na esfera privada da pessoa, para um aspecto positivo, no sentido da promoção de sua dignidade.

Esta parte do trabalho está construída a partir de oposições de conceitos: a análise da justificação inicia-se pela dignidade da pessoa humana, que, em razão da aproximação com a teoria dos direitos fundamentais, será oposta à discussão acerca da renúncia de posições jurídicas fundamentais.

Além da dignidade, faz-se necessário aprofundar o debate sobre autonomia privada e seus limites, que, por sua vez, conduz ao debate acerca da admissibilidade do paternalismo jurídico. A análise da autonomia privada deve levar em conta sua evolução e a sua ressignificação a partir da ascensão da pessoa como valor essencial do ordenamento, tendo o mesmo ocorrido com a liberdade.

Uma discussão relevante nesta parte do trabalho e que guiará o final deste capítulo e o seguinte será a adequação da autonomia privada às situações subjetivas existenciais. Moldada para a tutela do patrimônio, há que avaliar a possibilidade de a autonomia privada reger as situações existenciais, inclusive através da categoria jurídica que constitui a sua concretização, o negócio jurídico.

A compreensão do que seja a autonomia privada na atualidade permitirá verificar se existe um direito à autodeterminação e em que medida esse interesse é merecedor de tutela, ou se cabe ao Estado antecipar-se a pessoa para coibir comportamentos supostamente contrários e lesivos à sua condição.

A opção por contrapor a dignidade à renúncia de direitos fundamentais e a autonomia ao paternalismo não significa que uma exclusão de um confronto diverso, mesmo porque, considerando que os direitos pessoais de forma direta ou indireta reportam-se à dignidade da pessoa humana, uma ação paternalista ilegítima configura afronta àquele valor. Escolheu-se

essa forma de debater as questões por ser didática e permitir a correlação de um tema ao outro para os fins desta dissertação.

Ao terceiro capítulo reserva-se a estruturação das diretivas, partindo-se da premissa de sua aceitação, de modo a suprir a inefetividade do instituto pela falta de legislação específica.

A análise terá como guia a teoria tradicional do negócio jurídico, abordando-se: a) as condições do declarante e do representante nas diretivas antecipadas; b) o objeto do testamento vital; c) forma e atualidade da declaração.

Espera-se que, ao final do texto, fique clara a importância das diretivas antecipadas como elemento de realização da pessoa humana na vida e na morte.

## 1 A FINITUDE DA VIDA E A DIGNIDADE NA HORA DA MORTE

### 1.1 As escolhas sobre a forma como vivemos e como morremos

Uma das maiores conquistas da modernidade<sup>7</sup> foi o reconhecimento do homem como ser autônomo, racional e independente, capaz de determinar o próprio destino.

Curiosamente, o início de nossa existência independe de nós mesmos, na medida em que somos fruto de um projeto parental. Mesmo durante a infância e adolescência inexistiu o exercício pleno de nossa independência e autonomia, senão o reconhecimento de nosso valor intrínseco, eis que juridicamente estamos sujeitos à autoridade parental; de forma progressiva conquistamos individualidade própria e podemos influir nas decisões que recaem sobre nós mesmos.

Ao ser alcançada a maioridade civil, adquirimos o controle de nossas vidas e o Direito passa a permitir a prática de atos de gestão, patrimonial ou existencial, observadas as restrições legais, assim como as limitações intrínsecas ao ato ou finalidade pretendida.

Mas será que, de fato, o exercício dessa liberdade é tão amplo a ponto de permitir a interferência sobre a própria vida? O direito à vida constitui o primeiro a ser atribuído a qualquer pessoa e é protegido pela Constituição da República de 1988 em seu artigo 5º, *caput*, bem como em documentos internacionais, dentre eles, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, e na legislação infraconstitucional. Em verdade, a tutela da vida vai além do formalismo que a expressão enuncia para abranger a proteção a uma vida digna, qualidade essa que não apresenta um conteúdo jurídico pré-definido.

Paralelamente à tutela da vida, a Constituição assegura no inciso III do artigo 1º a dignidade da pessoa humana, princípio que determina a impossibilidade de desvirtuar a qualidade intrínseca da pessoa para convertê-la em objeto. Em uma proposição rudimentar, é possível afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana impediria o tratamento da pessoa como bem alienável, eis que representaria um atentado ao valor que é inerente à pessoa.

---

<sup>7</sup> “O que é modernidade? Como uma primeira aproximação, digamos simplesmente o seguinte: ‘modernidade’ refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que posteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência. Isto associa a modernidade a um período de tempo e a uma localização geográfica inicial, mas por enquanto deixa suas características principais guardadas em segurança numa caixa preta.” (GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002, p. 11)

A consagração da tutela constitucional de uma vida digna conduz, ao menos em uma primeira leitura, ao entendimento de que a vida seria sagrada e, portanto, não seria possível admitir em nosso ordenamento qualquer ato tendente a extingui-la ou mesmo a atingi-la de forma prejudicial e definitiva que a tornasse mais breve.

Conquanto válida, essa conclusão pode igualmente ser considerada simplista, na medida em que desconsidera outros princípios constitucionais que compõem o regime jurídico no qual a pessoa está inserida, como, por exemplo, a liberdade, entendida esta como capacidade de autodeterminação, como possibilidade atribuída à pessoa de eleger suas escolhas de vida. Contudo, a liberdade constitui elemento (ou subprincípio) ético da dignidade<sup>8</sup>, de tal forma que a eliminação daquela significará a restrição à dignidade, em um resultado que não é autorizado pelo ordenamento.

A partir da constatação de que a dignidade, individualmente considerada, não oferece uma solução para o conflito existente entre a liberdade e a manutenção da integridade psicofísica e da vida, surge a necessidade de agregar questionamentos éticos e jurídicos acerca do significado e limites do exercício da liberdade de uma pessoa sobre si mesma.

A discussão sobre as diretivas antecipadas insere-se neste contexto, na medida em que representam um conjunto de instrumentos jurídicos colocados à disposição da pessoa que regulamentam o exercício do direito à autodeterminação corporal e informativa na seara médica. Através das diretivas, a pessoa, no exercício de sua autonomia, autoriza ou não a realização de procedimentos médicos em caso de incapacidade futura, isto é, quando a sua vontade não puder ser exprimida, ou, ainda, indica terceira pessoa para exercer essa opção.

Luciana Dadalto define diretivas antecipadas como um gênero, “do qual é espécie o testamento vital, documento pelo qual uma pessoa capaz pode deixar registrado a quais tratamentos e não tratamentos deseja ser submetida caso seja portadora de uma doença terminal e o mandato duradouro”<sup>9</sup>.

Um conceito próximo é apresentado por Diaulas Costa Ribeiro, para quem as diretivas antecipadas ou testamentos vitais “são instrumentos de manifestação de vontade com a indicação negativa ou positiva de tratamentos e assistência médica a serem ou não realizados em determinadas situações”<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 184.

<sup>9</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 02.

<sup>10</sup> RIBEIRO, Diaulas Costa. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. Congresso Brasileiro de Direito de Família, V, 2005, Belo horizonte. *Anais...* São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 277.

Enquanto no Brasil a temática apenas se insinua, outros países já contam com um aprofundamento da discussão, como é o caso dos Estados Unidos da América, onde, em 1969, Luis Kutner publicou o artigo *Due process of euthanasia: the living will, a proposal* no volume 44 da revista *Indiana Law Journal*<sup>11</sup>, em que apresenta o testamento vital como uma alternativa jurídica através da qual a pessoa poderia escolher a que tratamentos médicos aceitaria submeter-se em caso de futura incapacidade, decorrente de evolução de uma patologia ou em razão de acidente, de forma a preservar sua vontade e, simultaneamente, isentar de responsabilidade criminal os médicos e parentes que apoiassem a decisão, cumprindo-a.

Kutner iniciou o trabalho analisando a legislação americana acerca da eutanásia, em especial a criminalização de todo e qualquer tipo de auxílio à morte em favor de portadores de doenças incuráveis e que sofrem de graves sofrimentos psicofísicos decorrentes da doença, fato que contrastaria com uma certa permissividade (ou compreensão) por parte das cortes judiciais que, em vários casos, absolveram os partícipes da prática de homicídio. O autor chega à conclusão de que não há perfeita identificação entre o crime de homicídio realizado por razões humanitárias e aquele que é praticado pelos motivos que conduziram à tipificação da conduta, razão pela qual a lei deveria mitigar as sanções previstas nas hipóteses em que o crime houvesse sido cometido com a finalidade de minimizar o sofrimento de um paciente terminal<sup>12</sup>.

A partir dessa conclusão, o autor aponta uma contradição: embora a lei não reconheça o direito do paciente, ou de um auxiliar seu, de abreviar a vida daquele que sofre sobremaneira em razão de uma doença, o mesmo ordenamento reconhece o direito do

---

11 KUTNER, Luis. *Due process of euthanasia: the living will, a proposal*. *Indiana Law Journal*, v. 44, n. 4, article 2, p. 539-554. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol44/iss4/2/>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

12 “*This survey indicates that the law effecting euthanasia in practice differs from its conceptual basis in that, in practice, the judicial process treats a mercy killer differently from a murderer with malice. The criminal code is in need of adaptation to account for this situation. The suggested approach is to adopt the standard of motive as indicated by the codes of other legal systems. The punishment for an accused who killed at the request of the victim, where the victim was suffering from an incurable disease and was in great pain, would be milder than in other incidents of homicide. A somewhat harsher, but still mild punishment, would be inflicted upon the accused who killed where the victim did not request to be killed or was incapable of giving his rational consent, but was suffering from an apparent physical or mental affliction and there was no element of malice or personal gain. Such an approach would accord with notions of due process. It is submitted that to subject the accused to life imprisonment or execution would constitute excessively cruel and inhumane punishment in contravention to the eighth amendment of the Constitution.*” (Ibid., p. 549)

A tradução do trecho correspondente é a seguinte: “O estudo demonstra que o efeito da lei sobre eutanásia, na prática, difere da base conceitual daquela, na medida em que, na prática, o processo judicial trata um assassino misericordioso como um matador com dolo. O Código Penal precisa ser adaptado para essa situação. A solução sugerida consiste em considerar a motivação assim como o fazem os códigos de outros sistemas legais. A punição para o acusado que matou a pedido da vítima, em que esta estava sofrendo de uma doença incurável e dolorosa, deveria ser menor do que em outras hipóteses de homicídio. Um pouco mais grave, mas ainda assim atenuada punição, deveria ser infligida ao acusado que matou uma pessoa que não manifestou sua vontade ou que estava incapacitada para manifestá-la, mas que estava sofrendo de uma patologia física ou mental e não se verificasse dolo ou proveito próprio. Esta solução estaria de acordo com a noção de razoabilidade. Alega-se que submeter o acusado à prisão perpétua ou execução constituiria punição excessivamente cruel e desumana em violação à oitava emenda da Constituição.”

paciente capaz de recusar tratamento médico, ainda que em situação extrema, sem que isso represente um ilícito, eis que tal ato estaria inserido no direito à privacidade da pessoa, e cuja observância seria obrigação do médico<sup>13 14</sup>. Conquanto essa recusa não apresente maiores dificuldades quando a pessoa estiver consciente e for capaz para os atos da vida civil, ainda faltaria resolver a eficácia de sua vontade quando sobreviesse uma situação de incapacidade, ou mesmo quando não houvesse qualquer declaração de vontade. Para essas duas últimas situações Luis Kutner propôs a criação de um documento, o qual denominou de *living will*, através do qual a pessoa<sup>15</sup>

<sup>13</sup> KUTNER, Luis. Due process of euthanasia: the living will, a proposal. *Indiana Law Journal*, v. 44, n. 4, article 2, p. 550. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol44/iss4/2/>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

<sup>14</sup> Essa contradição revela uma importante distinção entre os conceitos de ortotanásia e eutanásia, que servirão para melhor delimitar o âmbito de estudo.

Rodrigo Siqueira-Batista e Fermin Roland Schramm apontam que a palavra eutanásia contém uma multiplicidade de significados, o que pode ser explicado pelo desvirtuamento de seu conceito original: eutanásia vem do grego *euthanasía*, que em sua origem etimológica significaria “boa morte”, mas foi a associação do termo à política nazista de eliminação de grupos sociais tidos como de categorias inferiores (como aos judeus, ciganos, portadores de deficiência física etc.) que conferiu a pecha negativa à expressão. Contemporaneamente, pode-se “estabelecer que a eutanásia seria melhor entendida como o emprego ou abstenção de procedimento que permitem apressar ou provocar o óbito de um doente incurável, a fim de livrá-lo dos extremos sofrimentos que o assaltam” SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Conversações sobre a “boa morte”: o debate bioético acerca da eutanásia. *Cadernos de saúde pública*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 113, jan./fev., 2005).

Dois elementos são centrais para a caracterização da eutanásia: em primeiro lugar, que a pessoa padeça de uma doença incurável que lhe cause intenso sofrimento e, em segundo lugar, que o curso causal dessa doença seja interrompido e a morte seja antecipada. Isso explica o porque usualmente a eutanásia é classificada como um homicídio piedoso.

A partir do conceito de eutanásia, podemos classificá-la em duas categorias, sendo a primeira referente ao ato em si e a segunda quanto à participação da pessoa. Em relação à primeira categoria, a eutanásia pode ser classificada em ativa, decorrente, de um ato comissivo, passiva, praticada por omissão, ou de duplo efeito, quando a morte ocorre como consequência de ações médicas que inicialmente objetivavam o conforto do paciente. Acreditamos que a última hipótese – eutanásia de duplo efeito – não poderia ser classificada como eutanásia, pois esta pressupõe a vontade de abreviar a morte da pessoa e aliviar o sofrimento. Na eutanásia de duplo efeito, o objetivo principal é o alívio e o conforto da pessoa, não o seu óbito, e, estando no curso causal da doença, não se adequaria ao conceito contemporâneo de eutanásia pela falta da finalidade (fizéssemos um paralelo com o Direito Penal, a eutanásia seria classificada como um crime de dolo direto, ao qual as espécies ativa e passiva se amoldam; contudo, a eutanásia de duplo efeito sequer conta com dolo de morte, e o resultado é apenas possível, mas não desejado, de modo que não sua identificação com a eutanásia estaria incorreta).

A classificação da eutanásia quanto à participação da pessoa a subdivide em três espécies: voluntária, na qual o ato é praticado a pedido da pessoa; involuntária, se praticada contra a vontade da pessoa; e, não voluntária, quando sequer é conhecida a vontade da pessoa<sup>14</sup>.

Conceito correlato é o de ortotanásia, que pode ser definido como a morte que ocorre em seu devido tempo, sem prolongamentos extraordinários e desproporcionais. A ortotanásia não se opõe propriamente à eutanásia, mas sim à distanásia, que se refere ao prolongamento da vida mediante a utilização de todo o aparato médico-científico disponível, sendo irrelevante o seu impacto sobre a pessoa (BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. [S.l.: s.n., 20—]. Disponível em:

<[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a\\_morte\\_como\\_ela\\_e\\_dignidade\\_e\\_autonomia\\_no\\_final\\_da\\_vida.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf)>. Acesso em: 12 abr. 2012).

A prática de eutanásia não voluntária ou involuntária, passiva ou ativa, constitui crime no Brasil, ainda que se pretenda tratar-se de crime privilegiado em razão do motivo, mas crime ainda assim porque importa na antecipação da morte. A eutanásia voluntária ativa não constitui crime simplesmente porque não há punição legal para a autolesão, mas a participação de terceiro nessa empreitada configura o crime previsto no artigo 122 do Código Penal. Mas a eutanásia voluntária passiva apresenta uma aproximação conceitual com a ortotanásia que torna difícil determinar se há propriamente uma diferença entre os institutos.

De qualquer forma, há que registrar que as diretivas antecipadas estão vinculadas com a prática de ortotanásia, na medida em que este instituto traduz o direito de recusa à tratamento médico e que configura o núcleo central das diretivas antecipadas.

<sup>15</sup> KUTNER, Luis. Due process of euthanasia: the living will, a proposal. *Indiana Law Journal*, v. 44, n. 4, article 2, p. 551. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol44/iss4/2/>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

A tradução do trecho correspondente é a seguinte: “(...) enquanto em total controle de suas faculdades e capacidade de exprimir a si mesmo, indica em que medida ela iria consentir para o tratamento. O documento indicando este consentimento poderia ser referido como “*living will*”, “declaração de determinação sobre o término da vida”, “testamento que autoriza a

(...) while fully in control of his faculties and his ability to express himself, indicate to what extent he would consent to treatment. The document indicating such consent may be referred to as “living will”, a “declaration determining the termination of life”, “testament permitting death”, “declaration for bodily autonomy”, “declaration for ending treatment”, “body trust”, or other similar reference.

The document would provide that if the individual’s bodily state becomes completely vegetative and it is certain that he cannot regain this mental and physical capacities, medical treatment shall cease.

Além desta finalidade, as diretivas antecipadas também poderiam ser utilizadas para delimitar as espécies de tratamento a que a pessoa aceita ser submetida e de determinar a sua liberação clínica caso não lhe fosse disponibilizado qualquer tratamento ou aquele permitido não estivesse produzindo efeito<sup>16</sup>, mas em nenhuma hipótese poderiam ter o objetivo de direcionar o médico e o tratamento com vistas a terminar com a sua vida<sup>17</sup>.

De modo a assegurar a eficácia deste negócio jurídico, Kutner propõe que seja reconhecida a natureza jurídica de *trust*<sup>18</sup> ao documento, sendo o corpo do paciente a *res*, o paciente, o beneficiário e garantidor, e o médico e hospital como os *trustees*<sup>19</sup>.

The doctor is given authority to act as the trustee of the patient's body by virtue of the patient's consent to treatment. He is obligated to exercise due care and is subject to liability for negligence. The patient is free at any time to revoke the trust. From another perspective, the patient in giving consent to treatment is limiting the authority the doctor and other medical persons may exercise over his body. The patient has the ultimate right to decide what is to be done with him and may not irrevocably confer authority on somebody else. The patient may not be compelled to undergo treatment contrary to his *will*. He should not be compelled to take certain drugs, receive inoculations or therapy or undergo surgery without his express assent. At any point he may stop treatment or he may change physicians.<sup>20</sup>

---

morte”, “declaração de autonomia corporal”, “declaração para término de tratamento”, “*body trust*”, ou outra referência similar.

O documento indicaria que se o corpo se encontrar em completo estado vegetativo e que sendo certo que não é possível recobrar as capacidades físicas e mentais, o tratamento médico deve ser cessado.”

<sup>16</sup> Ibid., p. 553.

<sup>17</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>18</sup> “O *trust* é uma figura jurídica que vem da *common law*, fruto da técnica da segregação patrimonial, por meio do qual é possível separar bens do patrimônio do sujeito, cuja propriedade será transferida fiduciariamente para outra pessoa em benefício de um terceiro. Aquele que transmite a propriedade sobre os seus bens é denominado de *settlor* ou instituidor, bens estes que passam a serem administrados pelo *trustee*, em favor de um beneficiário, denominado *cestui que trust*. Cumpre destacar que a figura do *settlor* desaparece após a instituição do *trust*, salvo se lhe for assegurado poderes para sua revogação.” (AZEVEDO, Lilibeth; CRUZ, Elisa Costa. Planejamento sucessório. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, p. 557, v. III)

<sup>19</sup> A adaptação da figura do *trust* ao direito brasileiro neste tema apresenta dois problemas: o primeiro, relativo às múltiplas possibilidades que o *trust* é admitido na *common law*, nenhuma delas com equivalente no sistema da *civil law* adotado por nós; e, o segundo, decorrente da dificuldade de adaptação de um instituto que é essencialmente patrimonial para a tutela de uma situação existencial. Sobre a forma das diretivas antecipadas, remetemos o leitor ao terceiro capítulo deste trabalho.

<sup>20</sup> KUTNER, Luis. Due process of euthanasia: the living will, a proposal. *Indiana Law Journal*, v. 44, n. 4, article 2, p. 553. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol44/iss4/2/>>. Acesso em: 10.04.2012.

A tradução do trecho correspondente é a seguinte: Ao médico é dada autoridade para agir como o administrador do corpo do paciente em razão do consentimento ofertado. Ele é obrigado a exercer o cuidado e está sujeito à responsabilidade em caso de negligência. O paciente é livre para revogar o documento a qualquer momento. De outra perspectiva, ao consentir ao tratamento, o paciente está limitando a autoridade do médico e eventuais assistentes sobre o seu corpo. O paciente tem o

O trabalho de Kutner foi considerado pioneiro e serviu de modelo para as discussões e projetos legislativos que se seguiram.

Em 1976, o Estado da Califórnia aprovou o *Natural Death Act*<sup>21</sup>, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1977, através do qual uma pessoa maior, no gozo de sua capacidade e em estado terminal, poderia redigir um documento que dispusesse sobre a efetivação ou não de tratamentos médicos de suporte de vida<sup>22</sup>.

Uma legislação federal sobre testamento vital iria surgir em 1990 nos Estados Unidos com a aprovação do *Patient Self-Determination Act (PSDA)*<sup>23</sup>, que assegura aos pacientes o direito a obter informações sobre sua condição de saúde e tratamentos disponíveis e a recusar submeter-se a eles<sup>24</sup>. As diretivas antecipadas são descritas, em síntese, como instruções escritas sobre que tratamento médico deve ser dispensado ao paciente nos casos de sua incapacidade.

A Holanda aprovou em 1995 o *Act of Medical Treatment Agreement* através do qual a pessoa pode dispensar tratamento médico para prolongar a vida, salvo o uso de medicamentos destinados a aliviar a dor, a fim de que a morte seja transformada em um evento natural<sup>25</sup>. O mesmo documento autoriza a cláusula *DNR – Do Not Resuscitate*, isto é, que a pessoa proíba o médico de adotar procedimentos de ressuscitação.

Em 2000, a Catalunha editou a Lei n. 21 sobre as diretrizes antecipadas<sup>26</sup>, seguindo-se a ela a Espanha, através da Lei n. 41, de 14 de novembro de 2002<sup>27</sup>. Sob a justificativa de

---

direito irrevogável de decidir o que deve ser feito com ele e não pode delegar de forma irrevogável essa autoridade a outra pessoa. O paciente não pode ser compelido a realizar tratamento contrário a sua vontade. Ele não pode ser compelida a tomar determinados medicamentos, receber inoculações ou terapia ou ser submetido a cirurgia sem seu expreso assentimento. A qualquer momento ele pode parar o tratamento ou trocar a equipe médica.

<sup>21</sup> Sumário disponível em: <<http://www.omgnet.com/Site/Forms/workcomp/cadeathact.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2012.

<sup>22</sup> Para uma exposição sobre o impacto da aprovação da lei e as discussões ocorridas, recomenda-se a leitura do texto disponível em <<http://jme.bmj.com/content/4/2/96.full.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2012.

<sup>23</sup> O texto legislativo foi promulgado através de emenda ao *Omnibus Budget Reconciliation Act of 1990*. O texto completo do documento está disponível em <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/C?c101:./temp/~c1010jTD2i>>. Acesso em: 05 mai. 2012.

<sup>24</sup> Para uma relação das leis dos Estados americanos sobre as diretivas antecipadas, sugerimos a leitura do artigo *Living wills and durable Power of attorney: advance directive legislation and issues*, de Pat Milmo McCarrick, publicado em Scope Note 2, National Reference for Bioethics Literature, KENNEDY Institute of Ethics, Georgetown University, Washington DC, 1991.

<sup>25</sup> O Ato promoveu a alteração do Código Civil holandês para prever essa possibilidade. Informações sobre a lei estão disponíveis em: <<http://www.nvve.nl/nvve-english/pagina.asp?pagkey=72180>>. Acesso em: 09 abr. 2012.

<sup>26</sup> CATALUNHA. Lei n. 41, de 29 de dezembro de 2000. Dispõe sobre os direitos de informação acerca da saúde e autonomia do paciente e documentação clínica. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, n. 3303, 11.01.2001, p. 464 ss. *Correcció d'errades Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, n. 3353, 22.03.2001, p. 4211.

concretizar a dignidade da pessoa humana, a lei espanhola permite que uma pessoa capaz possa manifestar antecipadamente a sua vontade a fim de decidir acerca dos tratamentos médicos a que aceita submeter-se quando se tornar incapaz para consentir, bem como para dispor sobre o destino de seu corpo e órgãos após a morte e designar terceira pessoa a quem competirá tomar as providências necessárias para cumprir as vontades do paciente<sup>28</sup>.

Desde 2007 o Reino Unido conta com o *Mental Capacity Act 2005*<sup>29</sup>, lei que disciplina o uso das diretivas antecipadas para recusar tratamento médicos. O documento autoriza que a pessoa nomeie um terceiro para que decida sobre questões médicas, contudo, esta transferência não é incluída dentro das diretivas avançadas, mas em instituto jurídico diferenciado e denominado *lasting powers of attorney* (poder duradouro de representação).

As diretivas antecipadas foram objeto de debate político na Itália, tendo sido rechaçadas por ocasião da aprovação de lei (2011) que desautorizou a autodeterminação em matéria de saúde, a qual havia sido, anteriormente, reconhecida pela sentença n. 408/2008 da Corte Constitucional<sup>30</sup>.

Em Portugal, o Congresso fora instado a manifestar-se sobre as diretivas antecipadas, mas os projetos de lei apresentados, que regulamentariam o assunto, foram arquivados por haverem superado o prazo de tramitação<sup>31</sup>. Recentemente, em 16 de julho de 2012, foi

---

<sup>27</sup> ESPANHA. Lei n. 41, de 14 de novembro de 2002. Lei básica reguladora da autonomia do paciente e dos direitos e obrigações em matéria de informação e documentação clínica. *Boletín Oficial del Estado*, n. 274, 15.11.2002, p. 40126-40132.

<sup>28</sup> O trecho em língua estrangeira é: “*Artículo 11. Instrucciones previas.*

1. *Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.*”

A tradução do trecho correspondente é a seguinte: “Artigo 11. Das instruções prévias:

1. Pelo documento denominado instruções prévia, uma pessoa maior de idade, capaz e livre, manifesta antecipadamente sua vontade, a fim de que esta se cumpra quando estiver em situações nas quais não seja capaz de expressá-la pessoalmente, acerca dos cuidados e tratamentos de sua saúde, estando em estado terminal, sobre o destino de seu corpo e órgãos. O outorgante do documento pode designar, ainda, um representante para que, naquela condição, atue como intermediário com a equipe médica a fim de dar cumprimento às instruções prévias.”

<sup>29</sup> REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE. *Mental Capacity Act 2005*. Royal Assent 7 Apr. 2005, [s.n.].

<sup>30</sup> Informação disponível em <http://rassegna.governo.it/testo.asp?d=63878026>. Acesso em: 10 abr. 2012.

<sup>31</sup> Os projetos de lei e respectiva tramitação podem ser encontrados nos sítios:

<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=34574>,

<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=35677>,

<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=35676>,

<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=35641> e

<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=35640>. Acesso em 10.04.2012.

publicada a Lei n. 25/2012<sup>32</sup>, que regula o testamento vital e a procuração de cuidados de saúde, espécies de diretivas antecipadas<sup>33</sup>.

Na América Latina, cita-se o Uruguai, que, desde abril de 2009, conta com a Lei n. 18.473<sup>34</sup>, que autoriza a pessoa capaz a opor-se a tratamentos ou procedimentos médicos – salvo se houver risco à saúde de terceiros –, que prolonguem sua vida sem qualidade nas situações em que for portadora de doença terminal, incurável e irreversível<sup>35</sup>.

O histórico evidencia uma certa similaridade entre os textos legislativos, ao preverem que as diretivas antecipadas tenham como núcleo central a recusa à submissão a tratamento médico, assim como condicionam sua eficácia a um diagnóstico de terminalidade.

Em relação ao primeiro ponto, há que destacar que não há nenhum impedimento a que as diretivas antecipadas sejam utilizadas para reafirmar uma perspectiva de vida na qual a sua preservação deva ser constantemente buscada, mesmo quando esta obstinação estiver

---

<sup>32</sup> PORTUGAL. Lei n. 25, de 16 de julho de 2012. Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV). Diário da República, 1. série, n. 136.

<sup>33</sup> O trecho original é: “Artigo 2º, alínea 1, da lei: “As diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, são o documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente.”; e, O trecho original é: “Artigo 11. (...):  
1 - Qualquer pessoa pode nomear um procurador de cuidados de saúde, atribuindo -lhe poderes representativos para decidir sobre os cuidados de saúde a receber, ou a não receber, pelo outorgante, quando este se encontre incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente.”

<sup>34</sup> URUGUAI. Lei n. 18.473, de 3 de abril de 2009. Vontade antecipada. Diário Oficial, Poder Legislativo, Montevideu, 21 abr. 2009, n. 27714.

<sup>35</sup> O trecho em língua estrangeira é: “*Artículo 1º.- Toda persona mayor de edad y psíquicamente apta, en forma voluntaria, consciente y libre, tiene derecho a oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos salvo que con ello afecte o pueda afectar la salud de terceros. Del mismo modo, tiene derecho de expresar anticipadamente su voluntad en el sentido de oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma, si se encontrare enferma de una patología terminal, incurable e irreversible. Tal manifestación de voluntad, tendrá plena eficacia aun cuando la persona se encuentre luego en estado de incapacidad legal o natural. No se entenderá que la manifestación anticipada de voluntad, implica una oposición a recibir los cuidados paliativos que correspondieren. De igual forma podrá manifestar su voluntad anticipada en contrario a lo establecido en el inciso segundo de este artículo, con lo que no será de aplicación en estos casos lo dispuesto en el artículo 7º de la presente ley.*”  
A tradução do trecho correspondente é a seguinte: “Artigo 1º. Toda pessoa maior de idade e psiquicamente apta, de forma voluntária consciente e livre, tem direito a opor-se a realização de tratamentos e procedimentos médicos, salvo quando houver a possibilidade de afetar a saúde de terceiros. Da mesma forma, tem direito de expressar antecipadamente sua vontade no sentido de opor-se a uma futura aplicação de tratamentos e procedimentos médicos que prolonguem sua vida em detrimento da manutenção de sua qualidade, se for portadora de doença terminal, incurável e irreversível. Esta manifestação de vontade terá plena eficácia ainda que a pessoa se encontre em estado de incapacidade legal ou natural. Não se compreenderá que a manifestação antecipada da vontade implica em uma oposição a receber os respectivos cuidados paliativos. De igual forma, poderá manifestar sua vontade antecipada opondo-se ao estabelecido no inciso segundo deste artigo, de modo que não lhe será aplicado o disposto no art. 7º da presente lei.”

contraposta à qualidade de vida<sup>36</sup>. Se é fato que as diretivas antecipadas guardam estreita relação com a dignidade, torna-se importante que seja considerada a perspectiva individual, de modo que a pessoa possa utilizá-las para impor que todas as possibilidades médicas sejam adotadas no cuidado da saúde e que a vida seja prolongada ao máximo.

Parece importante esclarecer que as diretivas antecipadas podem ser utilizadas tanto para recusar como para impor a realização de futuros tratamentos médicos, como o fizeram expressamente as leis da Califórnia<sup>37</sup> e de Portugal<sup>38</sup>, ao permitir a eleição do tratamento pela pessoa.

O segundo ponto de convergência refere-se ao condicionamento da eficácia do instrumento ao estado de terminalidade do paciente. Terminal é um dos estados de inconsciência referidos pela Medicina, também composto pelo estado de coma e pelo estado vegetativo.

Configura-se o estado terminal quando a pessoa for portadora de uma enfermidade incurável e irreversível, com prognóstico de morte no curto ou médio prazo<sup>39</sup>. Coma é o estado em que a pessoa não possui consciência de si ou do ambiente, tampouco responde a estímulos internos ou externos e os olhos mantêm-se fechados<sup>40</sup>. No estado vegetativo a pessoa mantém-se em estado de inconsciência, contudo, o cérebro é capaz de responder mecanicamente a estímulos externos. O estado vegetativo é classificado em continuado ou

<sup>36</sup> “(...) o PQV [princípio da qualidade de vida é programaticamente pluralista e afirma que a vida não tem valor em si, mas unicamente se provida de um certo número e grau de ‘qualidades’ historicamente e sócio-culturalmente determinadas.” (SCHRAMM, Fermin Roland. Vida: sacralidade e/ou qualidade? *Atualidade em debate*, n. 34, p. 47, abri./maio 1995)

<sup>37</sup> O trecho em língua estrangeira é: “*Comfort care and treatment for the alleviation of pain must be provided, regardless of whether life-sustaining treatment has been withheld or withdrawn.*” A tradução do trecho correspondente é a seguinte: “Cuidados paliativos e para alívio da dor devem ser fornecidos, independentemente se o suporte de vida foi solicitado ou recusado.”

<sup>38</sup> O trecho no original é: “Artigo 2º. (...)”

2 — Podem constar do documento de diretivas antecipadas de vontade as disposições que expressem a vontade clara e inequívoca do outorgante, nomeadamente:

a) Não ser submetido a tratamento de suporte artificial das funções vitais;  
 b) Não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcionado no seu quadro clínico e de acordo com as boas práticas profissionais, nomeadamente no que concerne às medidas de suporte básico de vida e às medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte;  
 c) Receber os cuidados paliativos adequados ao respeito pelo seu direito a uma intervenção global no sofrimento determinado por doença grave ou irreversível, em fase avançada, incluindo uma terapêutica sintomática apropriada;  
 d) Não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental;  
 e) Autorizar ou recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos.”

<sup>39</sup> “Não há, na ciência médica, um conceito único do que seja um paciente terminal, fala-se que ‘paciente terminal é aquele cuja condição é irreversível, independente de ser tratado ou não, e que apresenta uma alta probabilidade de morrer num período relativamente curto de tempo’ (KNOBEL; SILVA, 2002, p. 133). Ou, ainda, que é aquele ‘que se torna irreversível’ e caminha para a morte, sem que se consiga reverter esse caminhar’ (GUTIERREZ, 2011, p. 92). Ascensão (2008) afirma que a situação do paciente terminal é aquele diagnosticado como doente sem probabilidade de recuperação.” (DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 25-26)

<sup>40</sup> Para informações sobre os diferentes estados de inconsciência, veja-se a matéria disponível em <<http://super.abril.com.br/ciencia/nova-morte-446150.shtml>>. Acesso em: 01 mai. 2012.

persistente, entendido como um diagnóstico após lesão aguda do sistema nervoso central ou quando dura pelo menos um mês em outras causas, ou estado vegetativo permanente, entendido como um prognóstico presente um ano após lesões traumáticas agudas ou pelo menos três meses nas demais causas<sup>41</sup>.

É possível que uma pessoa em estado terminal esteja ou não em coma ou em estado vegetativo. Caso se encontre consciente e capaz, não há espaço para a aplicação das diretivas antecipadas, pois é possível que a pessoa exerça plenamente sua autonomia. Isso não significa que as diretivas terão eficácia apenas nos estados de inconsciência. Excepcionalmente, podem ocorrer situações em que a pessoa tenha consciência, mas não esteja capacitada a exprimir sua vontade, por exemplo, em restrições físicas provocadas pela evolução de uma enfermidade.

A aceitação das diretivas antecipadas nas situações de terminalidade encontra a mesma justificação do que a previsão da recusa ao tratamento médico como objeto das diretivas: o estado de terminalidade é irreversível e a morte irá ocorrer a curto ou médio prazo, a depender da evolução da enfermidade. Ao contrário, nos demais estados de inconsciência a vida é mantida através de sistemas de hidratação e de nutrição artificiais e/ou sistema de ventilação mecânica e não há certeza sobre a irreversibilidade do quadro de saúde, de tal modo que se admite como possível a retomada plena das funções vitais humanas<sup>42</sup>.

Há que recordar que existe uma série de patologias que, embora não importem a morte em curto ou médio prazo, causam um processo de morrer prolongado e doloroso, com a paulatina cessação das funções corpóreas, algumas vezes antecedidas pela incapacidade física antes que se chegue à fase terminal<sup>43</sup>. Admitir que apenas os pacientes terminais possam

<sup>41</sup> KIPPER, Délio José. *O problema das decisões médicas envolvendo o fim da vida e propostas da nossa realidade*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, nov. 1999. Disponível em <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/294/433](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/294/433)>. Acesso em: 03 set. 2011.

<sup>42</sup> “Percebe-se, portanto, que enquanto no quadro de terminalidade a morte é iminente e só poderá ser detida com a ajuda de aparelhos e tratamentos invasivos, no EVP a expectativa do paciente não depende de estar ligado a aparelhos ou ser submetido a tratamentos invasivos. O EVP caracteriza-se por um quadro de estabilidade e de independência de tratamentos mecânicos, pois os únicos suportes vitais que interferem na expectativa de vida do paciente em estado vegetativo são a hidratação e a nutrição.” (PENALVA, Luciana Dadalto; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. In: PEREIRA, Tânia da Silva. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 77)

<sup>43</sup> São exemplos de doenças desse gênero a esclerose lateral amiotrófica, da qual Stephen Hawkin é portador, e a doença de Huntington (DH).

A esclerose lateral amiotrófica, ou *motor neurone disease* (MND), em inglês, é uma doença progressiva que atinge os nervos do cérebro e da medula espinhal fazendo com que os estímulos elétricos paulatinamente parem de chegar aos músculos, conduzindo a fraqueza. Esta doença pode afetar a forma de andar, falar, comer, beber e respirar, ainda que nem todos os sintomas sejam simultâneos. Cuida-se de doença incurável mas controlável. Para maiores informações, veja-se o site da associação *Motor Neurone Disease Association*, em inglês: <<http://www.mndassociation.org/what-is-mnd>>.

A doença de Huntington foi descoberta pelo Dr. George Huntington, médico de Long Island (EUA), que publicou uma descrição do que ele chamou “coréia hereditária”, em 1872. Originada da palavra grega para “dança”, coréia se refere aos movimentos involuntários que estão entre os sintomas comuns da DH.

Até bem recentemente, pouco era conhecido ou publicado sobre a DH. Entretanto, nos últimos 20 anos muito se aprendeu sobre as causas e efeitos da DH e sobre tratamentos, terapias e técnicas para lidar com os sintomas da doença. Em 1993, após uma busca de dez anos, os cientistas encontraram o gene que causa a DH, e avanços importantes fluíram a partir dessa

valer-se das diretivas representaria excluir um grupo de pessoas com grave doença da possibilidade de se autodeterminar apenas porque não estão em estágio terminal.

Parece acertado considerar que a eficácia das diretivas antecipadas fique dependente do ingresso da pessoa em uma situação de incapacidade física que a impossibilite de se manifestar autonomamente, mesmo porque, o mandato duradouro não pressupõe a irreversibilidade ou a terminalidade da condição clínica do declarante, de modo que mesmo incapacidades transitórias podem dar ensejo à incidência da diretiva. Além disso, por se tratar de teoria comum, deve contemplar as mesmas normas gerais de aplicação tanto para o testamento vital como para o mandato duradouro, impossibilitando que a eficácia fique restrita ao estado terminal.

Esta foi a solução adotada pela Lei n. 25/2012 de Portugal, cujo artigo 1º, parte final da alínea 1, e artigo 11, parte final da alínea 1, distanciaram-se da terminalidade para prever que as diretivas antecipadas têm eficácia nas situações em que a pessoa esteja incapacitada de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente.

Com isso, desmistifica-se que as diretivas antecipadas apenas são cabíveis para os pacientes terminais, ampliando-se seu campo de aplicação para contemplar uma novo grupo de pessoas que têm legítimo interesse em regular a atuação sobre seu corpo.

O Brasil não possui nenhuma lei em sentido estrito que regulamente de modo especial as diretivas antecipadas, levando a situação a ser tratada de acordo (e em especial) com os dispositivos do Código Civil e do Código Penal. Este último não contém nenhum tipo penal que criminalize a autolesão, mas a contribuição de uma terceira pessoa, incluído o médico, que conduza a pessoa à morte, por ato omissivo ou comissivo, pode ser considerada como o crime do artigo 122<sup>44</sup> – induzimento, instigação ou auxílio a suicídio -, ou mesmo o crime de

---

importante descoberta. Muitos cientistas estão ativamente envolvidos na busca de tratamentos efetivos para fazer cessar ou reverter os efeitos da DH e, eventualmente, curá-la de forma definitiva.

Trata-se de doença degenerativa cujos sintomas são causados pela perda marcante de células em uma parte do cérebro denominada gânglios da base. Este dano afeta a capacidade cognitiva (pensamento, julgamento, memória), movimentos e equilíbrio emocional, sendo sintomas movimentos involuntários, bruscos e irregulares, dos braços, das pernas e do rosto; perda progressiva de memória e senilidade mental precoce, podendo evoluir para demência; depressão; coreia (movimentos involuntários, rápidos, irregulares e sem finalidade dos membros, da face e/ou do tronco, geralmente associados à hipotonia e à diminuição da força muscular; disartria (perda gradativa dos músculos da fala, com voz pastosa); face (tiques e caretas); fala indistinta, hesitante, explosiva e mais adiante sem compreensão; mastigação e deglutição difíceis; perda da visão periférica; dificuldade para comer com as mãos e depois para deglutir; dilaceração dos nervos.

Para outras informações, sugere-se o site <<http://www.abh.org.br>>.

<sup>44</sup> Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único - A pena é duplicada:

Aumento de pena

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.

homicídio, previsto no artigo 121<sup>45</sup> do mesmo Código. Ainda que a conduta seja justificada por razões humanitárias, a lei irá autorizar a incidência do privilégio do § 1º do artigo 121 do Código Penal<sup>46</sup>. Na seara civil, regem o tema os artigos 11<sup>47</sup> e 13 a 15<sup>48</sup> do Código, os quais, em uma interpretação estrita proibiriam qualquer ato que violasse a sacralidade da vida<sup>49</sup> e a antecipação do seu término.

Em âmbito infralegal, há que mencionar a Resolução n. 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, cujo artigo 1º permite “ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”<sup>50</sup>. Esta norma está em consonância com o atual Código de Ética Médica<sup>51</sup>, que, sem autorizar que o médico abrevie a vida do paciente, permite que o médico deixe de empreender “ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas”, privilegiando o conforto da pessoa através de cuidados paliativos<sup>52</sup>.

---

<sup>45</sup> Homicídio simples

Art 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

<sup>46</sup> Art. 121. (...)

§ 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

<sup>47</sup> Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

<sup>48</sup> Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. 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.

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

<sup>49</sup> “O PSV [princípio da sacralidade da vida] delinea aquilo que chamo de unicismo ético; tem suas raízes na moral cristã (e parcialmente na tradição da ética médica hipocrática) e a sua justificação racional na filosofia kantiana, ao passo que o PQV [princípio da qualidade de vida] delinea o pluralismo ético, enraíza-se no processo de 'secularização' do mundo moderno e tem a sua justificação pragmática no militarismo.

O PSV afirma a finalidade intrínseca da vida, isto é, uma concepção não instrumental da mesma, e implica numa integridade psico-física do humano enquanto pessoa e cada pessoa. O PSV é, portanto, o princípio gerador do unicismo ético e fundamento dos demais direitos *prima facie* do humano.” (SCHRAMM, Fermin Roland. Vida: sacralidade e/ou qualidade? *Atualidade em debate*, n. 34, p. 47, abri./maio 1995)

<sup>50</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução n. 1.805, de 9 de novembro de 2006. Diário Oficial da União, 28 nov. 2006, Seção I, p. 169.

<sup>51</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução n. 1.897, de 17 de abril de 2009. Diário Oficial da União, 6 maio 2009, Seção I, p. 75-77.

<sup>52</sup> “Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.”

A mesma orientação é encontrada no capítulo I, inciso XXII, do Código: “XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.”

A ausência de parâmetros legais acerca das diretivas antecipadas faz com que a sua aceitação (e eficácia jurídica) seja questionável em nosso país. Ainda que superada a admissibilidade do instituto, não haveria nenhum contorno ou um conteúdo mínimo acerca dele. A par dessa constatação, exsurge como imprescindível uma construção doutrinária para assegurar um mínimo de efetividade para as diretivas antecipadas.

## 1.2 Diretivas antecipadas e suas espécies: o testamento vital e o mandato duradouro

Conquanto o modelo principal de diretivas antecipadas seja aquele com finalidade de estipular a que tratamentos médicos a pessoa aceita submeter-se, este constitui apenas uma de suas espécies.

A temática das diretivas antecipadas insere-se em um contexto maior relativo ao planejamento de cuidado de saúde – em inglês, *advance care planning*<sup>53</sup>. Trata-se de um processo onde a pessoa pode manifestar sua vontade em relação a cuidados futuros de saúde, com a participação de seus médicos, familiares e demais pessoas de seu convívio cuja opinião seja relevante e que tem como fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da autonomia da pessoa, objetivando assegurar o cumprimento da vontade daquele quando estiver impossibilitado de participar das decisões sobre seu tratamento.

Durante o processo de planejamento, busca-se que a pessoa compreenda sua saúde, seu diagnóstico e os desdobramentos clínicos, inclusive sobre as possibilidades de tratamento médico e as consequências do agravamento da situação clínica; reflita sobre seus objetivos, valores e princípios; considere os prós e contras quando a realização dos tratamentos; e, discuta as opções apresentadas com as pessoas com quem se relaciona, documentando, ao final, a sua decisão. A esta documentação se denomina diretivas antecipadas.

As diretivas antecipadas, ou, o resultado desse processo de planejamento, são gênero, sendo duas as espécies conhecidas: o testamento vital e o mandato duradouro. Embora haja literatura que utilize indistintamente as expressões diretivas antecipadas e testamento vital como sinônimos – como é o caso de Diaulas Costa Ribeiro<sup>54</sup> –, certo é que aquela é gênero do qual esta é espécie.

---

<sup>53</sup> Sobre o processo de planejamento, veja-se o artigo publicado no site <<http://www.aafp.org/afp/1999/0201/p613.html>> pela *American Academy of Family Physicians*. Acesso em: 08 mai. 2012.

<sup>54</sup> Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. Congresso Brasileiro de Direito de Família, V, 2005, Belo horizonte. *Anais...* São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 277.

O testamento vital constitui espécie de diretiva antecipada através da qual a pessoa declara os tratamentos médicos a que deseja ser submetida ou não em caso de incapacidade decorrente de doença ou acidente. É a principal e mais conhecida espécie de diretiva antecipada.

Cuida-se de negócio jurídico unilateral, na medida em que se perfaz com a manifestação da vontade de uma só pessoa, e sujeito a condição suspensiva, qual seja, o ingresso da pessoa em uma situação de incapacidade que a impossibilite de se manifestar autonomamente.

A seriedade do seu conteúdo faz com que usualmente se exija a forma escrita, de modo a conferir certeza a essa declaração, embora não seja esta uma característica inerente ao ato.

Por igual motivo, a necessidade de formalidades<sup>55</sup> para a instituição do testamento vital dependerá de cada ordenamento. Assim, por exemplo, a lei uruguaia exige a formalização por documento escrito da vontade da pessoa e a assinatura das testemunhas do ato, as quais poderão subscrever o documento a rogo quando aquela encontrar-se impossibilidade; faculta-se, ainda, a formalização através do serviço notário. Em ambas as hipóteses, a declaração deverá ser transcrita no histórico médico da pessoa<sup>56</sup>. Por sua vez, a lei portuguesa exige apenas que o documento seja assinado na presença de um funcionário do Registro de Testamento Vital<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> “Forma é, então, o meio de expressão da vontade, o aspecto externo que a declaração assume, sendo, assim, elemento estrutural do negócio jurídico.

Distingue-se a forma, modo de exteriorização da vontade, das formalidades ou solenidades, conjunto de atos que compreendem a forma e as medidas preparatórias ou consequentes do ato, necessárias à respectiva eficácia.” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. 3.ed. rev. e atua. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000, p. 398)

<sup>56</sup> *Artículo 2º.- La expresión anticipada de la voluntad a que refiere el artículo anterior se realizará por escrito con la firma del titular y dos testigos. En caso de no poder firmar el titular, se hará por firma a ruego por parte de uno de los dos testigos.*

*También podrá manifestarse ante escribano público documentándose en escritura pública o acta notarial. Cualquiera de las formas en que se consagre deberá ser incorporada a la historia clínica del paciente.*

A tradução do trecho correspondente é a seguinte: “Artigo 2º. A manifestação antecipada da vontade a que se refere o artigo anterior se realizará por escrito, com a assinatura do titular e das testemunhas. No caso de o subscritor não puder assinar, o documento será firmado a rogo por uma das testemunhas. A manifestação também poderá ser realizada através de serviço notarial, documentando-se por escritura pública ou ata notarial.”

<sup>57</sup> O trecho original é: “Artigo 3º.

1 — As diretivas antecipadas de vontade são formalizadas através de documento escrito, assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registro Nacional do Testamento Vital ou notário, do qual conste:

a) A identificação completa do outorgante;  
 b) O lugar, a data e a hora da sua assinatura;  
 c) As situações clínicas em que as diretivas antecipadas de vontade produzem efeitos;  
 d) As opções e instruções relativas a cuidados de saúde que o outorgante deseja ou não receber, no caso de se encontrar em alguma das situações referidas na alínea anterior;  
 e) As declarações de renovação, alteração ou revogação das diretivas antecipadas de vontade, caso existam.

2 — No caso de o outorgante recorrer à colaboração de um médico para a elaboração das diretivas antecipadas de vontade, a identificação e a assinatura do médico podem constar no documento, se for essa a opção do outorgante e do médico.”

Por outro lado, é comum que a revogação do testamento vital possa ocorrer tanto verbalmente<sup>58</sup>, ou pela prática de um ato incompatível com a declaração anteriormente manifestada (hipótese de revogação tácita). A não aplicação do princípio da simetria de formas tem fundamento na íntima correlação das diretivas antecipadas e a dignidade e autonomia da pessoa, que devem ser observadas ao máximo. A alteração de uma concepção de vida não pode nessa hipótese representar um óbice à realização da pessoa apenas porque não fora cumprido um formalismo jurídico.

Perceba-se que não há uma vedação abstrata de que a manifestação da vontade seja oral ou fundamentada em opiniões declaradas pela pessoa durante a vida, mas nesse caso estar-se-á fora do âmbito das diretivas antecipadas, a qual pressupõe a formalização da decisão.

Em relação a pessoa em si, exige-se que esteja no gozo de sua capacidade, isto é, que seja capaz de compreender a natureza de sua escolha e responsabilizar-se por ela. Eventualmente se estabelece um limite etário mínimo, como no caso do Reino Unido, em que a pessoa deve contar com 18 (dezoito) anos de idade<sup>59</sup>.

Além da exclusão de menores de idade e demais incapazes para a tomada desta decisão, também não se admite que os representantes legais destas pessoas redijam as diretivas em seu favor<sup>60</sup>. Esta vedação constitui um consectário lógico da incidência da

---

<sup>58</sup> Esta previsão consta da lei portuguesa, em seu artigo 8º, alínea 4: “4 — O outorgante pode, a qualquer momento e através de simples declaração oral ao responsável pela prestação de cuidados de saúde, modificar ou revogar o seu documento de diretivas antecipadas de vontade, devendo esse facto ser inscrito no processo clínico, no RENTEV, quando aí esteja registado, e comunicado ao procurador de cuidados de saúde, quando exista.”

<sup>59</sup> O trecho em lingual estrangeira é: “24 *Advance decisions to refuse treatment: general*

(1) “*Advance decision*” means a decision made by a person (“P”), after he has reached 18 and when he has capacity to do so, that if— (...)”

A tradução do trecho correspondente é a seguinte: “24. Diretivas avançadas sobre recusa a tratamento: disposições gerais:

(1) Diretiva avançada significa a decisão feita por uma pessoa (P), depois de ter completado 18 anos e estando capaz de realizá-la, que:”

<sup>60</sup> “O consentimento por procuração é utilizado quando a pessoa a ser submetida a um procedimento assistencial ou de pesquisa está impossibilitada ou não habilitada legalmente para consentir. Nesse caso, outra pessoa, na maioria das vezes um familiar, responsabiliza-se pela autorização do procedimento ou da participação na pesquisa – até o momento não existe regulamentação específica para tais situações, sobretudo em pesquisa, tornando-se imperativo o estabelecimento de critérios padronizados que auxiliem todos os envolvidos no processo

Segundo Angelo Bignamini o consentimento de quem não pode consentir é uma contradição. O autor evidencia a polémica existente no caso da pesquisa, posto que uma coisa é o consentimento para efetuar uma ação médica extraordinária em uma emergência; e outra, o consentimento para ações médicas extraordinárias em pesquisa. Essa diferenciação se manifesta tanto do ponto de vista deontológico quanto ético, pois em uma emergência a intervenção justifica-se por seu objetivo: salvar a vida do paciente. Presume-se que se houvesse condições de informar devidamente o paciente ou seu representante, esses consentiriam com a intervenção e, ainda, com a consciência de que a intervenção não poderia ser adiada. Bignamini afirma que se tais elementos justificam as intervenções de emergência sem consentimento, devemos também considerá-los para que as intervenções sem consentimento em pesquisa sejam aceitáveis. Para tanto, deve-se definir exatamente o que se entende, em experimentação clínica, como incapacidade para consentir. O problema do consentimento de quem não pode consentir envolve quatro questões centrais. A primeira diz respeito às questões éticas e legais, pois uma posição eticamente correta será ao mesmo tempo legalmente aceitável, enquanto o contrário não é necessariamente certo. A segunda envolve as questões afetas às informações para o consentimento real e a documentação formal de consentimento, haja vista existir grande dificuldade em se saber exatamente o quanto da informação o paciente percebe. A terceira refere-se à impossibilidade física de consentir, que é real – a médico-legal é considerada pelo autor como formal. Permanecem em

autonomia nesse campo, de modo que uma decisão tão afeta ao íntimo da pessoa pode apenas por ela ser efetivada.

O testamento vital tanto pode traduzir uma aceitação ou recusa acerca dos tratamentos médicos a que a pessoa aceita submeter-se caso venha a ficar impossibilitada de se manifestar, podendo ser ampla, quando admitida em qualquer circunstância, ou restrita, nas situações determinadas de impossibilidade de recuperação da saúde com o tratamento sugerido<sup>61</sup>, sendo também conhecida nesse último caso como limitação consentida de tratamento ou suspensão do esforço terapêutico.

A aceitação de tratamentos médicos com o objetivo de obter a cura da doença ou o prolongamento da vida em regra não enfrenta questionamentos jurídicos, uma vez que é natural o instinto de preservação. Contudo, quando a aceitação converte-se em uma busca ilimitada para obter a cura ou prolongar a vida esta conduta transmuda-se em obstinação terapêutica.

Em relação à recusa aos tratamentos médicos, admite-se de um modo uniforme a possibilidade de se rejeitar os tratamentos considerados como fúteis ou extraordinários. Cuidados paliativos ou tratamentos ordinários não poderiam ser recusados pela pessoa, e cláusula neste sentido seria ilícita.

Cuidado paliativo, na definição da Organização Mundial da Saúde – OMS, é uma abordagem que melhora a qualidade de vida de pacientes e de suas famílias que enfrentam problemas associados a uma doença que ameaça sua vida, através da prevenção e do alívio do sofrimento por meio de identificação precoce, avaliação impecável e tratamento da dor e de outros problemas físicos, psicossociais e espirituais. Através dele busca-se, sem apressar ou adiar a morte, aliviar a dor e demais sintomas desconfortantes da pessoa, reafirmar a vida e a morte como um processo natural, integrar o apoio psicológico e espiritual ao cuidado com a pessoa, oferecer suporte ao paciente e a sua família, assim como melhorar a qualidade de vida<sup>62</sup>.

---

aberto os limites da capacidade de compreender e decidir pelos indivíduos menores de idade e os com restrições das capacidades cognitivas, bem como os limites dos consentimentos dados por terceiros. Por fim, a quarta questão engloba os estudos não terapêuticos, sem presumida utilidade direta para o sujeito.” (RAIMUNDO, Marcia Mocellin; GOLDIM, José Roberto. *Do consentimento por procuração à autorização por representação*. p. 91. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2007. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/33](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/33)>. Acesso em: 19 jul. 2012.)

<sup>61</sup> BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. [S.l.: s.n., 20—]. p. 34. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a\\_morte\\_como\\_ela\\_e\\_dignidade\\_e\\_autonomia\\_no\\_final\\_da\\_vida.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf)>. Acesso em: 12 abr. 2012.

<sup>62</sup> Texto original disponível em <<http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>>. Acesso em: 12.05.2012:

O trecho em língua estrangeira é: “Palliative care is an approach that improves the quality of life of patients and their families facing the problem associated with life-threatening illness, through the prevention and relief of suffering by means of early identification and impeccable assessment and treatment of pain and other problems, physical, psychosocial and spiritual. Palliative care:

De acordo com Luciana Dadalto<sup>63</sup>:

Não é possível elencar taxativamente quais cuidados seriam paliativos, mas os paliativistas, como Leo Pessini (2004), apontam quatro princípios que devem orientar na definição destes cuidados.

O primeiro é o da proporcionalidade terapêutica, segundo o qual existe uma obrigação moral de se implementar todas as medidas terapêuticas que tenham proporção entre os meios empregados e o resultado previsível; o segundo, é o do duplo efeito, que dispõe acerca da necessidade de se averiguar a razão proporcional entre os tratamentos que tenham duplo efeito, como, por exemplo, a utilização da morfina; o terceiro, é o da prevenção, em que se deve prever possíveis complicações e sintomas que frequentemente se apresentam a portadores de determinada doença; o quarto, e último, é o do não-abandono e do tratamento da dor, segundo o qual o médico não pode abandonar o paciente, exceto em casos de objeção de consciência e deve controlar a dor.

Consideram-se fúteis ou extraordinários os tratamentos médicos que não representam um benefício ao paciente, avaliação esta realizada a partir da situação deste e considerando a gravidade da sua situação, a esperança e qualidade de vida<sup>64</sup>.

A diferenciação entre cuidados paliativos e extraordinários assume importante destaque quando se está diante da admissibilidade da recusa ou da determinação da retirada - nos casos em que a equipe médica venha a ter conhecimento do testamento vital após a efetivação do procedimento - do suporte vital, consistente nos sistemas de hidratação e de nutrição artificiais e/ou sistema de ventilação mecânica.

- 
- provides relief from pain and other distressing symptoms;
  - affirms life and regards dying as a normal process;
  - intends neither to hasten or postpone death;
  - integrates the psychological and spiritual aspects of patient care;
  - offers a support system to help patients live as actively as possible until death;
  - offers a support system to help the family cope during the patients illness and in their own bereavement;
  - uses a team approach to address the needs of patients and their families, including bereavement counselling, if indicated;
  - will enhance quality of life, and may also positively influence the course of illness;
  - is applicable early in the course of illness, in conjunction with other therapies that are intended to prolong life, such as chemotherapy or radiation therapy, and includes those investigations needed to better understand and manage distressing clinical complications.“

<sup>63</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 122-123.

<sup>64</sup> “Os tratamentos fúteis, denominados ainda de tratamento extraordinários, também não são simples de conceituar. Drane afirma que ‘[...] futilidade não equivale a ineficácia comprovada. É um termo contextualmente específico. O que é útil em um contexto pode não ser em outras circunstâncias. Um tratamento fútil não apresenta benefícios ao paciente e se chega a essa conclusão tendo por parâmetro a situação do paciente, quero dizer, a gravidade da doença, a esperança de vida, a qualidade de vida do paciente, seus interesses e seus projetos. (DRANE, 1999, p. 94, tradução nossa).’ Segundo Beuchamps e Childress (2002), o tratamento é considerado fútil quando não oferece benefício real ao paciente, pois a morte é inevitável. Assim, percebe-se que, em linhas gerais, o tratamento fútil está diretamente relacionado com o (não) benefício que trará ao paciente. Percebe-se que a definição é bastante genérica, razão pela qual Garay (2003) afirma que se deve observar as circunstâncias particulares de cada caso para definir um tratamento como extraordinário. Como exemplo, ele cita que para uma pessoa que sofre de insuficiência renal a hemodiálise é um tratamento ordinário e necessário, em contrapartida, quando a insuficiência é definitiva e o paciente está debilitado e em idade avançada, a hemodiálise pode ser encarada como tratamento extraordinário.” (Ibid., p.123-124)

Enquanto Luis Roberto Barroso entende lícita essa cláusula restritiva<sup>65</sup>, Luciana Dadalto e Ana Carolina Teixeira<sup>66</sup> excluem essa possibilidade em relação às pessoas em estado vegetativo, porque hidratação e nutrição compõem o conceito de cuidados paliativos. Nas palavras destas autoras:

(...) enquanto no quadro de terminalidade a morte é iminente e só poderá ser detida com a ajuda de aparelhos e tratamentos invasivos, no EVP [estado vegetativo persistente] a expectativa do paciente não depende de estar este ligado a aparelhos invasivos. O EVP caracteriza-se por um quadro de estabilidade e de independência de tratamentos mecânicos, pois os únicos suportes vitais que interferem na expectativa de vida do paciente em estado vegetativo persistente são a hidratação e a nutrição.

É exatamente em razão desta diferença que as discussões acerca da aplicação do testamento vital nos casos de EVP devem ser analisadas em separado com os casos de terminalidade. O conceito médico de cuidados paliativos abarca dentre estes cuidados a hidratação e a alimentação como forma de garantir a dignidade do paciente e de sua família, que em geral sofrem ao saber que foram interrompidos estes suportes vitais por imaginarem que o ente querido morrerá de sede e fome, situação a qual Leo Pessini denomina de sofrimento simbólico.

Para as autoras, o suporte vital em relação às pessoas em estado terminal não se torna uma questão de destaque, eis que este não constitui o único instrumento através do qual se objetiva assegurar uma morte digna<sup>67</sup>, o que nos permite concluir que, neste caso, a restrição seria admissível.

Também podem compor o conteúdo do testamento vital a decisão sobre ser informado a respeito de diagnósticos fatais, a opção pela doação de órgãos e a indicação de terceira pessoa a quem competirá realizar essas escolhas em substituição à pessoa em estado de inconsciência.

Essa última hipótese vem a ser a segunda espécie de diretiva antecipada, sendo conhecida como (*durable* ou *lasting*) *power of attorney*, *durable powers of attorney for health care* ou *health care proxy appointment* nos países de língua inglesa, procurador de cuidados de saúde em Portugal e *poder para el cuidado de salud/mandato de asistencia sanitaria* na

<sup>65</sup> “A retirada de suporte vital (RSV), a não-oferta de suporte vital (NSV) e as ordens de não-ressuscitação ou de não-reanimação (ONR) são partes integrantes da *limitação consentida de tratamento*. A RSV significa a suspensão de mecanismos artificiais de manutenção da vida, como os sistemas de hidratação e de nutrição artificiais e/ou o sistema de ventilação mecânica; a NSV, por sua vez, significa o não-emprego desses mecanismos. A ONR é uma determinação de não iniciar procedimentos para reanimar um paciente acometido de mal irreversível e incurável, quando ocorre parada cardiorrespiratória.” (BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. [S.l.: s.n., 20—]. 40p. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a\\_morte\\_como\\_ela\\_e\\_dignidade\\_e\\_autonomia\\_no\\_final\\_da\\_vida.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf)>. Acesso em: 12 abr. 2012.)

<sup>66</sup> PENALVA, Luciana Dadalto; TEIXEIRA, Ana Carolina. Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. In: PEREIRA, Tânia da Silva. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 77.

<sup>67</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 125-126.

Espanha. No Brasil, foi qualificado como mandato duradouro ou poder permanente do responsável ou curador para cuidado de saúde<sup>68</sup>.

O mandato duradouro tanto pode consistir em uma cláusula do testamento vital, o que é recomendado, como pode ser instituído em documento apartado.

A definição da natureza jurídica desta espécie de diretiva é problemática. Luciana Dadalto refere-se a este instrumento como procuração, pelo qual a pessoa “nomeia 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” e que tomará a decisão levando em consideração a vontade do paciente<sup>69</sup>.

Esta orientação adota como fundamento jurídico a teoria da separação<sup>70</sup>, afastando-se da disciplina existente no Código Civil de 1916 e retomada pelos redatores do Código Civil de 2002<sup>71</sup>.

Ana Carolina Brochado sustenta tratar-se de negócio jurídico atípico instrumentalizado pela curatela, em razão de sua característica assistencialista<sup>72</sup>:

Na hipótese de a pessoa ter-se tornado incapaz e ser interditada, sua escolha prévia deve vincular o juiz, sendo prioritária em relação ao rol de pessoas previstas pelo art. 1.775 do Código Civil, como ordem de prelação para o exercício da função de curador. Isso deve

<sup>68</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 334-337.

<sup>69</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 66-67.

<sup>70</sup> “(...) a teoria da separação consagra o entendimento de que o poder de representação nasce do mandato, mas de um negócio jurídico unilateral, autônomo e abstrato, a que a doutrina tem dado o nome de ‘procuração’.” (SCHREIBER, Anderson. A representação no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil*. 2.ed. ver. e atua. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 238)

<sup>71</sup> “Na representação voluntária, o poder de representação nasce e se exerce por meio da procuração, negócio jurídico unilateral com que uma pessoa (*dominus negotii*) outorga voluntariamente a outra o poder de representação. Quanto à sua natureza jurídica, a procuração é negócio jurídico unilateral, receptício e abstrato; negócio jurídico por ser declaração de vontade, preceito de autonomia privada dirigido à regulamentação de uma situação de interesses; unilateral porque, para a sua existência, validade e eficácia, necessita apenas da declaração de vontade do outorgante, independentemente da aceitação do outorgado representante; receptício no sentido de que a declaração de vontade dirige-se a determinada pessoa, estabelecendo entre ela e o representado a relação jurídica representativa. No que diz respeito à sua causa, desde que fixada a diferença entre o negócio unilateral da procuração e o bilateral do mandato, cuja existência requer a aceitação do mandatário, considera-se a procuração como negócio jurídico abstrato, independente de outras relações entre representante e representado, ainda que determinantes, como no caso de sociedade, mandato, prestação de serviços, contrato de trabalho etc. sua eficácia decorre apenas da concessão do poder pelo representado, e não de relações jurídicas subjacentes, porventura já existente entre ambos. A tese da procuração como negócio jurídico abstrato baseia-se em duas premissas fundamentais: a diferença entre mandato e representação, e a diferença entre representação e procuração, o negócio jurídico que cria. Disso resulta que a procuração existe e é eficaz ainda que não exista, ou seja ilícita, uma relação jurídica subjacente a que esteja diretamente ligada, como, por exemplo, um mandato.  
(...)”

Embora o direito brasileiro não adote a teoria da procuração como negócio jurídico abstrato, considera-o como instrumento do mandato que lhe serve de causa (CC, art. 1.288), visa também proteger o terceiro de boa-fé, em face do qual ‘a procuração produz seus efeitos independentemente da relação jurídica subjacente’. (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3.ed. rev. e atua. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000, p. 433-435)

<sup>72</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012, p. 360-361.

ocorrer, por analogia à tutela, cuja normativa estabelece que a tutela testamentária tem caráter prioritário à tutela legítima. Como já mencionado, ninguém melhor do que a própria pessoa para escolher quem, de acordo com as próprias convicções, pode cuidar de si mesma e de seu patrimônio.

Exatamente por ser a função da curatela o cuidado com a pessoa e seus bens e não haver nenhum tipo de restrição na normativa da representação e dos negócios jurídicos, esta pode englobar situações jurídicas existenciais e patrimoniais, se for esta a vontade daquele que outorga poderes.

A existência de um elemento protetivo comum à curatela e ao mandato duradouro afigura-se insuficiente para conferir aquela natureza jurídica a esse instituto. Isso porque a curatela tem como requisito para sua constituição a verificação de uma incapacidade legal<sup>73</sup>, ou, no caso do artigo 1.780 do Código Civil<sup>74</sup>, uma incapacidade física do enfermo ou portador de deficiência de administrar seus interesses<sup>75</sup>.

A incapacidade, para a curatela, é prévia, situação que não existe no mandato duradouro, pois este é constituído quando a pessoa é capaz. A incapacidade do mandato duradouro é a condição de eficácia do instituto, ao passo que na curatela é a sua condição de existência.

A qualificação do mandato duradouro como procuração apresenta melhor compatibilidade com o ordenamento, mas este ato de outorga de poderes é obrigatória para as diretivas<sup>76</sup>, eis que, tratando-se de tema tão sensível à pessoa, faz-se necessário definir quem pode atuar pelo representado e a extensão de sua atuação.

Certo é que se trata de hipótese de representação voluntária, ainda que se discuta a natureza do ato que a veicula, de modo que, a despeito da discricionariedade inerente ao instituto, o representante deve tomar as decisões levando em consideração a vontade (apreendida a partir do histórico de vida, depoimentos, desejos, personalidade etc.) do representado.

<sup>73</sup> “O pressuposto fático da curatela é a incapacidade: o pressuposto jurídico, uma decisão judicial.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 16.ed. rev. e atua. Rio de Janeiro; Editora Forense, 2007, p. 479, v. V).

<sup>74</sup> Art. 1.780. A requerimento do enfermo ou portador de deficiência física, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o art. 1.768, dar-se-lhe-á curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens.

<sup>75</sup> “Essa curatela de menor extensão somente ganhará utilidade quando não for conveniente ao agente nomear procurador para determinados atos. Como a responsabilidade do curador é mais rigorosa do que a do mandatário, aquele que, por exemplo, não pode transitoriamente se locomover para cuidar da administração de um negócio; aquele que é submetido a um longo tratamento hospitalar; aquele cuja enfermidade não tolhe as faculdades mentais, mas torna sofrida a vida negocial, poderá nomear curador para tratar de toda a sua vida civil ou de apenas alguns de seus negócios os bens. Essa curadoria não se destina, portanto, tipicamente a um incapaz, mas a alguém que não possui plenas condições físicas ou materiais para exercer seu papel negocial cuidar de seus próprios interesses.” (VENOSA, Sílvio de Santo. *Direito civil: direito de família*. 3.ed. atua. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 433)

<sup>76</sup> Gustavo Tepedino refere que a procuração, enquanto outorga convencional de poderes, pode ou não existir como instrumento da representação voluntária, eis que esta se perfaz com a atuação declarada do representando em favor do representado, ainda que não haja documento formal. (TEPEDINO, Gustavo. *A técnica da representação e os novos princípios contratuais. Temas de direito civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 127)

O fato de estarmos diante de situação existencial não impede a aplicação da representação. Por evolução da doutrina civilista, não há impedimento, *a priori*, para a utilização de institutos originalmente cunhados para situações patrimoniais para situações existenciais. O que se faz necessário é a devida adequação aos interesses tutelados<sup>77</sup>.

As formalidades exigidas para o mandato duradouro são as mesmas existentes em relação ao testamento vital, assim como a as condições da pessoa que figura como representada.

O conteúdo, todavia, é diverso, eis que aqui terá como objetivo a designação de terceiro para realizar as escolhas em nome do representado quando este estiver incapacitado, independentemente de ser este irreversível<sup>78</sup>. Para Luciana Dadalto, o mandato duradouro

<sup>77</sup> Neste sentido: “Não obstante as observações acima não serem muito favoráveis ao uso da representação para situações existenciais, há uma circunstância ainda sem previsão legal no direito brasileiro que é foco de debate na doutrina e muito contribui para a tutela positiva destas situações subjetivas. Trata-se da incapacidade civil superveniente e da possibilidade de a pessoa antes de se tornar incapaz civilmente determinar as diretrizes pessoais de vida, sobretudo, quanto ao tratamento médico a ser utilizado. Eventual encarregado de entregar o documento não passaria de um mensageiro. Contudo, além disso, a pessoa poderia ter designado um representante para deliberar acerca dessas questões se lhe sobreviesse falta de discernimento. Agora, verdadeiro representante.

O ato continua a ser pessoal, entretanto, o titular da situação existencial não possui mais pleno discernimento para tomar suas decisões sozinho. Prevendo a futura falta de discernimento, a pessoa pode: i) tomar determinadas decisões existenciais antecipadamente; ii) nomear um representante para tomar as decisões existenciais ainda não definidas.” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 229-230)

Também Ana Carolina Brochado mostra-se favorável à representação nas situações existenciais:

“Note-se que é possível a representação voluntária para o exercício de atos existenciais, tendo em vista que a representação não está condicionada apenas a situações jurídicas patrimoniais. Prova dessa afirmativa é que o legislador brasileiro permitiu a celebração do casamento por procuração, no art. 1.542 do Código Civil. O casamento é ato jurídico *stricto sensu*, pois seu núcleo é a constituição da família, logo, eminentemente existencial, cujos efeitos irradiam muito mais da lei do que da vontade das partes. Ora, se seu núcleo é de natureza existencial, o legislador brasileiro já autorizou a representação para a prática de atos existenciais.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012, p. 358-359)

Em sentido contrário:

“Domingues de Andrade exclui a representação nos atos que forem meramente pessoais:

‘É o caso dos negócios jurídicos que qualquer disposição especial qualifique de pessoais ou declare não poderem realizar-se por procurador, tendo de intervir a própria parte; assim como o daqueles actos para os quais, no silêncio da lei a mesma doutrina resulte por integração, sobre a base dos interesses que a lei se propôs a tutelar, dos objectos práticos que teve em vista – do espírito (princípios inspiradores) do sistema legal.’

Da mesma forma, Capelo de Sousa aduz:

‘o carácter pessoal ou, no dizer de alguns autores, personalíssimo de tais poderes [relativos aos direitos da personalidade] implica, sem prejuízo da eficácia da representação legal, o seu normal exercício pelo respectivo titular, não sendo admitida a representação voluntária.’

De fato, se o ato é pessoal, como o de fazer testamento ou o de reconhecimento de filho, não pode ser realizado por meio de representante. Entretanto, não é a representação o único meio de cooperação na prática de negócios jurídicos.

Mesmo Capelo de Sousa que advoga a insuscetibilidade de representação nos negócios jurídicos pessoais, devido à inerência entre os direitos da personalidade e a pessoa do seu titular, também sustenta que ‘Nada disso obsta, naturalmente, à validade de mandatos, v.g., forenses, ou de outros contratos de prestação de serviços para a defesa da personalidade, pois não há aí representação em sentido próprio.’ (MEIRELES, Rose Melo Vencelau, *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 226-227)

<sup>78</sup> A lei britânica tem uma particularidade pois permite que no mandato duradouro transfira-se ao representante a possibilidade de realizar escolhas de natureza pessoal ou patrimonial. Percebe-se que o objeto do mandato duradouro é bem mais amplo do que usualmente discutido na doutrina, e parece ter maior contato com o contrato de mandato.

O trecho em língua estrangeira é: “9 *Lasting powers of attorney*

(1) *A lasting power of attorney is a power of attorney under which the donor (“P”) confers on the donee (or donees) authority to make decisions about all or any of the following—*

(a) *P’s personal welfare or specified matters concerning P’s personal welfare, and*

(b) *P’s property and affairs or specified matters concerning P’s property and affairs,*

*and which includes authority to make such decisions in circumstances where P no longer has capacity”*

A tradução do trecho correspondente é a seguinte: “9. Do mandato duradouro:

pode ter âmbito de eficácia mais amplo do que o testamento vital, eis que pode ser aplicado tanto nas hipóteses de irreversibilidade da condição médica ou se a inconsciência for transitória, mas ainda assim for necessário a submissão da pessoa a tratamentos que, estivesse ela consciente, lhe seria submetido a autorização<sup>79</sup>.

A indicação da ou das pessoas para serem suas representantes constitui exercício da autonomia, mas recomenda-se que a escolha recaia apenas sobre uma só pessoa, de modo a evitar conflito que torne inefetiva a diretiva antecipada, que conte com a sua confiança. Espera-se que seja alguém ligada ao representado por vínculos de parentesco, mas não há óbice a que seja alguém que não se encontre este círculo íntimo<sup>80</sup>.

### 1.3 Críticas e definições terminológicas

Antes de tecer considerações acerca da justificação para admissibilidade, no ordenamento pátrio, das diretivas antecipadas, é importante esclarecer alguns problemas terminológicos.

A distinção entre diretivas antecipadas e testamento vital já foi antes assinalada, de modo que nesta seção do trabalho busca-se analisar a pertinência das terminologias encontradas na doutrina ao instituto como é conhecido.

---

(1) Mandato duradouro é um instrumento através do qual o representado (“P”) confere ao representante (ou representados) autoridade para tomar decisões acerca dos seguintes assuntos:

(a) Bem-estar do representado, no todo ou em questões específicas;

(b) Propriedade e negócios, no todo ou em questões específicas;

E que incluem a autoridade para tomar essas decisões quando P não for mais capaz.

<sup>79</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 70.

<sup>80</sup> “O maior problema deste instituto é a escolha de quem será nomeado procurador do paciente. ‘Discute-se se a figura mais adequada seria o cônjuge, algum dos pais ou ambos, o juiz, a equipe médica ou um terceiro imparcial.’ (NAVEZ, REZENDE, 2007, p. 105).

Para a solução deste é preciso ter em mente que a pessoa deve ter um contato próximo com o paciente, ou seja, o procurador deve saber a fundo exatamente qual é a vontade do paciente, sob pena de decidir com base em seus próprios desejos, desrespeitando o desejo do mandatário.

‘a efetividade deste instituto dependerá de o paciente e o procurador terem previamente conversado sobre as opiniões do primeiro relativamente aos seus valores e às opções que tomaria numa determinada situação se estivesse capaz. (PEREIRA, 2004, p. 241).’

Por esta razão, corrobora-se com o entendimento de Naves e Rezende (2007) de que não seria possível que o procurador fosse um terceiro imparcial, o juiz ou a equipe médica, devendo, portanto, ser um parente próximo do paciente. Todavia, é importante salientar que surge, então, outro problema: há relatos de parentes que não desejam cumprir a vontade do paciente, por questões éticas e/ou religiosas. Assim, nomear o cônjuge, os filhos, ou os pais é razoável, devido à proximidade e ao afeto que os une ao paciente, mas, de outro lado, é perigoso, pois estas pessoas possuem valores próprios, que podem diferir dos pacientes, além da proximidade afetiva com estes, o que pode dificultar a tomada de decisões.” (DADALTO, Luciana, *Testamento vital*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 68-69)

Em relação ao gênero diretivas antecipadas, esta expressão e seus equivalentes – tais como diretivas ou diretrizes prévias, diretivas antecipadas ou manifestação da vontade antecipada – são expressões muito genéricas que poderiam ser utilizadas em qualquer situação na qual uma pessoa pretendesse elaborar uma declaração. A falta de vinculação com o conteúdo (ou a finalidade) dos instrumentos que comporta torna inadequado o uso destas terminologias.

Esta mesma dificuldade está presente no emprego da terminologia das espécies de diretivas antecipadas, o ‘testamento vital’ e o ‘mandato duradouro’.

Caio Mário conceitua testamento como “o ato pelo qual uma pessoa dispõe de seus bens para depois de sua morte, ou faz outras declarações de última vontade”<sup>81</sup>, qualificando-o como negócio jurídico unilateral, personalíssimo, gratuito, solene, revogável, com conteúdo patrimonial ou não, e destinado a produzir efeitos após a morte.

O cotejo entre o conceito de testamento e o conteúdo inicial apresentado sobre o testamento vital evidencia a incompatibilidade entre ambos. Embora o testamento vital se aproxime do testamento em muitas das características, dele se distancia quanto ao seu conteúdo porque é essencialmente voltado a disciplina da pessoa e de seu corpo, ou seja interesses de natureza existenciais, bem como tem por objetivo produzir efeitos ainda em vida.

Esta atecnia foi percebida por Luciana Dadalto, que questiona se a denominação do instituto como testamento vital decorreu de um erro de tradução ou se realmente se pretendeu equipará-lo a um testamento<sup>82</sup>. Segundo a autora, a origem do equívoco estaria na tradução literal da expressão em língua inglesa *living will*, que inaugurou o instituto no plano jurídico em 1969, e cujos componentes apresentam múltiplos significados. A palavra *living*, de acordo com o dicionário Oxford, pode corresponder a sustento, ao adjetivo vivo e ao verbo vivendo, enquanto *will* pode ser traduzido como vontade, desejo e testamento. Assim, a tradução literal poderia ser “desejos de vida” ou “disposição de vontade de vida”.

O equívoco linguístico não ocorreu apenas na tradução da expressão para o português, tanto que podem ser encontradas as expressões *testament de vie* na França e na província canadense de Québec, *testamento biologico* na Itália e *testamento vital* na Espanha.

A crítica à terminologia usualmente empregada não acompanha a fácil possibilidade de substituição por outra nomenclatura. Em doutrina e legislação, nacional ou alienígena,

---

<sup>81</sup> PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 15.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 195, v. VI.

<sup>82</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 02.

podemos encontrar uma miríade de expressões utilizadas. Luis Kutner, autor americano que originalmente escreveu o artigo que deu início à estruturação do *living will*, propõe a utilização das expressões *declaration determining the termination of life*, *testament permitting death*, *declaration for bodily autonomy*, *declaration for ending treatment*, *body trust* ou qualquer outra expressão similar. Podemos ainda encontrar referências às instruções antecipadas ou prévias<sup>83</sup>, diretivas antecipadas, expressão ou manifestação da vontade antecipada<sup>84</sup>, diretivas de fim de vida, testamento biológico, testamento de vida, declaração de vontade do paciente terminal ou, ainda, declaração prévia de vontade do paciente terminal.

As expressões “testamento biológico” e “testamento de vida” apresentam o mesmo problema conceitual que testamento vital, isto é, apropriam-se de uma terminologia jurídica que regulamenta efeitos *post mortem*.

As expressões cunhadas por Luis Kutner são igualmente insuficientes porque levam a crer que o paciente está buscando a morte, quando o documento tem por finalidade não a busca da cessação da vida, mas regular o direito à autodeterminação corporal na seara médica.

Por outro lado, as terminologias “declaração de vontade do paciente terminal” ou “declaração prévia de vontade do paciente terminal”, esta última adotada por Luciana Dadalto<sup>85</sup>, restringem em excesso o campo de aplicação do documento, porque não há uniformidade quanto ao âmbito de validade das diretivas antecipadas, como, por exemplo, se limitadas às situações de terminalidade, ou sobre o seu objeto.

No que diz respeito ao mandato duradouro, há que considerar a observação supra de que representação e mandato não são equivalentes, e aquele não é elemento essencial deste contrato. Sendo assim, e caracterizada esta espécie de diretiva como negócio jurídico unilateral, fica afastada a sua natureza contratual bilateral inerente ao mandato. Verifica-se novamente a impropriedade da expressão técnica que vem sendo utilizada.

A despeito das críticas, preferimos utilizar ao longo deste trabalho as expressões que se tornaram conhecidas, tanto em razão de sua popularização como por não haver sido encontradas expressões que melhor designem os institutos que ora se analisa.

#### 1.4 Uma breve síntese

---

<sup>83</sup> O termo instruções prévias é utilizado na legislação catalã, conforme Lei n. 41, de 15.11.2002.

<sup>84</sup> O termo manifestação de vontade antecipada é utilizado na legislação uruguaia, conforme Lei n. 18.473, de 17.03.2009.

<sup>85</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 05.

Neste capítulo buscou-se discorrer sobre as bases principais das diretivas antecipadas e o estado atual do instituto em algumas legislações. Contudo, conforme assinalado, não há no país lei expressa que cuide da questão, omissão que não parece impedir a utilização do instituto, por aplicação direta das normas constitucionais<sup>86</sup>, o que se justificará no próximo capítulo ao se analisar a dignidade da pessoa humana e a autonomia privada.

---

<sup>86</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 222.

## 2 A LEGITIMIDADE DA DECLARAÇÃO: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A AUTONOMIA PRIVADA NAS RELAÇÕES EXISTENCIAIS

### 2.1 A dignidade da pessoa humana

O conceito de dignidade da pessoa humana tem como marcos a doutrina de São Tomás de Aquino, Pico della Mirandola e de Kant, embora já fosse conhecido e discutido desde a antiguidade clássica<sup>87</sup>.

Na doutrina de São Tomás de Aquino a noção de dignidade da pessoa humana funda-se na identificação entre Deus e homem, este criado à imagem e semelhança daquele, bem como na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana, de modo que o ser humano, livre por natureza, em razão de sua dignidade, existe por sua própria vontade. Com Pico della Mirandola dissocia-se, pela primeira vez, o Criador da criatura e o elogio à dignidade humana é afirmado expressamente, independentemente de sua origem ser ou não teológica<sup>88</sup>.

Mas é o pensamento de Immanuel Kant, também despido de religiosidade, que mais influenciaria na conceituação do instituto. Partindo da autonomia ética do ser humano e de sua racionalidade, Kant assinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de

---

<sup>87</sup> “Até o pensamento tomista, a dignidade da pessoa tinha ora uma fundamentação eminentemente social, fundada no reconhecimento social de uma pessoa por outra, ora moral, vinculado à liberdade pessoal de cada indivíduo. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet: “Assim, especialmente em relação a Roma – notadamente a partir das formulações de Cícero, que desenvolveu uma compreensão de dignidade desvinculada do cargo ou posição social – é possível reconhecer a coexistência de um sentido moral (seja no que diz às virtudes pessoais do mérito, integridade, lealdade, entre outras, seja na acepção estática referida) e sociopolítico de dignidade (aqui no sentido da posição social e política ocupada pelo indivíduo)” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6.ed. rev. e atual Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30-31).

<sup>88</sup> “Finalmente, pareceu-me ter compreendido por que razão é o homem o mais feliz de todos os seres animados e digno, por isso, de toda a admiração, e qual enfim a condição que lhe coube em sorte na ordem universal, invejável não só pelas bestas, mas também pelos astros e até pelos espíritos supramundanos. Coisa inacreditável e maravilhosa. E como não? Já que precisamente por isso o homem é dito e considerado justamente um grande milagre e um ser animado, sem dúvida digno de ser admirado.

(...)

Estabeleceu, portanto, o óptimo artífice que, àquele a quem nada de especificamente próprio podia conceder, fosse comum tudo o que tinha sido dado parcelarmente aos outros. Assim, tomou o homem como obra de natureza indefinida e, colocando-o no meio do mundo, falou-lhe deste modo: ‘Ó Adão, não te demos nem um lugar determinado, nem um aspecto que te seja próprio, nem tarefa alguma específica, a fim de que obtenhas e possuas aquele lugar, aquele aspecto, aquela tarefa que tu seguramente desejares, tudo segundo o teu parecer e a tua decisão. A natureza bem definida dos outros seres é refreada por leis por nós prescritas. Tu, pelo contrário, não constrangido por nenhuma limitação, determiná-la-ás para ti, segundo o teu arbítrio, a cujo poder te entreguei. Coloquei-te no meio do mundo para que daí possas olhar melhor tudo o que há no mundo. Não te fizemos celeste nem terreno, nem mortal nem imortal, a fim de que tu, árbitro e soberano artífice de ti mesmo, te plasmasses e te informasses, na forma que tivesses seguramente escolhido. Poderás degenerar até aos seres que são as bestas, poderás regenerar-te até às realidades superiores que são divinas, por decisão do teu ânimo.’” (MIRANDOLA, Giovanni Pico della. *Discurso sobre a dignidade do homem* (extrato). Disponível em: <<http://www2.crb.ucp.pt/historia/mirandola.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2012.

autodeterminação e atuação em conformidade com a representação de certas leis, é característica encontrada apenas nos seres racionais, de modo que<sup>89</sup>

(...) o Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim...

E complementa sua tese afirmando que<sup>90</sup>

(...) no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade... Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade.

Conquanto não seja indene de críticas<sup>91</sup>, em especial porque não permite que se extraiam facilmente seus contornos e limites, esse conceito tornou-se o fundamento filosófico que permitiu a construção de conceitos jurídicos de dignidade<sup>92</sup>.

Maria Celina Bodin de Moraes, tomando a concepção kantiana para concretização jurídica da dignidade, afirma que a dignidade pode ser decomposta em quatro substratos ou

<sup>89</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Apud: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª ed. rev. e atual Porto Alegre: Livraria do Advogado, 6.ed. rev. e atual., 2008, p. 33-34.

<sup>90</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>91</sup> “De outra parte, a concepção kantiana, ao menos se interpretada restritivamente, acaba por remeter à pergunta (que, de resto, ainda não obteve resposta consensual) sobre o início e o fim da dignidade da pessoa, além de toda uma gama de outros questionamentos que aqui não temos condições nem temos a intenção de desenvolver e que tanta relevância tem assumido no âmbito da biotecnologia e do assim designado ‘biodireito’, notadamente no que diz com a proteção jurídica do embrião (e do patrimônio genético da pessoa em geral) em face de toda a sorte de manipulações, assim como nas questões vinculadas à dignidade no final da vida, especialmente naquilo que envolve a discussão em torno da viabilidade e dos limites da eutanásia. De qualquer modo, incensurável, isto sim, como teremos oportunidade de demonstrar no próximo segmento, é a permanência da concepção kantiana no sentido de que a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim, e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6.ed. rev. e atual Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 37)

<sup>92</sup> Sobre a origem e evolução do conceito de dignidade, cita-se Luis Roberto Barroso: “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. Convertida em um conceito jurídico, a dificuldade presente está em dar a ela um conteúdo mínimo, que a torne uma categoria operacional e útil, tanto na prática doméstica de cada país quanto no discurso transnacional.” (BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. [S.l.: s.n., dez. 2010]. p. 4. Versão provisória para debate público. Mimeografado. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em 25 jun. 2012.)

subprincípios: a) o sujeito moral que reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; b) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica; c) dotado de autodeterminação; d) parte de um grupo social no qual não pode ser marginalizado<sup>93</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet a define como<sup>94</sup>

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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Outra não foi a conclusão do Tribunal Constitucional alemão ao definir o conteúdo dessa cláusula, prevista no Art. 1 I do GG. Como afirmado pelo Tribunal em julgamento em dezembro de 1970, “para estar presente uma violação da dignidade humana o atingido precisa ter sido submetido a um tratamento que coloque em xeque, de antemão, sua qualidade de sujeito [de direitos], ou haver no caso concreto um desrespeito arbitrário à sua dignidade”<sup>95</sup>.

A multiplicidade de significados atribuídos à dignidade da pessoa humana evidencia a dificuldade em se precisar o seu conteúdo mínimo. Entretanto, três elementos parecem comuns aos conceitos usuais de dignidade: a) a qualidade inerente à condição humana, b) a capacidade de definir-se a si mesma como pessoa e de atuar de acordo com seus desígnios e c) a possibilidade de ver-se como parte de um grupamento social<sup>96</sup>, correspondentes vertentes individuais e coletivas<sup>97</sup>.

<sup>93</sup> “São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade. De fato, quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir o princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim, fazendo a pessoa, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 3 tiragem, 2007, p. 85)

<sup>94</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª ed. rev. e atual Porto Alegre: Livraria do Advogado, 6.ed. rev. e atual., 2008, p. 63.

<sup>95</sup> MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Montevidéu: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 181.

<sup>96</sup> “A dignidade, como assinalado, é um conceito cujo sentido e alcance sofrem influências históricas, religiosas e políticas, sendo suscetível de variação nas diferentes jurisdições. Nada obstante, a ambição do presente estudo é a de dar a ela um sentido mínimo universalizável, aplicável a qualquer ser humano, onde quer que se encontre. Um esforço em busca de um conteúdo humanista, transnacional e transcultural. Ao longo do texto, ficou clara a conexão estreita entre a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos (ou fundamentais). Em verdade, dignidade humana e direitos humanos são duas faces de uma só moeda, ou, na imagem corrente, as duas faces de Jano: uma, voltada para a filosofia, expressa os valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de igual respeito e consideração; a outra, voltada para o Direito, traduz posições jurídicas titularizadas pelos indivíduos, tuteladas por normas coercitivas e pela atuação judicial. Em suma: a moral sob a forma de Direito. Confirmam-se, a seguir, aspectos dos três conteúdos essenciais da dignidade: valor intrínseco, autonomia e valor social da pessoa humana.” (BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. [S.l.: s.n., dez. 2010]. p.

A forma jurídica de tradução da dignidade reflete um pensamento estático, focado na pessoa como ente histórico, em que o respeito a sua condição é alcançado pela intangibilidade de seus atributos.

A percepção do homem como ser individualizado no mundo, merecedor de tratamento digno, surge de uma análise sob uma perspectiva ética, em que são considerados a personalidade, o histórico de vida, os interesses etc. como parte da formação do conceito.

Sob esta vertente, vida digna não será apenas aquela que respeite as garantias e direitos fundamentais inerentes à pessoa, mas que respeite os valores e interesses pessoais, decorrentes de um processo de construção de ser no mundo<sup>98</sup>.

Esta ideia foi defendida por Ronald Dworkin, para quem “o direito de uma pessoa a ser tratada com dignidade é o direito a que os outros reconheçam seus verdadeiros interesses críticos”<sup>99</sup>, entendidos estes interesses como as convicções pessoais acerca do valor intrínseco da vida humana e de sua santidade<sup>100</sup>.

Segundo Dworkin, o valor intrínseco da vida humana, ou, como indicado pelo autor, a santidade da vida humana, decorre de um valor instrumental, isto é, do grau de interferência na vida de terceiros; como valor subjetivamente valioso, quando a análise recai sobre o valor da vida para a própria pessoa, do “quanto ela quer estar viva”; e, um valor pessoal, qual seja, o valor que uma vida para a pessoa de que se trata<sup>101</sup>. A partir dessa análise, o filósofo argui que enquanto o valor instrumental é obtido mediante convenção social<sup>102</sup>, os valores subjetivo e pessoal são definidos a partir de posições individuais que decorrem de seus interesses

21. Versão provisória para debate público. Mimeografado. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em 25 jun. 2012)

97 As diferentes vertentes— individual e coletiva —, ensinam o que Luis Roberto Barroso qualificou como dignidade como autonomia e heteronomia. A dignidade como autonomia refere-se à perspectiva individual, onde se destaca a capacidade de autodeterminação, as condições para o exercício da autodeterminação, a universalidade e a inerência da dignidade ao ser humano; a dignidade como heteronomia constitui o aspecto social do conceito, relativo à moralidade social e ao bem comum. Como adverte o autor, “conceito de ‘dignidade como heteronomia’ funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la.” (BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. [S.l.: s.n., 20—].p. 22. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a\\_morte\\_como\\_ela\\_e\\_dignidade\\_e\\_autonomia\\_no\\_final\\_da\\_vida.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf)>. Acesso em: 12 abr. 2012)

<sup>98</sup> A expressão “ser no mundo” é uma tradução de *Dasein*, utilizada por Heidegger na obra “Ser e Tempo” para descrever a relação homem e mundo. Para Heidegger, existe uma simultaneidade da existência homem e mundo, de modo que um existe no outro e completa a sua experiência.

<sup>99</sup> DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.339.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 337.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 337.

críticos, isto é, daquelas convicções que dizem respeito a uma vida bem-sucedida, que conferem sentido à experiência de vida<sup>103</sup>.

Assim, vida digna é 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.

Essa forma de pensar a dignidade explica por que tanto se deve aceitar a busca para manter-se vivo como a vontade de disciplinar a forma como se morre; essa é a razão pela qual atualmente se reconhece que existe dignidade na vida e na morte<sup>104</sup>. Se a vida é um processo contínuo que culmina com a morte, não faria sentido extirpar deste último marco temporal de existência a aplicação da dignidade.

Como salientado por Dworkin ao referir-se à eutanásia, em passagem que se pode estender às diretivas antecipadas<sup>105</sup>,

(...) 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 uma envolve decisões não apenas sobre os direitos e interesses de pessoas em particular, mas sobre a importância intrínseca e cósmica da vida humana em si. Em cada caso, as opiniões de dividem não porque alguns desprezem 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 que outros aprovam, mas que para ele representa uma terrível contradição de sua própria vida, é uma devastadora e odiosa forma de tirania.

A inclusão de uma perspectiva individual na configuração de uma vida digna está em consonância com o valor que direciona o ordenamento, como também atende ao pluralismo cultural tutelado na Constituição.

A primeira das advertências – a dignidade como valor fundante do ordenamento – decorre de sua qualificação como valor e princípio jurídico<sup>106</sup>. Valor, porque a dignidade

<sup>103</sup> “Em sua maioria, essas ideias diferentes sobre uma vida boa são intuitivas e latentes; só as reexaminamos nos momentos de crises especiais ou em situações dramáticas. Ainda assim, essas ideias latentes estão sempre ali, guiando decisões e escolhas que podem nos parecer automáticas, e explicando, ao menos em parte, a alegria, o tédio, a pena ou a tristeza que nos acometem nas ocasiões em que questionamos os rumos que nossas vidas estão tomando. É absolutamente crucial, porém, observar que essas diferentes opiniões e convicções, por mais inarticuladas ou latentes que possam ser, são críticas no sentido de que dizem respeito ao que torna uma vida bem-sucedida, e não fracassada; em outras palavras, remetem àquelas circunstâncias em que alguém conferiu sentido à sua vida, em vez de simplesmente pô-la a perder. Não se trata, portanto, apenas de opiniões a respeito de como tornar a vida prazerosa ou agradável minuto após minuto, dia após dia.” (Ibid., p. 283).

<sup>104</sup> “Ora, viver e morrer são dois lados de uma mesma moeda. E, se viver é, a todo custo, manter-se em uma situação agônica, que contraria o ideal de dignidade formulado por aquele que padece, então, a vida deixa de ser um direito, para, num culto idólatra, transformar-se em dever.” (SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. *Autonomia Privada e Biodireito: Podemos, legitimamente, pensar em um direito de morrer?*. R. *Jur. UNIJUS*, Uberaba-MG, v. 11, n. 15, p. 190, nov. 2008)

<sup>105</sup> DWORKIN, Ronald, op. cit. nota 99, p. 306-307.

conforma os institutos jurídicos de modo a conferir a primazia à pessoa e à tutela de seus interesses existenciais<sup>107</sup>; princípio<sup>108</sup>, porque consta do catálogo de princípios jurídicos de nosso ordenamento, sem que se confunda, contudo, com o rol de direitos fundamentais<sup>109</sup>. A distinção entre o princípio da dignidade e os direitos fundamentais afigura-se pertinente, na medida em que não há que falar em conflito no âmbito da dignidade, a qual serve tão somente como critério de solução de conflitos fáticos ou normativos<sup>110</sup>.

A segunda advertência revela que não há mais espaço no cenário político e jurídico para a tutela de apenas uma concepção de bem. John Rawls advertira que as pessoas possuem convicções filosóficas e religiosas irreconciliáveis, existindo uma miríade de interesses e valores na sociedade<sup>111</sup>. Assim, o ordenamento social ganhará tanto mais legitimidade quanto lhe for possível congregar os mais variados valores, minoritários ou majoritários<sup>112</sup>.

---

<sup>106</sup> “Primeiro, os princípios jurídicos não se identificam com valores, na medida em que eles não determinam o que deve ser, mas o que é melhor. Da mesma forma, no caso de uma colisão entre valores, a solução não determina o que é devido, apenas indica o que é melhor. Em vez do caráter deontológico dos princípios, os valores possuem tão-só o axiológico.” (ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Salvador: [s.n.], v. I, n. 4, jul. 2001. p. 18. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 26 jun. 2012).

<sup>107</sup> “A dignidade humana tem seu berço secular na filosofia. Constitui, assim, em primeiro lugar, um *valor*, que é conceito axiológico, ligado à ideia de bom, justo, virtuoso. Nessa condição, ela se situa ao lado de outros valores centrais para o Direito, como justiça, segurança e solidariedade. É nesse plano ético que a dignidade se torna, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.” (BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. [S.l.: s.n., dez. 2010]. p. 9. Versão provisória para debate público. Mimeografado. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em 25 jun. 2012.)

<sup>108</sup> “Princípios são, portanto, “normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”; são, por conseguinte, mandamentos de otimização.” (SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 25, 2002)

<sup>109</sup> “Inspirando-se – neste particular – especialmente no constitucionalismo lusitano e hispânico, o Constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guiando-a, pela primeira vez – consoante já reiteradamente frisado – à condição de princípio (e valor) fundamental (artigo 1º, inciso III).” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 71)

<sup>110</sup> BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. [S.l.: s.n., dez. 2010]. p. 13. Versão provisória para debate público. Mimeografado. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em 25 jun. 2012.

<sup>111</sup> “As condições históricas e sociais dos regimes democráticos modernos encontram sua origem nas guerras de religião que se seguiram à Reforma, no desenvolvimento do princípio de tolerância que ela acarretou e, por outro lado, na extensão da modalidade de governo constitucional e das economias ligadas a um vasto mercado industrial. Essas condições afetam profundamente os imperativos de uma concepção concretizável de justiça. Entre outras coisas, tal concepção deve levar em conta uma diversidade de doutrinas gerais e abrangentes e uma pluralidade de concepções opostas e verdadeiramente impossíveis de serem avaliadas relativas ao sentido, ao valor e à finalidade da vida humana (ou daquilo que chamarei mais sucintamente de ‘concepções do bem’), defendidas pelos cidadãos das sociedades democráticas.” (RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 251)

<sup>112</sup> “O vínculo da participação numa sociedade pautada pelo pluralismo compreende, cada vez mais, o respeito aos direitos dos membros das diversas culturas minoritárias – este, o único meio de proteger a pessoa humana em suas relações concretas, e não mais o ‘cidadão’, conceito abstrato, historicamente ligado ao exercício dos direitos políticos. Neste particular, os estados da Europa, também por força dos resquícios colonialistas, deparam-se com os dilemas postos pelas atuais e complexas dimensões conferidas ao direito da igualdade.

Esta concepção de dignidade, que compreende e respeita os interesses pessoais fundamentais, opõe-se ao reconhecimento da intangibilidade da vida humana e da dignidade. Para Flávio de Araújo Willeman, que encampa esta vertente<sup>113</sup>

(...) apesar de as doutrinas modernas não estabelecerem um conceito apriorístico e determinado do que seja a dignidade humana como valor a guiar a aplicação e interpretação dos direitos fundamentais, mas estabelecerem que no referido conceito está, certamente, a possibilidade de cidadão ser responsável pelos destinos da sua existência e vida, creio que tal concepção não pode ser levada ao extremo, sobretudo em um país como o Brasil, dotado de quantidade imensa de seitas e religiões, com fundamentos dos mais diversos, para permitir que pessoas, muitas das vezes influenciadas por pregações alheias, mas sem profunda convicção de sua real crença e de suas verdade, atente contra a própria vida. Por outro lado, não posso deixar de reafirmar que o corolário maior da dignidade humana é a vida, sem a qual, repita-se, não há falar-se ou justificar-se o exercício de nenhum outro direito para conferir dignidade a um cidadão; até porque se o destinatário da proteção estiver morto, não será possível pretender proteger a dignidade humana.

A divergência não se cinge ao conceito de vida digna. A definição do que seja dignidade é apenas a primeira etapa da solução, cujo questionamento seguinte envolve discussão acerca da possibilidade da prática de atos de disposição ou de alienação de direitos fundamentais.

Algumas observações prévias merecem destaque: em primeiro lugar, a dignidade da pessoa humana, embora princípio ao qual se reconduzam, direta ou indiretamente, os direitos fundamentais<sup>114</sup>, com ele não se confunde. Em segundo lugar, a discussão acerca da renúncia de direitos fundamentais pressupõe o reconhecimento de uma indisponibilidade que, contudo, não conta com precisão terminológica<sup>115</sup>.

Sobre este tema, pertinente a observação de Letícia de Campos Velho Martel<sup>116</sup>:

---

A presença, num mesmo território, de uma pluralidade de culturas, como ocorre tanto na Europa como nos Estados Unidos – situação a que também nós estamos acostumados -, se tem constituído, de fato, nos nossos dias, como um grande desafio à regulamentação ética e jurídica, na medida em que evidencia diferença, seja no plano das concepções de vida (concepções culturais, filosóficas, religiosas), seja no plano dos comportamentos (usos, costumes, tradições), que põem em cheque a suficiência do princípio da igualdade, tanto formal como substancial.

Considera-se, modernamente, que ao princípio da igualdade deve ser integrado o princípio da diversidade, ou seja, o respeito à especificidade de cada cultura. A identidade da cultura de origem é um valor que se deve reconhecer, encontrando-se o respeito à identidade e à diferença cultural na base do próprio princípio da igualdade, que justamente o funda e sustenta.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 3 tiragem, 2007, p. 93)

<sup>113</sup> WILLEMANN, Flávio de Araújo. Recusa de tratamento da saúde com fundamento em crença religiosa e o dever do Estado de proteger a vida humana: o caso de transfusão de sangue em testemunha de Jeová. *Revista EMERJ*, v. 13, n. 50, p. 174, abri./maio/jun. 2010.

<sup>114</sup> “O conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos. Isto é: terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles” (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2.ed. ampl. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p.128.)

<sup>115</sup> Opta-se por tratar sobre a flexibilização da dignidade a partir dos direitos fundamentais por serem categorias com aproximação estrutural, embora já destacada a relativa independência dos conceitos.

<sup>116</sup> MARTEL, Leticia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 339, jul./dez. 2010.

(...) muitos juristas seguem referindo, de modo laudatório, que os direitos fundamentais são indisponíveis. Apresentam casos de disposição de direitos fundamentais (ou da personalidade) como anomalias incapazes de afetar o epíteto indisponíveis. É pouco comum que se elabore a definição do que se compreende por “direito fundamental”, para que se possa ter claro exatamente o que é indisponível. Por vezes, a idéia de que o bem protegido pelo direito é que não pode ser afetado pelo próprio titular; noutras, tem-se a noção de que terceiros não podem interferir em direito alheio, mesmo com o consentimento do titular.

Após análise de doutrina e jurisprudência, a autora conclui que usualmente se utiliza a expressão “indisponível” quando se quer referir ao que não é passível de abdicção (inclusive quando se refere ao enfraquecimento de uma posição jurídica de vantagem)<sup>117</sup>, embora se encontrem alusões à indisponibilidade do bem jurídico protegido, à relação jurídica subjacente ou mesmo como qualidade intrínseca dos direitos fundamentais<sup>118</sup>.

Tendo construído o conceito, a autora elabora uma síntese acerca dos posicionamentos quanto à possibilidade de disposição de direitos fundamentais, referindo-se a três distintos posicionamentos: a) indisponibilidade dos direitos fundamentais; b) disponibilidade relativa ou temperada dos direitos fundamentais; c) disponibilidade *prima facie* dos direitos fundamentais.

Para Leticia Martel, contudo, a resposta acerca da disponibilidade dos direitos fundamentais não está apenas na carga semântica da expressão “disponibilidade”. A solução da controvérsia parte, inicialmente, da compreensão de que os direitos fundamentais possuem uma dimensão subjetiva, representativa da relação de um sujeito com outro, e outra dimensão objetiva, que se refere aos instrumentos jurídicos destinados a assegurar e efetivar, direta ou indiretamente, os direitos fundamentais. Ante essa distinção, pode-se afirmar que apenas as

---

<sup>117</sup> Como é o caso do artigo 11 do Código Civil: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

<sup>118</sup>“O exame dos julgados tornou evidente que o conceito de ‘indisponível’ aplicado nem sempre é o mesmo. Em alguns, trata-se de direito não suscetível de abdicção total ou parcial, transação, acordo ou renúncia, desencadeada por *manifestação* do titular. Em outros, de direito gravado pelo interesse público ou coletivo, sem que isto implique, necessariamente, a impossibilidade de abdicção. Existem casos nos quais o conceito de indisponibilidade é combinado à possibilidade de o titular decidir pleiteá-lo em juízo ou não. Sinteticamente, os sentidos encontrados na jurisprudência são:

- a) direitos que não podem sofrer ablações, mesmo que o titular coopere para tanto;
- b) direitos que não podem ser abdicados por manifestação pelo titular;
- c) direitos gravados pelo interesse público, sem que fique claro o significado de indisponível;
- d) direitos que não estão ao alcance de um indivíduo, por não ser ele o titular;
- e) direitos que devem ser pleiteados em juízo.
- f) direitos titularizados por pessoas que não possuem capacidade plena para abdicá-los.

Entre todos os sentidos, quer os doutrinários, quer os legislativos e jurisprudenciais, opera-se a prevalência da conexão do conceito de indisponibilidade à *manifestação* do titular para abdicar do direito. Então, embora exista certo descompasso, é possível delinear uma tendência. Essa tendência é, no entanto, obscura, pois não há coerência nem aprofundamento na delimitação de qual é o objeto de abdicção, quais os casos e formas nos quais ela pode ser admitida, quais são seus limites, tampouco há congruência quanto a ser a indisponibilidade uma característica intrínseca a alguns direitos, ou uma opção normativa que grava certos direitos.” (MARTEL, Leticia de Campos Velho, MARTEL, Leticia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 351, jul./dez. 2010)

dimensões ou posições subjetivas dos direitos fundamentais (estejam conjugadas ou não com aspectos da dimensão objetiva) podem ser objeto de abdicação ou alienação, pois apenas estas apresentam vissicitudes e são titularizáveis<sup>119</sup>.

Indo além, o ato de disposição deve ter origem no titular da situação jurídica e ser consentido (ou decorrente de um ato complexo que o garanta ou dele dependa)<sup>120</sup>. Por fim, e talvez num dos mais importantes aspectos, faz-se necessário desvincular a ideia de que a disposição representa sempre uma perda de uma posição de vantagem, sendo possível que o ato represente a afirmação ou o exercício de posição subjetiva de direito fundamental<sup>121</sup>.

A autora conclui favoravelmente à disposição de direitos fundamentais<sup>122</sup>, por se tratar de elemento normativo, externo aos direitos fundamentais, sendo imprescindível o consentimento do titular da situação jurídica para tanto<sup>123</sup>.

Interessante observar que a dignidade é o fim e o limite da disposição: só é lícito dispor se a manifestação de vontade do titular da situação jurídica representar a sua

<sup>119</sup> “Uma vez cientes de que um direito fundamental como um todo possui duas dimensões, uma subjetiva e outra objetiva, e que a segunda nem sempre corresponde um direito subjetivo, tem-se um primeiro e importante elemento do conceito de disposição de direitos fundamentais. Se, *grossso modo*, ‘dispor de um direito fundamental’ significa que um titular dele ‘abre mão’, é fácil concluir que ele apenas pode fazê-lo em relação às posições subjetivas que titulariza. Não se pode ‘abrir mão’ de algo cuja titularidade não se possui. Dessa forma, o conceito de disposição de direitos fundamentais refere-se à parcela subjetiva de um direito fundamental.” (Ibid., p. 355)

<sup>120</sup> Ibid., p. 360.

<sup>121</sup> “Os exemplos da cirurgia e do transplante de rim podem auxiliar. Quando X consente em fazer uma cirurgia e autoriza o médico Y, X dispõe de posição subjetiva do direito estrito à integridade física, permitindo que Y realize atos que não poderia realizar, tudo o mais sendo igual, se não houvesse o consentimento. X, que titularizava um direito em face de Y, libera-o do dever correlativo, deixando-o na posição *dominante na relação*. X, que era titular de um direito, passa a ter um não direito ou mesmo um novo dever. Aqui se vê que a ideia de *perda* de algo parece se manifestar. X não mais está no lado dominante da relação, Y está. Entretanto, X quer realizar a cirurgia e, no exemplo, ela será benéfica para sua saúde. Então, apesar de ocorrer um enfraquecimento nas posições subjetivas de direito fundamental de X, é no seu interesse, em razão do seu querer e para sua vantagem que ele consente na disposição. O mesmo acontece no transplante *inter vivos*. Se X, pai de Z, decide consentir com a retirada de seu rim para o transplante em seu filho, dispõe de posições subjetivas de direito fundamental e permite aos outros polos das relações agir de modo que não poderiam se não houvesse o consentimento. Novamente, a modificação enfraqueceu posições subjetivas de direito fundamental de X. *In casu*, o enfraquecimento atinge um grau muito forte.

Os dois exemplos mostram, propositalmente, casos de disposição nos quais não há, propriamente, uma desvantagem *fática* para aquele que dispôs. Esta é uma face da moeda. É preciso não perder de vista a outra face. Em muitas situações a disposição pode redundar em graves desvantagens fáticas e ônus jurídicos para quem a realiza. Por isso, a qualidade do consentimento, sua interpretação, e as situações nas quais pode ser admitido como condição *suficiente* para a disposição são relevantíssimas. Do contrário, abre-se uma poderosa senda, pela qual poderão passar incólumes as explorações de circunstâncias adversas, como o estresse, baixas condições econômicas, sociais ou educacionais, ou sérias violações e o menosprezo dos direitos fundamentais, pois que travestidas de disposição.” (MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 362, jul./dez. 2010)

<sup>122</sup> Ibid., p. 366.

<sup>123</sup> Existe na doutrina uma outra forma de sustentar a flexibilização dos direitos fundamentais, justificado a partir da diferenciação entre titularidade e exercício. Este é o pensamento de Laura Schertel F. Mendes, para quem “o problema de como se buscar o máximo de proteção jurídica por meio dos direitos fundamentais e o máximo de autodeterminação individual pode ser enfrentado a partir da distinção entre a titularidade e a capacidade de exercício desses direitos. Partindo dessa distinção, passa-se a se considerar legítima a renúncia ao exercício dos direitos fundamentais e considera-se ilegítima a renúncia à sua titularidade” (MENDES, Laura Schretel F. Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso dos direitos fundamentais como um discurso de liberdade. *Direito Público*, v. 1, n. 13, p. 128, jul./ago./set. 2006)

valorização; do contrário, faculta-se a interferência externa estatal para coibir a prática do ato lesivo contra si mesmo.

As bases teóricas lançadas por Leticia Martel legitimam as diretivas antecipadas no ordenamento jurídico. Não há como negar que a manifestação de vontade consciente com a finalidade de disciplinar a forma como a pessoa quer se tratada, na seara médica, quando não puder decidir por si própria (por estar inconsciente) é um instrumento de valorização da dignidade, pois implica respeito à visão da pessoa sobre si mesma e às suas convicções pessoais<sup>124</sup>.

As diretivas antecipadas representam a antecipação de uma manifestação 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<sup>125</sup>.

Além disso, há claramente uma opção constitucional em prol da valorização de uma projeção individual da dignidade<sup>126</sup>, o que assegura o respeito das decisões da pessoa *a priori*, salvo nas hipóteses em que se verifique que há prejuízo a terceiros ou que a capacidade de autodeterminação está reduzida.

## 2.2 A autonomia

<sup>124</sup> Pertinente a observação de Carlos de Nelson Konder: “Contudo, não são claros os limites entre a livre disposição do corpo como projeção do desenvolvimento da personalidade e identidade e a sua mutilação como ato patológico; entre o ato inconsequente de diminuição permanente da integridade física e o reconhecimento de uma finalidade terapêutica em tal intervenção.” (KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: Os casos dos transexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 15, p. 50, jul./set. 2003.)

<sup>125</sup> Esse é o motivo pelo qual a exposição apoia-se na disposição de direito fundamental e não na autocolocação em risco, na medida em que a manifestação de vontade da pessoa irá vincular terceiros no futuro, os quais deverão omitir-se na realização das condutas proibidas pelo declarante.

<sup>126</sup> “É possível assentar, assim, que o conceito de dignidade como autonomia tem presença mais forte no texto constitucional, com alguma permeabilidade à dignidade como heteronomia. A prevalência dessa última, fora dos casos expressos ou inequívocos, envolverá especial ônus argumentativo. Na jurisprudência do STF, a despeito da adoção do critério da dignidade como heteronomia em um ou outro caso, é possível identificar um razoável consenso em relação a certos conteúdos da dignidade como autonomia. Ele reside, justamente, na compreensão de ser a dignidade humana o escudo protetor da “inviolabilidade do indivíduo” – especialmente no que tange a diferentes formas de manifestação da liberdade –, assim como fundamento de proteção da sua integridade física e psíquica e do repúdio ao tratamento cruel, desumano ou degradante. Merece referência, nesse contexto, a longa linha de precedentes do Superior Tribunal de Justiça sobre dano moral. Tal modalidade de dano, caracterizado por elementos como “dor, sofrimento e humilhação”, também avilta a dignidade humana. No plano infraconstitucional, especialmente no entrelaçamento da bioética com o Direito, a versão autonomista da dignidade prevalece nitidamente. O modelo adotado em diversas leis e regulações é centrado no consentimento do paciente, seus responsáveis, dos sujeitos de pesquisa ou outros envolvidos. Até mesmo no campo da morte com intervenção encontram-se enunciados normativos fundados no consentimento para as hipóteses de ortotanásia, cuidado paliativo, internação domiciliar e escolha do local da morte. 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. Mas não invariavelmente.” (BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. [S.l.: s.n., 20—]. p. 31. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a\\_morte\\_como\\_ela\\_e\\_dignidade\\_e\\_autonomia\\_no\\_final\\_da\\_vida.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf)>. Acesso em: 12 abr. 2012.)

A concepção clássica de autonomia surge no século XIX, a partir da filosofia kantiana<sup>127</sup>, para quem agente autônomo é aquele que faz suas escolhas livres de condicionamento externo<sup>128</sup>.

Inspirada pelo humanismo individualista<sup>129</sup>, a ideia kantiana de autonomia da vontade ingressa no Código Civil francês por seu art. 1.134<sup>130</sup> para erigir todo o sistema de direito privado: a vontade é a mola propulsora de todos os negócios jurídicos e a fonte principal das obrigações e dos contratos.

A configuração da autonomia da vontade como ponto central do ordenamento jurídico é o mote da reestruturação de um sistema jurídico que se transformava de feudal para liberal, destinado a assegurar à burguesia maior poder político e econômico através do livre acesso a propriedade, ao mesmo tempo em que buscava retirar dos nobres e clérigos os privilégios de riqueza e acesso à terra que lhe eram garantidos no Antigo Regime.

O ordenamento jurídico liberal foi construído de modo a assegurar que os cidadãos não fossem mais controlados pelo poder estatal, contrapondo-se ao regime absolutista em que o rei era o senhor e orientador da vida de seus súditos. O rompimento entre os paradigmas é evidente e serve para demonstrar o porquê da proeminência assumida pela autonomia da vontade.

A necessidade de ver-se desvinculado do poder estatal era, à época, uma das maiores conquistas obtidas, e representava a possibilidade de atuar nas relações sociais e jurídicas da

<sup>127</sup> “Para Kant, a razão permite esta escolha e a liberdade é mais do que a mera ausência de condicionamentos externos. Segundo Fermin Roland Schramm, a palavra autonomia ‘indica, portanto, a capacidade humana em dar-se suas próprias leis e compartilhá-las com seus semelhantes’ ou ‘a condição de uma pessoa ou de uma coletividade, capaz de determinar por ela mesma a lei à qual se submeter’, ou, sem síntese, ‘a competência da vontade humana em dar-se a si mesma sua própria lei’.” (BARBOZA, Heloísa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 408)

<sup>128</sup> Denis Franco Silva discorda da associação da concepção kantiana ao modelo liberalista do século XIX: “Entretanto, deve ser observado que a concepção de autonomia tradicionalmente aceita guarda mais do que uma relação de identidade com ideário liberal sendo, na verdade, fruto do mesmo. Não há que se falar, portanto, na existência de equivalência entre a construção kantiana da ideia de autonomia e o modo pelo qual se estruturou, tradicionalmente, aquilo que chamamos de autonomia privada na ciência do direito. Nota-se, de fato, um grande hiato entre o pensamento kantiano e o da comunidade jurídica da época, embora influenciada esta por uma ‘onda’ voluntarista individualista.” (SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 136)

<sup>129</sup> BARBOZA, Heloísa Helena, op. cit., nota 127, p. 408.

<sup>130</sup> O trecho em língua estrangeira é: “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.*”

A tradução do trecho correspondente é a seguinte: “As convenções legalmente convencionadas têm força de lei entre as pessoas que as têm firmado. Elas não podem ser revogadas senão pelo consentimento mútuo, ou por outras causas que a lei autorize. Elas devem ser executadas de boa-fé.”

forma como aprouvesse à pessoa. Não por acaso, autonomia da vontade é liberdade negativa, ou seja, possibilidade de atuação livre e plena entre os particulares, despida de qualquer interferência ou condicionamento externo<sup>131</sup>.

Como marco deste período, o acesso à apropriação de bens soma-se à não interferência estatal sobre o indivíduo. No regime absolutista que precedeu o liberalismo, o direito à propriedade era assegurado apenas aos nobres e à Igreja, de tal modo que o “ter” tornou-se representativo de “ser” em sociedade. É interessante observar que essa propriedade poderia ser tanto de bens materiais ou imateriais, inclusive da força de trabalho, eis que sendo o homem proprietário de seu corpo, dele retiraria o seu trabalho<sup>132</sup>.

Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk sintetizam a concepção liberal de propriedade e autonomia<sup>133</sup>:

O Direito Privado acaba por fulcrar-se na liberdade dos sujeitos exercida sobre suas propriedades. A tutela do direito se refere, pois, àqueles que são proprietários; quem não veste a “máscara” não é sujeito de direitos. Embora, na realidade fática, o direito restrinja suas garantias – e, mais especificamente, o Direito Privado, sua disciplina jurídica – aos proprietários de bens, a legitimação do *status quo* é oferecida pelo discurso de igualdade, que se coloca apenas no âmbito formal. O patrimonialismo do espaço privado – que, nessa fase, não cogita como valor maior a dignidade da pessoa humana – acabou por refletir nas codificações do século XIX e início do século XX.

A abstração da figura do sujeito de direito também está diretamente conectada ao patrimonialismo: o centro do ordenamento de Direito Privado é o sujeito proprietário; e o sujeito proprietário seria “máscara” que formalmente está ao alcance de todos, que são iguais perante a lei. Este mito, porém, não tardaria em ser desvelado, necessitando as codificações de outros instrumentos de legitimação.

Visualiza-se entre autonomia da vontade e propriedade, os dois institutos centrais do Liberalismo, uma relação cíclica, na qual o primeiro assegura a ampla liberdade para a celebração de negócios jurídicos e o aumento patrimonial.

Contudo, essa concepção de autonomia não se tornou infensa a críticas. Em primeiro lugar, a própria terminologia utilizada indica o fracasso do instituto: a vontade, por si só, não

<sup>131</sup> “A autonomia da vontade traduz, portanto, um poder de disposição diretamente ligado ao direito de propriedade, dentro do sistema de mercado da circulação de bens por meio de troca, e de que o instrumento jurídico próprio é o negócio jurídico. Essa autonomia significa, conseqüentemente, que o sujeito é livre para contratar, escolher com quem contratar e estabelecer o conteúdo do contrato. A autonomia privada teria, assim, como fundamento prático a propriedade particular e, como função, a livre circulação dos bens, o que pressupõe, também, a igualdade formal dos sujeitos, isto é, a igualdade de todos perante a lei. A autonomia privada revela-se, portanto, como produto e como instrumento de um processo político e econômico baseado na liberdade e na igualdade formal, com positivação jurídica nos direitos subjetivos de propriedade e de liberdade de iniciativa econômica. Seu fundamento ideológico é, portanto, o liberalismo, como doutrina que, entre outras formulações, faz da liberdade o princípio orientador da criação jurídica no âmbito do direito privado, pelo menos no seu campo maior que é o do direito das obrigações.” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3.ed. rev. e atua. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000, p. 348)

<sup>132</sup> FACHIN, Luiz Edson. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 100-101.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 101.

possui relevo jurídico até que seja exteriorizada, tampouco, como já afirmava Emilio Betti, “não consagra a faculdade de ‘querer’ no vácuo, como apraz afirmar a certo individualismo, que ainda não foi extirpado da hodierna dogmática”<sup>134</sup>.

Em segundo lugar, após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa ascendeu como valor fundamental dos ordenamentos jurídicos, movimento este que, simultaneamente, importou no decaimento do patrimônio como único bem a ser protegido pelo ordenamento jurídico.

A partir deste marco histórico, procurou-se tutelar a pessoa em razão de qualidades intrínsecas e que não poderiam ser relevadas, sob pena de afronta à condição humana. A tutela jurídica converte-se da proteção em razão do acervo patrimonial que a pessoa detém para a pessoa em si, pelo valor e pela representatividade dela no mundo.

A liberdade inspiradora da autonomia<sup>135</sup>, já (re)qualificada como autonomia privada, deixa de ser apenas aquela negativa para ser, ainda, uma liberdade positiva ou promocional, no sentido de mover a pessoa ao seu pleno desenvolvimento, de construir a sua subjetividade<sup>136</sup>:

No que diz respeito ao Direito Civil, essa relevância se manifesta de modo contundente tanto na seara dos contratos, como antes explicitado, como no âmbito da propriedade (ou mais genericamente, de formas de pertencimento) e, sobretudo, na família.

Quando se reconhece, por exemplo, com *status* constitucional, a relevância de modos de “criar, fazer e viver”, está-se a afirmar que também as formas de pertencimento exercidas por “grupos formadores da sociedade brasileira”, e que integram a constituição de suas identidades coletivas – e da identidade, sobretudo, de cada uma das pessoas que forma esse coletivo – devem ser apreendidas e chanceladas pelo Direito, na normatividade que decorre dessa liberdade coexistencial vivida, na autodeterminação que se verifica nesses modos de viver. Trata-se de liberdade positiva.

A pluralidade de concepções de liberdade como fonte de justificação da autonomia também é referida por Heloísa Helena Barboza ao referir-se a Pietro Perlingieri<sup>137</sup>:

Para Pietro Perlingieri a garantia e a realização da pessoa humana estão igualmente confiadas à liberdade fundamental expressa na Constituição. Segundo o autor a definição de liberdade é

<sup>134</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. *Brasília*, ano 41, n. 163, p. 120, jul./set. 2004.

<sup>135</sup> Como destaca Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, liberdade e autonomia não se confundem: “A liberdade é mais ampla que a autonomia. Esta compõe, é certo, uma expressão complexa e relevante da liberdade, mas não parece esgotá-la. É possível, assim, afirmar que a autonomia privada não esgota as possibilidades da liberdade no Direito Civil, seja pela sua insuficiência para dar conta da liberdade substancial, seja pela dificuldade de dar conta de relevantes expressões de liberdade positiva.” (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 129).

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>137</sup> BARBOZA, Heloísa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 409.

influenciada de modo decisivo pelo contexto cultural, antropológico e ideológico e pela concepção previamente acolhida pelo direito. Não é mais como no passado, uma liberdade natural, originária do indivíduo, como esfera de sua discricionariedade, limitada excepcionalmente pela lei, em razão de excepcional interesse do Estado. Nem tampouco é mais um “âmbito de independência” concedido pelo Estado, liberdade negativa (*liberdade da*) que corresponde à limitação da soberania do Estado nos confrontos com o indivíduo, ao qual são conferidos direitos: liberdade de pensar, de circular, de associar-se. Esse tipo de liberdade convive no sistema constitucional italiano, como no brasileiro, com a *liberdade de*, que se traduz em situações subjetivas ativas, na maioria de natureza existencial. Como esclarece Perlingieri, a introdução dessas liberdades revela o “diverso e fundamental papel assumido pela pessoa humana”, e por meio delas o valor da pessoa rompe os esquemas privatísticos nos quais esteve contido, para liberar (*sprigionare*) suas potencialidades em todos os setores da vida social, incluída a esfera pública da qual era excluído.

Em termos conceituais, Maria Celina Bodin de Moraes define autonomia como “a manifestação do poder da vontade individual, ou melhor, como a manifestação da vontade do sujeito de direitos em relação a todos os atos da vida civil, sejam patrimoniais ou não-patrimoniais”<sup>138</sup>; para Francisco Amaral, “a autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”<sup>139</sup>; Rose Melo Vencelau Meireles a qualifica como “substrato da juridicidade que o ordenamento jurídico reconhece às manifestações da vontade com vistas a criar, modificar ou extinguir situações jurídicas, de qualquer natureza que sejam”<sup>140</sup>.

Autonomia é, assim, a possibilidade de a pessoa se autodeterminar<sup>141</sup> e conduzir a sua vida em conformidade com o seu projeto pessoal, seja na seara patrimonial ou extrapatrimonial.

Não há que estranhar o exercício da autonomia também nas situações existenciais. A partir da requalificação da autonomia pela dignidade, esta passou a contemplar os interesses juridicamente protegidos, direta ou indiretamente, explícita ou implicitamente, elencados na Constituição, e que remetem tanto a interesses patrimoniais como a existenciais. Não haveria como ser diferente, na medida em que, reconhecida a dignidade da pessoa humana como valor

<sup>138</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Uma aplicação do princípio da liberdade. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 3 tiragem, 2010, p. 191.

<sup>139</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000, p. 337.

<sup>140</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 91.

<sup>141</sup> “Joaquim de Sousa Ribeiro diferencia autonomia privada, que teria um significado especificamente jurídico, de autodeterminação, que seria conceito de valor; nesse sentido, a autodeterminação ‘assinála o poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências’, conceito mais amplo que o de autonomia privada o qual ‘ligado, consequencialmente, ao reconhecimento do valor absoluto da pessoa humana, como fim em si, é uma forma de expressão da sua dignidade e individualidade próprias’.

Apesar de utilizar essa distinção, Joaquim de Sousa Ribeiro não extrema os conceitos, pois a autonomia privada seria o princípio operatório da autodeterminação: ‘dado este estreito nexo funcional entre autonomia privada e autodeterminação, compreende-se, de certo modo, que, em muitas análises, o primeiro conceito absorva e decalque o sentido do segundo, que ele transporte, em exclusivo, a carga valorativa que é própria deste, o que leva ao uso praticamente indiferenciado de ambos’”. (MEIRELES, Rose Melo Vencelau, *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 84-85)

supremo do ordenamento, os interesses dela decorrente, essencialmente vinculados à pessoa por representam a sua expressão – ou seja, existenciais –, merecem o respectivo regulamento jurídico<sup>142</sup>.

Como decorrência, amplia-se a proteção à pessoa, que passa a contar com a possibilidade de disciplinar as situações existenciais no campo do negócio jurídico. Não aquela categoria histórica de negócio jurídico, mas a que traduz os paradigmas existenciais da atualidade.

O negócio jurídico, enquanto categoria criada para exprimir a vontade, não pode mais ser compreendido como o veículo para a regulamentação de interesses privados, notadamente patrimoniais<sup>143</sup>. A sua função original deve ser abandonada, promovendo-se uma releitura do instituto à luz da dignidade da pessoa humana<sup>144</sup>.

Assim é que o negócio jurídico que envolve situações patrimoniais irá buscar sua fonte de legitimação (direta) na livre iniciativa econômica, insculpida no artigo 170 da Constituição da República. Por sua vez, tratando-se de atos de cunho existencial, não há como aproveitar-se do mesmo princípio, sob pena de mercantilizar a pessoa, em clara afronta ao valor da dignidade que a informa<sup>145</sup>.

Supera-se, pelo perfil funcional, a tese de abandono desta categoria jurídica, permitindo que situações subjetivas existenciais sejam veiculadas através do negócio jurídico, desde que a autonomia não se converta em arbítrio mas em realização da dignidade<sup>146</sup>.

---

<sup>142</sup> “Nessa linha entende Pietro Perlingieri que a patrimonialidade é um requisito, historicamente mutável, utilizado para definir a obrigação e o contrato; a autonomia ‘serve para verificar a idoneidade de um determinado bem para ser de qualquer maneira objeto de atos de autonomia’. Essa verificação leva em conta não a economicidade do regulamento acordado entre as partes, mas a sua essência, esta dirigida à realização de interesses mercedores de tutela. Delineia-se, desse modo, uma ‘equação diferente’, fundamentada no binômio ‘negociabilidade-mercedores’ do ajuste de interesses, segundo o qual os atos negociais não se exaurem nos acordos de conteúdo patrimonial.” (BARBOZA, Heloísa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 414)

<sup>143</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 120.

<sup>144</sup> “A despeito de serem valiosas as críticas, desde que se entenda que o ordenamento jurídico brasileiro adota o negócio jurídico como principal espécie de fato jurídico (arts. 104 a 184 do Código Civil) e que ele se adequa à concepção que o ordenamento no qual está inserido lhe confere, tem-se um negócio jurídico que não espelha mais no individualismo que o justificava, mas acompanha as transformações qualitativas que a autonomia privada vem sofrendo. Sendo assim, não é demais propugnar pela possibilidade de existirem negócios jurídicos existenciais, mais difícil é conferir unidade a essa categoria.” (Ibid., p. 122)

<sup>145</sup> “A tentativa de individualizar o fundamento da autonomia na garantia constitucional da iniciativa econômica privada (art. 41 Const.) é parcial. A negociação que tem por objeto situações subjetivas (cfr. *Infra* cap. 5, § 68) não-patrimoniais – de natureza pessoal e existencial – deve ser colocada em relação à cláusula geral de tutela da pessoa humana (art. 2º Const.)” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p 18.)

<sup>146</sup> “Autonomia não é arbítrio: o ato de autonomia em um ordenamento social não se pode eximir de realizar um valor positivo.” (Ibid., p 299)

A autonomia legitima a utilização das diretivas antecipadas para disciplinar a forma através da qual a pessoa antecipa a decisão acerca de que tratamentos médicos aceita receber quando entrar em estado de inconsciência irreversível e incurável. Cuida-se de opção condizente com a história da pessoa, com seus valores e interesses relevantes, e que recai sobre si mesma. Conforme antes assinalado, não apenas a forma como se vive define uma experiência de vida, mas também a forma como lida com a doença e a morte.

Aliás, não há dificuldade no exercício antecipado da autonomia. As diretivas são espécie de negócio jurídico sujeito a condição suspensiva, a qual, também pelo exercício da autonomia, pode ser alterado ou revogado de acordo com a conveniência do declarante.

Rejeitar a possibilidade de exercício da autonomia nesta circunstância representa a adoção de uma postura paternalista, incompatível com a dignidade da pessoa humana e com o Estado Democrático de Direito<sup>147</sup>.

Não que o paternalismo, entendido como a atuação de uma pessoa sobre outra com a finalidade de impedir que esta provoque danos a si mesma ou que aumente os riscos de danos<sup>148</sup>, seja inaceitável em quaisquer situações<sup>149</sup>. Mas para que se permita que haja a exclusão da autonomia de uma pessoa em prol da intervenção de outra pessoa ou do Estado, faz-se necessário a observância de determinados pressupostos.

Segundo Ernesto Garzón Valdés, o paternalismo está justificado quando promove ou defende a autonomia da pessoa, ou quando almeja a superação de um déficit de igualdade<sup>150</sup>. Para que esta condição esteja presente, duas premissas devem estar conjugadas: uma

<sup>147</sup> “O nosso Estado Democrático de Direito caracteriza-se, neste particular, pelo respeito à liberdade individual e pela recusa ao paternalismo autoritário e utilitarista. A tutela da própria integridade é depositada então nas mãos do sujeito.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 203)

<sup>148</sup> O trecho em língua estrangeira é: “*De acuerdo con lo expuesto, la siguiente podría ser una definición plausible del paternalismo:*

*El agente A ejerce paternalismo sobre B si y sólo si:*

*1) A ejerce poder sobre B,*

*2) con la finalidad de evitar que B lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan a sí mismo y/o le suponen un incremento del riesgo de daño (siendo estos daños de tipo físico, psíquico o económico).”* (ALEMANY, Macário. *Concepto y fundamentación del paternalismo jurídico*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. p. 273. Disponível em:

*<<http://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/concepto-y-fundamentacin-del-paternalismo-juridico-0/>>.* Acesso em: 06 jul. 2012.)

A tradução do trecho correspondente é a seguinte: “De acordo com o exposto, a seguinte poderia ser uma definição plausível de paternalismo:

1) A exerce poder sobre B;

2) com a finalidade de evitar que B leve a cabo ações ou omissões que causam danos a si mesmo e/ou suponham um incremento de risco de dano (sendo estes danos físico, psíquico ou econômico)”

<sup>149</sup> Para Macário Alemany, paternalismo é um conceito valorativamente neutro. (Ibid., p. 268)

<sup>150</sup> GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?* Alicante: biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1988. p. 172. Disponível em: *<[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5\\_08.pdf?portal=4](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_08.pdf?portal=4)>.* Acesso em: 03 set. 2011.

empírica, qual seja, a verificação de uma incompetência básica<sup>151</sup>, e outra ética-normativa, consistente no déficit provocado pela incompetência básica e que deve ser superado.

Opinião semelhante é compartilhada por Macário Alemany, que admite uma postura paternalista apenas quando a medida for a única disponível e razoável para evitar um dano ou o aumento de risco de dano a uma pessoa que apresente uma incapacidade básica e que, se lhe fosse possível, consentiria com o ato<sup>152</sup>.

Nenhuma destas situações restritas ocorre, *a priori*, em relação às diretivas antecipadas.

Lembrando que a análise, por ora, refere-se à compatibilidade das diretivas com o ordenamento, as justificativas apresentadas para a admissibilidade do paternalismo não se fazem presentes, eis que as pessoas são, salvo situações excepcionais, capazes de valorar as situações e de determinar as escolhas que pretendem seguir; ou seja, a princípio, elas não estão inseridas no conceito de incapacidade básica cunhado por ambos os autores.

A valorização da autonomia operou-se também na seara médica, que, após tantos anos inspirada por um paternalismo médico, ou seja, um marco teórico onde o paciente figurava como objeto da relação e não como ator participante, passou a privilegiar o exercício da autonomia do paciente, conforme se extrai do atual Código de Ética Médica (Resolução n. 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina):

Considerações

(...)

Subordinado à Constituição Federal e à legislação brasileira, o novo Código reafirma os direitos dos pacientes, a necessidade de informar e proteger a população assistida. Buscou-se um Código justo, pois a medicina deve equilibrar-se entre estar a serviço do paciente, da saúde pública e do bem-estar da sociedade. O imperativo é a harmonização entre os princípios das autonomias do médico e do paciente. Permeando o novo Código, esse é o contrato tácito e implícito de todo ato médico.”

Preâmbulo:

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

A Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, que regulamenta as ações e serviços de saúde, já previra, em seu artigo 7º, III, a “necessidade de preservação da autonomia das

<sup>151</sup> Garzón Valdés afirma que a competência básica refere-se a questões comuns a todas as pessoas, relativas à vida cotidiana. O autor elenca algumas hipóteses nas quais considera ausente a competência básica: a) quando se ignora elementos relevantes da situação em que tem que agir; b) quando a capacidade está reduzida ou afetada a ponto em que não se pode tomar as próprias decisões; c) quando as faculdades mentais estão temporária ou permanentemente reduzidas; d) quando a atuação decorre de compulsão; e) nas situações de irracionalidade, entendida como a não utilização de uma medida disponível de modo a evitar um perigo, sendo este o desejo da pessoa. (Ibid., p. 165-166)

<sup>152</sup> ALEMANY, Macário. *Concepto y fundamentación del paternalismo jurídico*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. p. 289. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/concepto-y-fundamentacin-del-paternalismo-juridico-0/>>. Acesso em: 06 jul. 2012.

“pessoas na defesa de sua integridade física e moral”, sendo certo que a Portaria n. 675, de 30 de março de 2006, do Ministério da Saúde estabelece como princípio do usuário da saúde o direito de consentir ou recusar “de forma livre, voluntária e esclarecida, depois de adequada informação, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo se isso acarretar risco à saúde pública”.

A prevalência da autonomia da pessoa na seara médica foi objeto de análise judicial, pelo juízo da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal na ação civil pública n. 2007.34.00.014809-3 ajuizada pelo Ministério Público Federal em que se questionava a Resolução n. 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, que tinha por conteúdo os cuidados médicos dos pacientes terminais e a possibilidade de suas dispensa. Embora a liminar tivesse sido deferida para suspender a eficácia da norma, na sentença o pedido formulado foi julgado improcedente<sup>153</sup>. Entendeu o Juiz Federal Roberto Luis Luchi Demo, no que tange à autonomia, que:

O **princípio da autonomia** reclama o envolvimento consciente do paciente no processo terapêutico e propugna o respeito às suas decisões. É direito do usuário do serviço de saúde, inclusive previsto na legislação brasileira, devendo, pois, ser sempre respeitado. Nesse prisma, para resguardar o princípio da autonomia no tratamento oferecido aos pacientes terminais, que, em geral, não apresentam estados mentais que permitam decidir conscientemente sobre as terapias possíveis, é sempre necessário recorrer à decisão da família ou do responsável legal, que passam a “falar” pelo paciente. Saliente-se que a Resolução impugnada obedece a esse princípio, estabelecendo que o próprio paciente terminal ou sua família devem estar conscientemente envolvidos na decisão de suspender cuidados extraordinários que já não se mostrem úteis, uma vez considerado irreversível o processo de morte. E sempre terão direito a recorrer a outras opiniões médicas, caso não se sintam suficientemente esclarecidos para tomar esta ou aquela diretriz.

Em síntese, a possibilidade de utilização das diretivas antecipadas para regular a intervenção sobre o corpo legitima-se pela dignidade da pessoa humana e pela autonomia, eis que, reconhecida a multiplicidade de bens e interesses tutelados em nosso ordenamento, não cabe, sob pena de ilegítimo paternalismo, impor às pessoas apenas um modelo a ser seguido.

Considerando que o tema tangencia a tutela do corpo, algumas considerações acerca da aplicação da autonomia neste campo merecem ser feitas.

### 2.2.1 A autonomia e a tutela jurídica do corpo

---

<sup>153</sup> Sentença gentilmente cedida pela Professora Heloísa Helena Barboza.

A regulação do corpo na seara civil está restrita aos artigos 13, 14 e 15 do Código Civil<sup>154</sup>, os quais, em uma análise mais aprofundada, evidenciam a dualidade e a falta de opção legislativa clara acerca de uma tutela do corpo.

O *caput* do art. 13 do Código traz ínsita a ideia de intangibilidade do corpo ao proibir, salvo por exigência médica, o ato de alienação corporal, a qualquer título, oneroso ou gratuito, que importar em prejuízo permanente ou contrariar os bons costumes. O parágrafo único deste dispositivo e o subsequente artigo 14 relativizam essa qualidade para autorizarem os atos de disposição quando para fins altruísticos ou científicos, desde que gratuitos. O artigo 15 dispõe que a pessoa não pode ser constrangida a aceitar tratamento médico quando este importar em risco de morte.

A justificativa para a adoção da intangibilidade corporal remonta a identificação do homem a Deus, que lhe deu a vida, materializando sua alma em um corpo e obrigando-o a cuidá-lo (ou seja, a cuidar de si) como forma de proteger a sua alma até o dia do julgamento final. Corpo e pessoa eram, portanto, entendidos como um só, de tal modo que cuidar de seu corpo, seria atender aos desígnios divinos.

Mesmo com a superação do religioso<sup>155</sup>, a partir da construção da modernidade e de uma concepção racionalista, no plano filosófico podemos igualmente encontrar um fundamento a justificar a intangibilidade corporal na doutrina de Kant, quando na formulação e aplicação dos imperativos categóricos fica impossibilitado o uso do homem, da pessoa, para uma finalidade diversa de si mesmo<sup>156</sup>.

A frase kantiana de que “as coisas têm preço; as pessoas, dignidade” revela a um só tempo o valor inerente à pessoa e a sua consequência, isto é, a impossibilidade de utilização da pessoa, do ser humano, como objeto ou para outros fins que não ela mesma. A pessoa não

---

<sup>154</sup> Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.  
Art. 14. 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.

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

<sup>155</sup> “Sob a ordem constitucional democrática e pluralista, o fundamento da limitação à disponibilidade, que historicamente prevaleceu nos países da família romano-germânica, deixa de ser a concepção dualista da pessoa, cingida em corpo e espírito, conforme a tradição ética judaico-cristã, da qual resulta a inviolabilidade sacra do corpo como instrumento para realização de sua missão na terra.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado*. 2.ed. rev. e atua. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011, p. 36, v. 1)

<sup>156</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 79-81.

poderia, nesses termos, dispor de si mesma, degradando sua moral, sob pena de reduzir-se a um objeto<sup>157</sup>. Para Kant<sup>158</sup>,

(...) o homem não está autorizado a vender um de seus membros por dinheiro, mesmo que devesse receber dez mil táleres por um só de seus dedos, porque de outra forma poderíamos comprar-lhes todos os membros. Pode-se dispor das coisas que não têm liberdade, mas não de um ser que possui livre-arbítrio.

É interessante observar que a incorporação da intangibilidade da pessoa, aí incluído o seu corpo, no ordenamento jurídico não ocorreu apenas pela inserção desta regra em dispositivo do Código Civil, mesmo porque, este diploma legislativo data do ano de 2002, e o preceito já poderia ser extraído explícita, pelo reconhecimento do direito à vida nas Constituições brasileiras, ou implicitamente do sistema<sup>159</sup>.

Antônio Chaves, em palestra proferida em 1985, citou Ricardo Antequera Parilli para sustentar “ser ilícito qualquer ato, mesmo consentido pelo sujeito, mediante o qual se autorize a um terceiro dispor do corpo vivo, de tal maneira que isso *implique* na extinção da vida”, na medida em que “temos todos pelo corpo humano um respeito quase religioso, tachando de bárbaros os sistemas punitivos não apenas que implicam em mutilação de um dedo sequer, como qualquer constrangimento que não as (...) penas de detenção ou de reclusão”<sup>160</sup>.

A construção clássica da teoria do negócio jurídico incluía em seu objeto apenas bens ou interesses economicamente apreciáveis. Os interesses que não pudessem ser valorados pecuniariamente envolviam valores associados à moral e aos bons costumes, afastando-os como objeto de apreensão jurídica<sup>161</sup>. Assim, o corpo, enquanto corporificação da pessoa e

<sup>157</sup> MARZANO- PARISOLI, Maria Michela. *Pensar o corpo*. Petrópolis: Editora Vozes, 2001, p. 163.

<sup>158</sup> *Ibid.*, p. 163.

<sup>159</sup> Francisco Amaral cita os arts. 159 e 1.537 do Código Civil de 1916 como dispositivos legais que tutelam o direito à vida e à integridade psicofísica (AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 3.ed. rev. e atua. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000, p. 256).

<sup>160</sup> CHAVES, Antônio. Direito à vida e ao próprio corpo. *Revista da Faculdade de Direito UFG*, 10(1-2), p. 23, jan./dez. 1986.

<sup>161</sup> A construção dos dois principais institutos civilísticos, herdada da pandectística alemã e atualizada pelo processo de codificação civil iniciado em 1804 pelo Código francês, está imbrincada com a ascensão da burguesia liberal ao poder e a compreensão do exercício da liberdade recém conquistada no campo patrimonial. Nesse sentido, esclarece Maria Celina Bodin de Moraes que “a obra da pandectística consistiu, exatamente, na seleção do material a ser transmitido pela tradição romanista – “... separando o que está morto do que ainda está vivo” -, mas foi realizada tendo-se em conta critérios que haviam sido estabelecidos por uma nova ordem de valores, os valores do liberalismo, que baseou a construção do sistema sobre dois postulados: o da exclusividade do domínio privado sobre todos os bens e o da generalização do contrato como única fonte de relações jurídicas. Embora, pois, os valores nucleares tenham sido atualizados – passando a revelar a importância e a centralidade da vontade individual -, a elaboração foi feita, estruturalmente, mediante a pré-compreensão do direito privado como um sistema de ordenação possuidor de uma força de atuação que ignora quaisquer referências temporais. O sistema de direito privado construído pelo jus-razionalismo representou, na verdade, uma ruptura com a ordem anterior, na medida em que seu conteúdo fora idealizado pelos juristas e representantes da burguesia ascendente, cujos valores ficaram assim inscritos na codificação.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e direito civil: tendências*.

desprovido desse valor, é apresentado como coisa fora de comércio, ou seja, insusceptível de apropriação.

Conquanto o corpo não pudesse ser objeto de disposição como um todo, o ordenamento não proibia os atos de alienação referentes a partes dele que fossem renováveis, como o cabelo e o sangue, e, ainda, a cessão gratuita de órgãos para fins de transplante.

Esse paradoxo é encontrado no pensamento de Kant, pois, a despeito de haver rejeitado a disposição do corpo ou de parte dele, permite-se a sua utilização para preservação da vida, como seria o caso, por exemplo, da amputação de membro<sup>162</sup>. Conforme salientado por Maria Michela Marzano-Parisoli, Kant encerra uma contradição em si mesmo, pois

De um lado, o corpo não pode ser utilizado porque sua utilização corresponderia à utilização da pessoa que não é utilizável. De outro lado, o corpo é o sinal da imperfeição humana, ele deve ser protegido e cuidado a fim de permitir à pessoa sobreviver, mas deve também ser disciplinado para não permitir que ele impeça a pessoa de ser um agente moral.

Ainda que se pudesse argumentar que as partes destacadas do corpo ganhassem autonomia e, portanto, pudessem ser tratadas como objeto dos atos jurídicos em geral, necessariamente deveria ser enfrentada a agressão ao corpo para destacar a fração do todo, o que remete à anterior questão atinente à intangibilidade.

A ausência de justificativa idônea que excepcione a regra da intangibilidade faz crer que essa exceção repouse mais em parâmetros de solidariedade<sup>163</sup> do que propriamente na indisponibilidade da pessoa, tanto que a cessão de partes do corpo<sup>164</sup> e do sangue<sup>165</sup> está submetida a rígidos requisitos legais<sup>166</sup>.

---

In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 41-42).

<sup>162</sup> MARZANO- PARISOLI, Maria Michela. *Pensar o corpo*. Petrópolis: Editora Vozes, 2001, p. 164.

<sup>163</sup> “Toda legislação de transplantes de órgãos e tecidos está calcada em uma ponderação entre liberdade e solidariedade. De um lado, a liberdade de decidir acerca do destino de seu corpo, mesmo depois da morte, respeitando convicções religiosas ou pessoais. De outro lado, a solidariedade presente na possibilidade, oferecida pela ciência médica, de que o material biológico já não mais útil ao seu portador original possa servir para garantir a saúde ou mesmo a sobrevivência de outra pessoa – a “preservação da vida de alguém por meio do uso de órgãos de outras pessoas”.” (KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, V. 1 n. 18, não paginado, 2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1357>>. Acesso em: 03 set. 2011)

<sup>164</sup> Para fins de transplante ou remoção de órgãos *post mortem*, a Lei n. 9.434/1997 exige: a) constatação de morte cerebral constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante (art. 3º); b) gratuidade do ato; c) que haja autorização para o transplante por parte do falecido, ou, na ausência do consentimento ainda em vida, que a manifestação de vontade seja externada por seus parentes ou representantes legais (arts. 4º e 5º). Em relação aos transplantes entre pessoas vivas, o art. 9º da lei exige que, além da gratuidade do ato, a) haja relação de conjugalidade (extensível à união estável) ou parentalidade consanguínea entre doador e beneficiário, b) o ato seja restrito a órgãos duplos, “partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora”.

<sup>165</sup> O art. 14, II e III, da Lei n. 10.205/2001 veda a remuneração ou comercialização de sangue e hemoderivados.

Talvez a maior dificuldade na identificação pessoa-corpo resida na fragmentação do corpo na pós-modernidade. Além do fracionamento do corpo para fins humanitários, como é o caso do já citado transplante de órgãos, o corpo não constitui mais a unidade físico-temporal da época moderna e daquela anterior a ela.

Não falamos mais em um corpo físico, senão também em um corpo perfeitamente constituído, aperfeiçoado e destinado à experimentação de sensações<sup>167</sup>, um corpo desmontado, um corpo digital. Pertinente a colocação de Stefano Rodotà acerca das transformações do corpo<sup>168</sup>:

O corpo humano está em contínua transformação. Primeiro perdeu sua unidade, decompondo-se em partes, em produtos: órgãos, tecidos, células, gametas podem ser separados do corpo de origem, postos em circulação e utilizados em outros corpos. Depois, conheceu a crise de sua materialidade quando teve início a contraposição ao corpo “físico” do chamado corpo “eletrônico”. Nos últimos tempos, reafirmou-se a importância do físico desde que os dados biométricos passaram a se revelar um instrumento indispensável para a definição e o reconhecimento da identidade pessoal.

Na *Information Age* o corpo foi desde logo considerado como um conjunto de dados, um sistema informativo. O tema do corpo, suas transformações e seu destino, torna-se assim a grande metáfora, aspecto essencial da sociedade de informação e de sua aproximação à realidade virtual.

Essa multiplicidade de partes que juntas compõem o corpo tornam inviável, na contemporaneidade, afirmar que pessoa e corpo formam uma unicidade. Contudo, a substituição da unicidade pela dissociação entre pessoa e corpo é insuficiente, como proposta teórica, para justificar um direito à disponibilidade corporal, pois os argumentos contrários fundados na moral e nos bons costumes permaneceriam. A dualidade serviria apenas para legitimar uma expansão da definição de corpo e conseguir estender as demais partes dele o mesmo regramento jurídico.

Seguindo essa linha de desidentificação entre corpo e pessoa, Maria Michela Marzano-Parisoli propõe uma nova compreensão deste vínculo, substituindo a lógica proprietária e/ou

<sup>166</sup> “De acordo com as normas jurídicas brasileiras acima referidas, o Direito estabelece dois tipos de finalidades para a disposição corporal: uma permissiva e a outra proibitiva. O primeiro tipo compreende tanto a finalidade terapêutica, (para transplante ou tratamento) quanto a finalidade científica (para pesquisas), ao passo que o segundo proíbe a finalidade lucrativa. Disso decorre que qualquer ato de disposição corporal será caracterizado como doação, obedecendo, desse modo, ao princípio da não comercialização.” (SCHIOCCHET, Taysa. *Acesso e exploração de informação genética humana: da doação à repartição dos benefícios*. 2010. 256f. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010, p. 163.

<sup>167</sup> “O corpo pós-moderno é, antes de tudo, um receptor de sensações; ele absorve e digere experiências. A capacidade de ser estimulado torna-o um instrumento de prazer. Essa capacidade é chamada boa forma. Inversamente, o “estado de não estar em forma” representa langor, apatia, desinteresse, desânimo, uma resposta prostrada a qualquer estímulo; representa uma diminuição – ou simplesmente uma capacidade e um interesse “abaixo da média” – diante de novas sensações e experiências. “Estar deprimido” significa não estar disposto a “sair e aproveitar a vida”, a “se divertir”. As “doenças” mais populares e assustadoras, de uma maneira ou de outra, são enfermidades do consumo. Manter o corpo em forma significa mantê-lo pronto para absorver e ser estimulado.” (BAUMAN, Zygmunt. *Vida em fragmentos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 157-158)

<sup>168</sup> RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 19, p. 91, jul./set. 2004.

moralista por uma justificação vinculada à posse. De acordo com a autora, “entre cada pessoa e seu corpo há uma relação de exclusividade que transforma o objeto corpo em *possessão ontológica* (ou *pertença*) da pessoa”, de tal modo que simultaneamente somos e temos o corpo<sup>169</sup>. Essa relação de pertencimento, distanciando-se do direito de propriedade, não pode ser exercida em termos absolutos, encontrando limite no valor intrínseco da pessoa, ou seja, na sua dignidade<sup>170</sup>.

A argumentação busca, a um só tempo, justificar os atos prejudiciais ao corpo, quando necessários, que recaiam tanto sobre a pessoa como beneficiem a terceiros. Assim, são válidos os atos praticados a fim de preservar a saúde da pessoa como os transplantes, sem que essas possibilidades malfiram a inviolabilidade do corpo, a qual restará preservada pelo cumprimento do fim a que se presta a humanidade<sup>171</sup>.

O deslocamento do foco de uma relação de propriedade fundada na confusão entre pessoa-corpo para uma dualidade que tem por base o pertencimento, tal como formulado por Maria Michela Marzano-Parisoli, afigura-se insuficiente para retirar a influência de um regime típico de direito real sobre a relação. Isso se explica porque Marzano-Parisoli vai buscar no *dominium* romano para justificar o vínculo pessoa-corpo como pertencimento<sup>172</sup>.

Embora argumente que o *dominium*, em uma concepção filosófica, não se assemelha à propriedade porque não ostenta caráter absoluto, ainda assim tal instituto mantém-se fiel a uma concepção patrimonialista, pois conceituado por De Soto como “faculdade (*facultas*) própria de cada um que expressa o direito (*ius*) sobre uma coisa qualquer que uma pessoa

---

<sup>169</sup> MARZANO- PARISOLI, Maria Michela. *Pensar o corpo*. Petrópolis: Editora Vozes, 2001, p. 177.

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 181.

<sup>171</sup> “O corpo está portanto disponível, mas sua disponibilidade não implica a possibilidade de violá-lo, pois o corpo não é suscetível de violação enquanto coisa *sui generis*. O conceito de inviolabilidade é, de fato, muito diferente do conceito de intangibilidade e de indisponibilidade, e remete ao conceito de violação. E se o corpo não é intangível, isto não significa que ele seja suscetível de violação. Atentar contra ele significaria não reconhecer que é no e pelo corpo que a pessoa vive e realiza a sua própria existência. Assim, no filme de Greenaway *O Zoo* a mulher operada pode sobreviver mesmo sem sua perna amputada depois de um acidente, mas ela não pode mais sobreviver – e de fato ela decide suicidar-se - quando o médico lhe corta também a outra perna. O sonho do médico era transformar a sua paciente em mulher ideal, semelhante àquela do quadro de Vermeer. Entretanto, em seu corpo mutilado sem razão aparente, a mulher não pode mais viver, porque não é mais capaz de reconhecer-se: ‘Até quando eu sou eu mesma num corpo que não é mais o meu corpo?’ Aliás, o corpo não é um simples objeto com o qual a pessoa pode fazer o que quer, sem nenhuma consequência. Mas, ao mesmo tempo, a pessoa pode sempre utilizar seu corpo para viver e atingir os fins que ela julga bons para si mesma. Entre corpo e pessoa há, com efeito, uma relação íntima porque a pessoa vive em seu corpo e ela não existe a não ser corporalmente. Mas, a dignidade, a integridade, e a intangibilidade são prerrogativas da pessoa e não valores que podemos atribuir ao corpo enquanto corpo.” (*Ibid.*, p. 181)

<sup>172</sup> *Ibid.*, p. 180.

possa utilizar (*usurpare*) para sua própria comodidade e para qualquer uso permitido pela lei (*quocumque usu lege permesso*)”<sup>173</sup>.

A forma como a relação corpo e pessoa é tratada pela autora, essencialmente ligada a um instituto patrimonialista, vai de encontro à ascensão da dignidade da pessoa humana como princípio e valor que unifica e configura a base do ordenamento jurídico.

Dentro do movimento de repersonalização do Direito Civil, marcado pela Constituição da República de 1988, não há como apresentar tutela jurídica patrimonialista a um ente com caráter existencial. A partir deste marco histórico, procurou-se tutelar a pessoa em razão de qualidades intrínsecas a ela e que não poderiam ser relevadas, sob pena de mercantilização do homem. A tutela jurídica converte-se da proteção em razão do acervo patrimonial que a pessoa detém para a pessoa em si, pelo valor e pela representatividade dela no mundo<sup>174</sup>.

O corpo não possui valor econômico<sup>175</sup>, e a regulação a ele conferida pelo direito deve obrigatoriamente valer-se das normas aplicáveis às demais situações subjetivas existenciais.

A conclusão alcançada será a mesma acaso a análise tenha por pressuposto os perfis de individuação das situações subjetivas proposto por Perlingieri<sup>176</sup>, na medida em que a patrimonialidade da situação subjetiva é aferida a partir da identidade ou não entre titularidade

---

<sup>173</sup> SOTO, Domingo. *Relectio De Dominio* aos cuidados de J. Brufau Prats, In: “Relecciones y Opusculos”, Salamanca 1995, Vol I; *De Iustitia et Iure (De la justicia y del derecho)*, 5 V., Madrid 1967-68. *Apud*: TOSI, Giuseppe. Raízes teológicas dos direitos subjetivos modernos. *Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas*, Paraíba, V. 4, n. 6, p. 44, 2005.

<sup>174</sup> “A patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, no sentido de primazia, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotados pelas Constituições modernas, inclusive pela brasileira (art. 1º, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário. A tarefa não é fácil, diante do fenômeno do ‘individualismo sem subjetividade’ que é o individualismo da massificação social, da pessoa que se transforma em indivíduo que consome: livre para escolher os objetos do supermercado, mas sem qualquer legitimação para produzir novas formas de subjetividade.

O desafio que se coloca aos civilistas é a capacidade de ver as pessoas em toda a sua dimensão ontológica e, através dela, seu patrimônio superando-se o individualismo proprietário da modernidade liberal e, por igual, do individualismo de massa do consumidor na contemporaneidade, de que fala Barcellona. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens e de consumo. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis é a condição primeira de adequação do direito aos fundamentos e valores constitucionais. Por isso, como bem assevera Maria Celina Bodin de Moraes, nesse cenário de renovado humanismo passaram a ser tuteladas, com prioridade, as pessoas das crianças, dos adolescentes, dos idosos, dos portadores de deficiências físicas e mentais, dos consumidores, dos contratantes em situação de inferioridade, das vítimas de acidentes anônimos etc. O homem abstrato do liberalismo econômico cede espaço para o homem concreto da sociedade contemporânea, na busca de um humanismo socialmente comprometido.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 36, n. 141, p. 103, jan/mar. 1999)

<sup>175</sup> Para Caio Mário, os arts. 239 e 248 do Código Civil admitem implicitamente a patrimonialidade da prestação obrigacional. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 21, v. II)

<sup>176</sup> Pietro Perlingieri destaca que dentro de uma relação jurídica há o exercício de um conjunto simples ou complexo inerentes à atuação humana que qualifica como situação subjetiva. Para o autor, a qualificação das situações subjetivas não é uma, mas depende da consideração de diversos aspectos concorrentes aos quais denomina perfil, dos quais se destacam os do interesse e o funcional. Enquanto o primeiro delimita o objeto, o núcleo objetivo da relação, o perfil funcional estabelece a finalidade do instituto jurídico no ordenamento em que está inserido. O regulamento jurídico aplicável à situação dependerá da conjugação dos perfis. Para maiores detalhes, remete-se à obra: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 3.ed., 2007.

e núcleo de interesse: havendo identidade entre ambos, tal como ocorre quando a pessoa é o próprio interesse, a situação qualifica-se como existencial<sup>177</sup>.

A superação dessas críticas conduz à compreensão de que a tutela do corpo é melhor assegurada através dos direitos da personalidade enquanto categoria jurídica destinada a proteção dos interesses relacionados à essência da pessoa<sup>178</sup>, isto é, a sua dignidade. Como ressalta Denis Franco Silva<sup>179</sup>:

Sendo o corpo, a maneira pela qual ele se apresenta e o repertório de condutas a ele relacionado, inegavelmente, um traço estável da identidade pessoal cultivada por alguém, falar-se em um direito ao próprio corpo é, portanto, falar-se em dignidade subjetiva, em proteção a um direito de personalidade e a uma personalidade específica, bem como em sua inserção dentro de uma esfera de administração e disposição privada de interesses juridicamente protegidos no âmbito de uma cláusula geral de tutela da pessoa em nosso ordenamento presente através do disposto no art. 1º, III, da CF/88.

Compreenda-se neste ponto uma tutela global alinhada à cláusula geral de tutela da pessoa humana, isto é, proteção da pessoa através de um complexo de situações subjetivas que ora se qualificam como direito subjetivo, ora como faculdade, direito potestativo, dever, estado, interesse legítimo e etc., de modo a apreender as múltiplas projeções da personalidade humana<sup>180</sup>.

A associação da proteção ao corpo aos direitos da personalidade, embora permita superar uma construção jurídica voltada ao patrimonialismo, não é ainda suficiente para justificar as hipóteses nas quais a lei autoriza os atos de disposição corporal, na medida em que as situações subjetivas decorrentes daquela categoria jurídica são taxadas como indisponíveis, inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, impenhoráveis e

<sup>177</sup> “As situações existenciais pertencem à categoria do *ser*, na qual não existe dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o *ser*, e a titularidade é institucional, orgânica. A pessoa, portanto, é elemento interno e externo da relação jurídica, embora seja mais que isso, porque alcança patamar de valor. Com efeito, dizem-se existenciais as situações jurídicas pessoas ou personalíssimas no momento em que titularidade e realização coincidem com a existência mesma do valor.” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 46)

<sup>178</sup> “Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos.” (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 130)

<sup>179</sup> SILVA, Denis Franco. *Livre uso do corpo e direitos da personalidade*. No prelo, 2012. Texto gentilmente cedido pelo autor.

<sup>180</sup> “Afirmada a natureza necessariamente aberta da normativa, é da máxima importância constatar que a pessoa se realiza não através de um único esquema de situação subjetiva, mas com uma complexidade de situações que ora se apresentam como poder jurídico (*potestá*), ora como interesse legítimo, ora como direito subjetivo, faculdade, poderes. Devem ser superadas as discussões dogmáticas sobre a categoria do direito (ou dos direitos) da personalidade. Nestas discussões controvertia-se principalmente sobre a possibilidade de assimilar a personalidade à categoria (em aparência ‘geral’ e, portanto, vista – sem razão – como ‘universal’) do direito subjetivo, como tinha sido elaborado pela tradição patrimonialista. Não parece fundada, portanto, a opinião de quem nega uma tutela jurídica, ainda que na fase patológica, a tais situações porque não qualificáveis como direitos, ou no pressuposto de que elas não representariam interesses substanciais.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 3.ed., 2007, p. 155)

intransmissíveis<sup>181</sup>. Mesmo quando se sustenta que essas características são atribuídas ao objeto protegido em si, mas não em relação ao exercício do direito, percebe-se a insuficiência da construção jurídica, pois a disposição do corpo atingiria o núcleo tutelado pelo ordenamento. Taysa Schiocchet já havia observado essa incongruência ao afirmar que<sup>182</sup>:

É verdade que os códigos civis em geral reconhecem o princípio da indisponibilidade e não comercialização do corpo humana, assim como de suas partes e produtos. É verdade, também, que as partes e produtos do corpo humano podem ser, e são, objeto de convenções a título gratuito, mediante as doações. Contudo, é verdade também que, a despeito das disposições quase uníssonas das codificações civis, partes e produtos do corpo humano vem sendo objeto de contratos, os quais lhe atribuem, ainda que indiretamente, valor patrimonial. Em alguns casos, há efetivamente um aporte técnico sobre o material biológico patrimonializado (como nos casos de isolamento de um gene e criação de teste diagnóstico), mas em outros casos, o valor patrimonial está vinculado ao simples armazenamento da amostra biológica em um repositório ou biobanco. É preciso, portanto, estar ciente dessas incongruências e nuances.

Na verdade, a tutela do corpo através dos direitos da personalidade evidencia um conflito mais grave entre a integridade psicofísica e a liberdade, ambos princípios que subjazem à dignidade<sup>183</sup>, e que exige uma resposta que supera a mera identificação da relação existente entre corpo e pessoa.

No texto “Ampliando os direitos da personalidade”, Maria Celina Bodin de Moraes destacou que<sup>184</sup>:

São apenas circunstanciais as duas grandes questões que a vida social propõe hoje, não apenas aos operadores do direito, no que se refere aos direitos de personalidade: “quando” (em que circunstâncias?) e “quanto” (em que medida?), à luz do princípio maior da dignidade da pessoa humana, podemos dispor, com autonomia e informação, acerca de nós mesmos? Que limites deverão ser impostos à autodeterminação?

Para Denis Franco Silva, a solução para o conflito existente entre liberdade e respeito à integridade psicofísica resolve-se na compreensão de um direito ao próprio corpo através de uma “analogia com o paradoxal conceito de soberania”. Partindo do conceito de soberania de Giorgio Agamben, o autor entende que o titular do direito pode definir sobre a inclusão ou exclusão da ação perpetrada sobre o corpo nos limites traçados pelo legislador e desde que

<sup>181</sup> DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 47.

<sup>182</sup> SCHIOCCHET, Taysa. *Acesso e exploração de informação genética humana: da doação à repartição dos benefícios*. 2010. 256f. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010, p. 159-160.

<sup>183</sup> Utiliza-se no presente trabalho a caracterização apresentada por Maria Celina Bodin de Moraes sobre dignidade da pessoa humana, de tal modo que a conceituação jurídica do instituto pode ser decomposto em quatro postulados dos quais decorrerão os princípios jurídicos da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade.

<sup>184</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 134.

não interfira no âmbito de soberania de terceiro ou nos espaços regulamentados pelo Estado<sup>185</sup>.

Assim, três órbitas diferentes se constituiriam para se verificar a licitude do ato do ato de disposição: a) ato que não transcende o exercício de soberania da pessoa; b) ato que transcende os limites de exercício de soberania da pessoa e não interfere nos limites soberanos terceiro; c) ato que transcende os limites de exercício de soberania da pessoa e interfere nos limites soberanos terceiro.

No primeiro caso, por estar o exercício restrito ao âmbito pessoal não há ilicitude do ato de disposição, ainda que haja opiniões contrárias. Na segunda hipótese, a configuração de ilicitude depende da ocorrência de prejuízo ao terceiro ou, ao menos, que o ato praticado não tenha sido recepcionado. Por fim, quanto à última hipótese, a licitude do ato depende do âmbito delimitado pelo legislador, de modo que só será lícito se assim estiver expressamente previsto.

Semelhante ideia é partilhada por Stefano Rodotà ao discorrer sobre espaços de não direito e o limite ao exercício da liberdade, e que pode ser sintetizada na necessidade da “retirada da norma jurídica de uma série de áreas, confiando a regulação a outras formas e instrumentos, tais como as normas morais, sociais e até a força”<sup>186</sup>.

Rodotà busca o reconhecimento de um espaço individual de autonomia, ligado ao livre desenvolvimento da personalidade, “um espaço privado de decisão (que tem a vida do outro como limite) em que a escolha individual substituiria a escolha social (que seria feita pelo

<sup>185</sup> “De acordo com Giorgio Agamben, o paradoxo da soberania se enuncia da seguinte forma:

[...] o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico’. Se soberano é, de fato, aquele no qual o ordenamento reconhece o poder de proclamar o estado de exceção e de suspender, deste modo, a validade do ordenamento, então, ‘ele permanece fora do ordenamento jurídico e, todavia, pertence a este (AGAMBEN, 2002, p. 23).

(...)

Neste aspecto, é certo que o ordenamento regula o chamado direito ao próprio corpo, todavia, ao titular deste direito, ao se conferir a posição de soberano (que, como ocorre com os modernos estados nacionais é constituído *por* e possuidor *de* um *território*, ou uma delimitação espaço-temporal) permite-se que este se coloque em estado de exceção quanto à regra, decidindo quanto à inclusão ou exclusão da ação perpetrada sobre o corpo nos limites do direito vigente.

Obviamente, o reconhecimento de tal soberania sobre si e, conseqüentemente, sobre sua extensão espacial-temporal (o corpo) somente produz efeitos dentro de estritos limites que são estabelecidos, justamente, pelos espaços de soberania adjacentes e, ainda, por um espaço sobre qual o indivíduo ou qualquer outro não é reconhecido como detentor de poderes de soberania de forma individual, mas somente coletiva, através do estado.

Ao legislador, portanto, cabe a tarefa de regular, justamente, este espaço relacional existente entre núcleos de soberania distintos no que se refere ao direito ao corpo. Assim, todo e qualquer comportamento de um agente que invada o espaço de soberania de outro sem consentimento é considerado uma ofensa. Da mesma forma toda e qualquer ação que produza conseqüências no espaço entre os núcleos de soberania constituídos por pessoas individualmente consideradas, se encontra sob o império do direito estabelecido. Por sua vez, toda e qualquer ação ou comportamento que não ultrapasse os limites espaço-temporais da soberania exercida pela pessoa sobre o próprio corpo, será incluído ou excluído na norma em conformidade com a vontade do soberano, neste caso, a própria pessoa.” (SILVA, Denis Franco. *Livre uso do corpo e direitos da personalidade*. No prelo, 2012. Texto gentilmente cedido pelo autor)

<sup>186</sup> RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Milano: Fratelli, 2006. Apud: NAMUR, Samir. A inexistência de espaços de não direito e o princípio da liberdade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 42, p. 132, abr./jun. 2010.

direito)''<sup>187</sup>. Pressuposto desta concepção é a releitura do conceito de liberdade, a qual abandona o viés liberalista que marcou a sua criação jurídica para associar-se a uma concepção positiva, através da qual o Direito deixa de ser apenas instrumento de controle das liberdades públicas para se transformar em um meio de promoção social<sup>188</sup>.

Ambas as propostas concluem em favor da primazia do direito à liberdade de escolha e à autodeterminação, o que seria, *a priori*, compatível com uma ordem constitucional que destaca a importância da autonomia privada.

O afastamento da preferência da liberdade ocorreria em duas hipóteses, como decorrência da aplicação de uma regra de ponderação<sup>189</sup>.

A regra de ponderação determina que havendo um confronto entre dois ou mais direitos fundamentais, relativos a esferas jurídicas distintas ou não, e inexistindo entre eles uma opção legislativa de precedência, a compatibilização entre eles deve obedecer a um procedimento de concretização que avalie três sub-regras (ou subprincípios): adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, regras essas que deverão observar esta estrita ordem.

Não cabe no presente trabalho discutir pormenorizadamente a regra de ponderação<sup>190</sup> senão para afirmar que será mediante a compatibilização entre liberdade e integridade psicofísica, obtida através da aplicação dessa regra, que se poderá realizar a dignidade.

A primeira das hipóteses de exceção, que poderíamos qualificar como limitação inerente (ou intrínseca) à liberdade, pressupõe a capacidade de compreensão por parte da pessoa. Não há exercício de liberdade onde não esteja presente a consciência sobre o que se

<sup>187</sup> NAMUR, Samir. A inexistência de espaços de não direito e o princípio da liberdade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 42, abr./jun. 2010, p. 133.

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 141-142.

<sup>189</sup> “Assim, mesmo nos casos em que se trata de um único sujeito atuando sobre si mesmo é possível verificar a presença de interesses contrapostos, como é o caso do conflito entre integridade psicofísica e sua liberdade – ambos princípios constitucionais que servem para concretizar o princípio maior da dignidade. Ainda que em abstrato nenhum deles seja superior ao outro, é necessário aferir em concreto qual deles é mais adequado para ser aplicado. O que se vai defender aqui é que, num caso como este, em que se envolve um único sujeito na colisão entre sua integridade e sua liberdade, pelo nosso ordenamento é a liberdade que, em princípio, deve prevalecer. A liberdade individual, como veremos, é tutelada expressamente por numerosas normas do sistema, a ressaltar a importância fundamental da autonomia privada, especialmente nas relações não-patrimoniais e nas decisões que dizem respeito à vida privada. Por outro lado, quanto à integridade psicofísica, o Estado não oferece tutela em face da própria pessoa, não atribuindo, normalmente, qualquer consequência jurídica a atos de autolesão, a não ser quando se pretende enganar terceiros (como o segurador, por exemplo).” (MORAES, Maria Celina Bodin de. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 188.)

<sup>190</sup> Sobre a ponderação, sugerimos a leitura do artigo “O proporcional e o razoável” de autoria de Virgílio Afonso da Silva, disponível em *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50, 2002.

escolhe, na medida em que a pessoa não é capaz de compreender o conteúdo de seus atos e/ou determinar-se de acordo com ele e, assim, assumir a responsabilidade<sup>191</sup>.

A capacidade de discernimento é a condição para o exercício da liberdade porque pressupõe que a pessoa tenha realizado uma avaliação entre o ato praticado e a finalidade pretendida. Ausente essa capacidade de discernimento, não há como saber se o resultado foi desejado pela pessoa.

A segunda restrição a que se submete a liberdade – e que lhe é externa – é o princípio da solidariedade, também decorrente da dignidade da pessoa humana. Essa limitação decorre do reconhecimento de que a pessoa não existe sozinha em sociedade, mas coexiste e molda a si mesmo a parte das relações havidas com terceiros<sup>192</sup>. Desta forma, o exercício da liberdade em que influencie negativamente a esfera de terceiro não será merecedora de tutela por afrontar a ética solidarista que informa o ordenamento jurídico.

Conforme exposto, Denis Franco Silva já apontara a restrição à liberdade a partir de um viés solidarista ao mencionar o primado da liberdade no âmbito exclusivo da soberania da pessoa, ou, quando havendo impacto sobre terceiro, este fosse por ele recepcionado.

Essa orientação não autoriza que se conclua que o exercício da liberdade está pautado pelo cumprimento de um dever de solidariedade. Tal premissa seria incompatível com o conceito de liberdade anteriormente defendido. O exercício da liberdade encontra limite na pessoa do outro, pois a convivência em sociedade pressupõe a compatibilização entre os múltiplos projetos pessoais de vida, de modo que a fruição de um modo particular de vida não pode representar um óbice abusivo ao de outro.

A partir destes elementos, pode-se sustentar a impossibilidade de interpretação literal das normas dos artigos 13 e 15 do Código Civil.

Uma forma de interpretar o artigo 13 do Código Civil em consonância com a dignidade da pessoa humana e a autonomia seria entender que, presente a incapacidade de se expressar, e tendo a pessoa manifestado desejo de não mais receber tratamento médico nesta situação, o cumprimento desta declaração representaria a valorização da pessoa com a cessação do sofrimento. Sim, pois o prolongamento de uma vida estática pode representar, para algumas pessoas, um sofrimento psíquico<sup>193</sup>.

---

<sup>191</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 184.

<sup>192</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 146.

<sup>193</sup> O enunciado n. 06 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, encampa a tese de que o dano psíquico é causa suficiente para a disposição corporal: “Art. 13: a expressão “exigência médica” contida no art. 13 refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente”.

Em relação ao artigo 15 do Código Civil, deve-se entender que tanto em caso de risco de morte ou na inexistência deste pode a pessoa exercer o direito de recusar tratamento, na medida em que este ato é reconduzido diretamente à autonomia<sup>194</sup>. Esta é a orientação seguida por Gustavo Tepedino *et al*<sup>195</sup>:

Na esteira de tais considerações, há de ser interpretado o art. 15: não só o constrangimento que induz alguém a se submeter a tratamento com risco deve ser vedado, como também a intervenção médica imposta a paciente que, suficientemente informado, prefere a ela não se submeter, por motivos que não sejam fúteis e que se fundem na afirmação de sua própria dignidade. Nesta sede, a normativa deontológica há de se conformar aos princípios constitucionais.

A necessidade de se buscar a ponderação dos interesses em jogo foi destacada por Pietro Perlingieiri (*Perfis*, p. 298): “Aqui é suficiente recordar que não devem ser acolhidas nem a leitura (...) que exprimiria prevalentemente o dever de cada um de preservar a própria saúde no interesse exclusivo da coletividade (...), nem a oposta concepção que acentua exclusivamente o momento individual e estende a previsão sobre a inviolabilidade pessoal (...), transfigurando-a no direito à ilimitada e ilimitável disponibilidade do próprio corpo e da própria psique, até postular um indiscriminado direito à própria extinção em analogia a concepções ‘proprietárias’ do direito subjetivo”.

As diretivas antecipadas revelam-se como instrumento de realização da autodeterminação corporal, traduzindo uma forma de a pessoa indicar previamente o que aceita que seja feito sobre seu corpo.

Não basta a pessoa ser autônoma para elaborar suas diretivas. Faz-se necessário que seja capaz e declare sua vontade consciente do conteúdo e efeitos do negócio almejado.

### 2.2.2 A capacidade

Tanto o instituto da autonomia quanto o da capacidade têm como elemento central a aptidão da pessoa em entender o significado do ato por ela praticado (ou a praticar) – ou seja, discernimento – e, igualmente, a compreensão da responsabilidade inerente a esta conduta. Não há, contudo, confusão entre ambas, de modo que é possível imaginar uma situação em que uma pessoa não seja autônoma e, como tal, será incapaz, uma vez que inapta a compreender o sentido de seus atos e responsabilizar-se por ela. Mas o oposto não é

<sup>194</sup> Na V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o enunciado n. 403 que segue esta orientação: “Art. 15. O Direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI, da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante.”

<sup>195</sup> TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloísa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*. 2.ed. rev. e atua. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011, p. 43, v.I.

necessariamente verdadeiro, eis que uma pessoa autônoma (abstratamente) pode ter seus atos restringidos pelo ordenamento a título de incapacidade, seja ela relativa ou absoluta<sup>196</sup>.

Esta observação foi feita por Heloísa Helena Barboza, para quem<sup>197</sup>:

Embora inegavelmente ligadas, a autonomia privada não se esgota na capacidade civil, questão que aflora e causa perplexidade no que diz respeito aos atos praticados por incapazes. Mais do que isso, não há como negar aos que têm a sua capacidade restringida, evidentemente nos limites do razoável, o poder de decisão com relação a determinados atos do cotidiano e mesmo da vida civil.

Contudo, tem-se que a autonomia foi ressignificada a partir da dignidade da pessoa, mas a capacidade remanesceu presa ao legalismo da presunção etária e patológica, e, mais, aprisionada às situações patrimoniais.

O raciocínio pode ser avançado a partir do momento em que se evidencia que a desvinculação da autonomia do negócio jurídico a tornou uma categoria abstrata do sistema jurídico, ao passo que a capacidade manteve maior aproximação com a realidade fática e prática, apontando as situações em que o ordenamento nega a atuação pessoal independente.

Capacidade é definida como “a medida das situações de que uma pessoa pode ser titular ou que pode atuar”<sup>198</sup>. Divide-se em capacidade de direito ou de gozo ou jurídica, que define a capacidade de titularizar, em abstrato, posições em situações subjetivas; e, capacidade de fato ou de agir, que se refere a aptidão para a prática autônoma dos atos civis “e para o exercício dos direitos como efeito imediato da autonomia de que as pessoas dispõem”<sup>199</sup>.

Enquanto as pessoas naturais são dotadas de capacidade de direito, porque decorrente da personalidade<sup>200</sup>, a capacidade de fato baseia-se na habilidade da pessoa em entender o

<sup>196</sup> A comprovação dessa afirmação pode ser verificada, por exemplo, do § 2º do art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Dispõe essa norma que para a colocação da criança ou adolescente maior de doze anos em família substituta será necessário o seu consentimento. Embora não haja dúvida de que estamos diante de pessoa incapaz, resta preservado o exercício de sua autonomia, eis que sua manifestação de vontade é fator determinante para a procedência da adoção.

<sup>197</sup> BARBOZA, Heloísa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 417.

<sup>198</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116, v.1.

<sup>199</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3.ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 224.

<sup>200</sup> A propósito, informa José de Oliveira Ascensão que “os autores alemães não distinguem personalidade jurídica e capacidade (de direito). O conceito de *Rechtsfähigkeit* abrange ambos. Isso deu origem a uma aceitação acrítica por parte da alguma doutrina portuguesa. O acolhimento da expressão <capacidade de agir> não pode levar a esquecer que os conceitos são realmente diferenciados: não há vantagem nenhuma em confundi-los. A confusão deve-se ao fato de, quer a personalidade, quer a capacidade, traduzirem uma suscetibilidade abstrata. Mas distinguem-se profundamente por a personalidade ser qualitativa e a capacidade quantitativa. A capacidade é uma medida do que se pode ter ou atuar. Quem tiver personalidade tem necessariamente capacidade; já dissemos até que a pessoa física terá necessariamente algum direito. Quem tiver capacidade tem necessariamente personalidade, pois este conceito é prévio. Mas isso não nos autoriza a

mundo ao seu redor e responsabilizar-se pelos seus atos. Portanto, é natural que a capacidade de fato admita gradações, de acordo com o nível de discernimento a que a pessoa possui<sup>201</sup>. Nessa sistemática, uma pessoa pode ser absolutamente incapaz, relativamente incapaz ou capaz, sendo certo que por princípio hermenêutico as restrições a direitos devem ser expressamente consignadas pelo ordenamento<sup>202</sup>.

O Código Civil elenca nos arts. 3º e 4º as causas de incapacidade absoluta e relativa a partir de critérios biopsíquicos, os quais podem ser reconduzidos, em síntese, a questões atinentes à idade e à existência de patologias<sup>203</sup> que afetam a capacidade cognitiva da pessoa, retirando-lhe ou reduzindo-lhe o discernimento<sup>204</sup>. No primeiro caso, há incapacidade absoluta, no segundo, incapacidade relativa.

O reconhecimento de uma situação de incapacidade impõe a adoção de um regime jurídico diferenciado à pessoa portadora dessa condição por força de sua peculiar condição, de caráter nitidamente protetivo. De acordo com Célia Barbosa Abreu<sup>205</sup>

A pronúncia de incapacidade civil com a designação de um curador só consiste numa medida legítima se instituída no proveito do interdito e diante da prova cabal de sua incapacidade absoluta ou parcial. Afinal, embora a instituição do curador se dê para a proteção do incapaz, paradoxalmente, se imposta desnecessariamente, acarreta uma intervenção injustificada na sua capacidade civil e autonomia, sendo atingida a sua dignidade e demais direitos fundamentais.

---

confundi-los. É-se mais ou menos capaz, mas não se é mais ou menos pessoa.” (ASCENSÃO, José de Oliveira, op. cit., nota 198, p. 117)

<sup>201</sup> “O discernimento, ou a capacidade de compreensão e análise, provém de uma característica da condição humana, se não a mais importante, a que melhor define a nossa espécie: a racionalidade. Como seres racionais, a não ser por circunstâncias excepcionais – tais como as mencionadas – somos ‘capazes’ de raciocinar, refletir, decidir, enfim, de fazer nossas próprias escolhas.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 192)

<sup>202</sup> “Como a incapacidade é uma restrição ao poder de agir, deve ser sempre encarada *stricti iuris*, e sob a iluminação do princípio segundo o qual a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção.” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil*. 23.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 231, v. I)

<sup>203</sup> “Segundo San Tiago Dantas, a incapacidade para negociar vem “de um fato natural que o direito é obrigado a reconhecer e dar-lhe consequência jurídica”. Esses fatos naturais acham-se ligados, em linhas gerais, à idade, à saúde, ao desenvolvimento mental da pessoa, e representam, de uma forma ou de outra, um déficit no poder de deliberar do indivíduo.” (ALVIM, Arruda. ARRUDA, Thereza (Org.). *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 46, v. I)

<sup>204</sup> “As deficiências podem ser mais ou menos profundas: alcançar a totalidade do discernimento; ou, ao revés, mais superficiais: aproximar o seu portador da plena normalidade psíquica. O direito observa estas diferenças e em razão delas gradua a extensão da incapacidade, considerando, de um lado, aqueles que se mostram inaptos para o exercício dos direitos, seja em consequência de um distúrbio da mente, seja em razão da total inexperiência, seja em função da impossibilidade material de participação no comércio civil; de outro lado, os que são mais adequados à vida civil, portadores de um déficit psíquico menos pronunciado, ou já mais esclarecidos por uma experiência relativamente ponderável.” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil*. 23.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 233, v. I.)

<sup>205</sup> ABREU, Célia Barbosa. A flexibilização da curatela: uma interpretação constitucional do art. 1.772 do Código Civil Brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 37, p. 3, jan./mar. 2009.

Dentre as consequências decorrentes da incapacidade, seja ela total ou parcial, a mais conhecida é a restrição à prática autônoma dos atos civis<sup>206</sup>, de modo que a validade dos atos em que o incapaz intervenha fica condicionada à participação de seu representante, no caso dos absolutamente incapazes, que pratica o ato em nome e interesse do incapaz, ou de seu assistente, que auxilia o relativamente incapaz no ato.

Contudo, esta não é a mais relevante. A restrição ou eliminação da capacidade da pessoa dessa qualidade importa gravame mais sério, consistente na eliminação (ou restrição) da autonomia privada da pessoa, e, portanto, de sua liberdade.

A gravidade desta consequência pode ser verificada pela observação de que a liberdade é um dos componentes básicos da dignidade da pessoa humana<sup>207</sup>, razão pela qual se exige plena justificação quanto à interferência na liberdade pessoal, bem como que esta limitação incida na exata extensão necessária, sob pena de ilegalidade do ato.

Esta não é a solução adotada pelo Código Civil, na medida em que, quanto ao absolutamente incapaz, a lei presume a total ausência de discernimento para a prática de qualquer ato jurídico. Apenas quanto à incapacidade relativa a lei impõe que a declaração judicial seja acompanhada dos limites de atuação do curador<sup>208</sup>.

A teoria das incapacidades foi cunhada sob a ótica liberalista e, portanto, voltada primordialmente para a tutela do patrimônio do incapaz. Apesar dessa diretriz inicial, ela é aplicada indistintamente às situações patrimoniais e existenciais, hipótese contraditória na medida em que cada relação encontra sua fonte de legitimação em princípios distintos do ordenamento jurídico; portanto, há necessariamente diferença entre ambas as situações

<sup>206</sup> Pode-se elencar como demais consequências da incapacidade os artigos 198, I, 208, 181, 588, 589, 814, 1.691 e 2.015 do Código Civil.

<sup>207</sup> “O substrato material da dignidade deste modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) em parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade. De fato, quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir o princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim, fazendo a pessoa, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro, Renovar, 2010, p. 85)

<sup>208</sup> “Da leitura sistemática e contextual do art. 1772 do Código Civil de 2002, é possível afirmar que apenas nos casos de incapacidade relativa (art. 4º) pode-se falar em limitação da curatela. Aos absolutamente incapazes nega-se qualquer tipo de possibilidade de aferição de capacidade jurídica. Ora, não estamos, então, na contramão da história e dos avanços médicos e farmacológicos? No Brasil, os efeitos da curatela somente podem ser graduados para os relativamente incapazes, consoante literalidade do art. 1772 do Código Civil. Os absolutamente incapazes, por ausência de previsão legal, estão submetidos a um regime de incapacidade plena que não se admite gradação dos efeitos da curatela.” (MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 136)

jurídicas que impede a aplicação da mesma teoria sem a adaptação necessária. Essa é a mesma conclusão alcançada por Rafael Garcia Rodrigues<sup>209</sup>:

Ao ser analisado o regime das incapacidades, baseando-se tanto na codificação de 1916 quanto na de 2002, com o apoio da doutrina tradicional de direito civil, especificamente os manuais, observa-se claramente que a preocupação, a *ratio* que informa tal instituto, é a proteção daqueles que, presumivelmente, não têm discernimento para a administração pessoal de seus “interesses”. Entretanto, tais “interesses” são apresentados como compostos apenas por situações providas de conteúdo patrimonial. Portanto, a incapacidade, da forma como se encontra prevista no código, velho e novo, está calcada na lógica de que ao direito civil é tão-somente dado preocupar-se com as situações patrimoniais que tocam ao sujeito de direito. É necessário, por conseguinte, repensar o regime das incapacidades, especialmente, quando estiver em jogo situações jurídicas existenciais envolvendo o próprio desenvolvimento humano do indivíduo.

Evidencia-se o conflito entre o regime jurídico das incapacidades e a dignidade da pessoa, valor fundamental do ordenamento jurídico ao qual as demais normas devem cumprimento, a exigir um arranjo da teoria das incapacidades que se adegue tanto às situações existenciais.

Duas propostas permitem a adequação da teoria das incapacidades a esta atual concepção de autonomia e à dignidade da pessoa humana: pela primeira, reservar-se-ia à capacidade a regência apenas das situações patrimoniais, deixando à autonomia a solução quanto ao exercício das situações existenciais<sup>210</sup>.

Esta ideia traz como vantagem a manutenção da capacidade em conformidade com as suas origens, associada às situações patrimoniais; não haveria necessidade de alteração do significado dos arts. 3º e 4º do Código Civil, os quais apresentam solução adequadas ao patrimonialismo que os inspiraram. Por outro lado, permitir que apenas o conceito de autonomia regule as situações existenciais afigura-se pertinente em razão de sua inerência aos valores íntimos da pessoa a tornam mais próxima do valor dignidade.

Não se diga que esta separação faz com que a capacidade deixe de submeter-se à dignidade da pessoa humana: sendo este valor reconhecido como fundamental pela Constituição da República, necessariamente está a ele subordinado, de modo que, o confronto as questões existenciais sobrepõem-se aos aspectos meramente patrimoniais.

<sup>209</sup> RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. rev. e atua. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 24-25.

<sup>210</sup> “A respeito da dicotomia capacidade de direito e de fato nas situações pessoais, Michele Giorgianni afirma que não é possível transferir massivamente no âmbito das situações jurídicas pessoais a dicotomia capacidade jurídica – capacidade de agir, espécie seguramente para o âmbito daquelas patrimoniais, enquanto para as primeiras não é possível cingir a titularidade do exercício. Do mesmo modo, para Pasquale Stanzione a prospectiva sugerida se enquadra na mais geral tendência segundo a qual a dicotomia capacidade jurídica – capacidade de agir nasceu e atua no âmbito das situações jurídicas subjetivas patrimoniais, de modo que não é lícita sua transposição no campo das situações pessoais.” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 125)

Uma segunda opção metodológica é a de promover a releitura da teoria das incapacidades a partir da dignidade da pessoa humana, e a incorporação em seu eixo das situações existenciais, em uma maior aproximação da capacidade com a autonomia. Perceba-se que a capacidade haverá de ser aferida em dois graus distintos entre si: para as situações existenciais e para as situações patrimoniais, o que não representa grande inovação, eis que as justificações de ambas as situações estão associadas a princípios jurídicos distintos.

Caso que evidencia que, na prática, já se opera essa distinção é o do pródigo. O pródigo é considerado relativamente incapaz, contudo, a sua incapacidade afeta tão somente de, sem representante legal, praticar atos de disposição patrimonial que excedam a mera administração<sup>211</sup>. Nos demais casos dos arts. 3º e 4º do Código Civil não há essa ressalva.

Esta segunda proposta pressupõe a aposição de uma ressalva implícita nas hipóteses legais de incapacidade, de modo que a restrição à prática do ato civil seja compatível com o grau de discernimento da pessoa. A ideia é que a restrição e a interferência na liberdade pessoal seja realizada na exata medida do necessário, permitindo o amplo exercício de escolhas pela pessoa onde a limitação não seja adequada.

Qualquer que seja o modelo teórico adotado, o que subjaz a ambos é a necessidade de se avaliar o real discernimento da pessoa de modo a definir se possui capacidade para atuar ou não.

Especialmente nas situações existenciais, porque tem como destinatário o próprio titular da situação jurídica, há que relevar se a pessoa possui capacidade de compreender e analisar o que se quer, e, como decorrência, de responsabilizar-se por essa escolha<sup>212</sup>.

Por esta razão, pode-se afirmar que as situações subjetivas existenciais não se regem pela capacidade na forma prevista no Código Civil<sup>213</sup>, possibilitando o exercício dessas situações por pessoas que, de acordo com a aplicação literal da lei, seriam consideradas

<sup>211</sup> Art. 1.782. A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.

<sup>212</sup> “O discernimento, ou a capacidade de compreensão e análise, provém de uma característica da condição humana, se não a mais importante, a que melhor define a nossa espécie: a racionalidade. Como seres racionais, a não ser por circunstâncias excepcionais – tais como as mencionadas –, somos ‘capazes’ de raciocinar, refletir, decidir, enfim, de fazer nossas próprias escolhas. Quando temos discernimento, temos autonomia para decidir o que queremos. A consequência da capacidade é, como se sabe, a imputação de responsabilidade. A imputabilidade é a possibilidade de ser considerado, pelo direito, como o autor de seus próprios atos, devendo em consequência por eles responder. Quem não tem discernimento tampouco tem responsabilidade, e as sanções jurídicas são diferenciadas justamente com base nesta distinção. Ter discernimento é ter capacidade de entender e querer. Se o indivíduo for dotado desta capacidade, dela decorrem a autodeterminação e a imputabilidade (isto é, a responsabilidade).” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Uma aplicação do princípio da liberdade*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 192)

<sup>213</sup> “Desse modo, diante de um negócio jurídico existencial, a automática aplicação do art. 3º do Código Civil pode até impedir que se realize a sua função, porque se estaria excluindo o titular da participação de um ato que diz respeito à realização da sua própria personalidade.” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 129)

incapazes para tanto. Isto significa que a releitura do regime das incapacidades nas situações existenciais possibilita a sua mitigação, ampliando o rol de atores habilitados a atuar em favor de seus próprios interesses, fato que, em última análise, privilegia a dignidade.

Para fins de elaboração das diretivas, a pessoa deve ser capaz de compreender que este negócio representa a manipulação das intervenções médicas sobre o seu corpo e as consequências destas escolhas, as quais podem importar no abreviamento da vida. Exatamente porque desvinculado da concepção codificada de capacidade, admite-se que adolescentes entre dezesseis e dezoito anos possam elaborar suas diretivas, assim como pessoas que apresentem outras hipóteses de incapacidades que não afetam esta sua capacidade de escolha existencial<sup>214</sup>.

<sup>214</sup> Exemplo de que a capacidade pode afetar apenas parte do discernimento da pessoa está no julgamento do Recurso Especial 1.201.462/MG, julgado pela Terceira turma do Superior Tribunal de Justiça em 14.04.2011, em que foi relator o Ministro Massami Uyeda.

O caso posto em julgamento versava sobre a possibilidade de um homem declarado judicialmente como incapaz constituir união estável. O recurso foi desprovido para manter o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por considerar que a incapacidade retira a possibilidade de prática de todo e qualquer ato e negócio jurídico. Contudo, no relatório do recurso consta transcrição do relato do psiquiatra que elaborou o laudo pericial, no qual está registrado que o companheiro possuía capacidade afetiva, isto é, de estabelecer relações de afeto, embora a sua capacidade de administração patrimonial estivesse afetada, o que induz à possibilidade de se haver capacidade para alguns atos e para outros, não:

“(...)”Fixado o período de convivência entre a apelante e o pai dos apelados, não vejo como reconhecer união estável, visto que, à época, o pai dos apelados não tinha sanidade mental por seus atos civis. (...). Nesse sentido, esclarecedor trecho da sentença de f. 209: ‘passo a análise da existência de capacidade mental do de *cujus* para assumir qualquer relacionamento, a partir de março de 1997. Compulsando-se os autos de n. 99/037673-3, fls. 22, contata-se Boletim de Inspeção Médica, emitido no dia 09 de outubro de 1997, concluindo pela necessidade de aposentar o falecido por invalidez, uma vez que restou configurada hipótese prevista na alínea ‘e’ do art. 108 e seu parágrafo 5º, da Lei 869/52, ou seja, em função de ‘alienação mental.’ Importante citar o teor do aludido parágrafo. Vejamos: ‘A aposentadoria a que se referem as letras c,d e e, somente será concedida quando for verificado não estar o funcionário em condições de reassumir o exercício do cargo, depois de haver gozado licença para tratamento de saúde, pelo prazo máximo admitido neste Estatuto’ (grifo nosso). E vê-se pelo exame de fls. 18/19 daqueles autos, que foi conferida ao falecido duas licenças seguidas e antecedentes à conclusão pela aposentadoria, em consonância com a redação do parágrafo supracitado. E a primeira licença, frise-se, foi a partir do dia 22 de março de 2007. Finalmente, às fls. 13, ainda daqueles autos, consta publicação no Diário Executivo, Legislativo e Publicações de Terceiros, de 28 de junho de 1998, informando a efetivação da aposentadoria pelo motivo acima aludido. Ele, funcionário do Estado de Minas Gerais, saliente-se, nem foi readaptado em outro setor. Às fls. 27, inclusive, tem-se atestado médico, datado de 1º de julho de 1996, revelando total incapacidade de gerir a si mesmo e os bens. ‘Os outros laudos médicos citados pela apelante, com destaque para o de f. 126/130 dos autos de interdição, não infirmam a conclusão de que o pai dos apelados não tinha capacidade mental para a prática dos atos civis. Ao contrário, pois deixam claro que o pai dos apelados era incapaz para gerir sua pessoa e seus bens. A esse respeito, confira conclusão de f. 129 - TJ dos autos de interdição: ‘O periciando apresenta transtorno mental orgânico, não tendo condições para gerir sua pessoa e bens (...) o periciando tem ainda preservadas algumas capacidades mentais, mesmo que parciais, como afetividade, percepção, atenção, concentração, memória de evocação, que lhe permitem algum entendimento, suficiente para discernir sobre circunstâncias que lhe são emocionalmente empáticos, embora sem condições para entender o benéfico desempenho gerencial à sua pessoa e bens.’ Destarte, como, à época do relacionamento com a apelante, o pai dos apelados não tinha sanidade mental para responder por seus atos civis não há como reconhecer a existência de união estável entre eles. (...)”.

Eis a ementa do acórdão julgado:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO-OCORRÊNCIA - ALTERAÇÃO DA BASE FÁTICA SOB A QUAL SE FUNDOU O ARESTO A QUO - IMPOSSIBILIDADE NESTA INSTÂNCIA ESPECIAL - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ - PRETENSO COMPANHEIRO DESPROVIDO DO NECESSÁRIO DISCERNIMENTO PARA A PRÁTICA DOS ATOS DA VIDA CIVIL - IMPOSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO PRETENDIDA (UNIÃO ESTÁVEL) - RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não existe negativa de prestação jurisdicional no acórdão que, a despeito de adotar fundamento diverso daquele pretendido pela parte, efetivamente decide de forma fundamentada toda a controvérsia, como sucede in casu.

2. O recurso especial presta-se a definir a interpretação da lei federal e não a rediscutir a base fática sobre a qual se fundou o acórdão recorrido.

3. Se o "enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil" (artigo 1.548, inciso I, do Código Civil) não pode contrair núpcias, sob pena de nulidade, pela mesma razão não poderá conviver em união estável, a qual, neste caso,

### 2.2.3 A manifestação da vontade

As diretivas antecipadas devem ser o resultado de um processo volitivo da pessoa, livre de interferências externas indevidas (o que não significa a impossibilidade de consulta ou aconselhamento) e consciente do conteúdo da declaração e de seus efeitos<sup>215</sup>.

Não é propriamente a vontade que determinará o conteúdo das diretivas<sup>216</sup>, mas a sua manifestação, embora todo o processo decisório deverá ser marcado por aquelas características<sup>217</sup>.

As diretivas antecipadas são, assim, fruto de uma decisão em que a pessoa irá considerar seus interesses, anseios e valores e determinará o caminho a ser seguido em caso de futuro estado de inconsciência. Não havendo vício a incidir sobre esse processo de decisão, o negócio praticado será válido.

Em sentido contrário, e por serem as diretivas antecipadas espécie de negócio jurídico, é possível afirmar que elas estão sujeitas aos vícios que acometem, em geral, esta categoria.

Haverá nulidade quando o declarante não possuir discernimento necessário para a prática do ato, ou ainda, por exemplo, se contiver cláusula autorizando a prática de eutanásia. Apenas se ressalva a simulação, porque este vício pressupõe um acordo de vontades, hipótese

jamais será convertida em casamento. A adoção de entendimento diverso, data venia, contrariaria o próprio espírito da Constituição Federal, a qual foi expressa ao determinar a facilitação da transmutação da união estável em casamento.

4. A lei civil exige, como requisito da validade tanto dos negócios jurídicos, quanto dos atos jurídicos - no que couber -, a capacidade civil (artigo 104, 166 e 185, todos do Código Civil).

5. Não só pela impossibilidade de constatar-se o intuito de constituir família, mas também sob a perspectiva das obrigações que naturalmente emergem da convivência em união estável, tem-se que o incapaz, sem o necessário discernimento para os atos da vida civil, não pode conviver sob tal vínculo.

6. Recurso especial desprovido.

(REsp 1201462/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 27/04/2011)

<sup>215</sup> “Por isso mesmo, se o negócio jurídico é declaração de vontade e se os elementos gerais intrínsecos, ou constitutivos, são essa mesma declaração desdobrada em objeto, forma e circunstâncias negociais, e se os requisitos são qualidades dos elementos, temos que a declaração de vontade, tomada primeiramente como um todo, deverá ser: a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade; d) deliberada sem má-fé (se não for assim, o negócio poderá ser nulo, por exemplo, no primeiro caso, por coação absoluta, ou falta de seriedade; anulável por erro ou dolo, no segundo; por coação relativa, no terceiro; e por simulação, no quarto).” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*. 4.ed. atua. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 42-43)

<sup>216</sup> “Alguns doutrinadores distinguem a manifestação de vontade, entendida como qualquer exteriorização da vontade, da declaração de vontade, quando dirigida a alguém em particular. Contudo, parece melhor dizer-se que ‘A manifestação da vontade é todo comportamento, ativo ou passivo, que permite concluir pela existência dessa vontade. Usa-se em doutrina, para exprimir tal manifestação, o termo declaração de vontade e sua importância é tanta que, sem ela, o ato ou negócio simplesmente inexistente. A declaração de vontade é, assim, o instrumento da manifestação de vontade. Havendo concordância de vontades, no sentido da produção de determinado efeito jurídico, verifica-se o consentimento ou mútuo consentimento. O consentimento é, desse modo, elemento intrínseco, indispensável à validade de qualquer contrato.’” (BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Bioética e direitos da pessoa humana*. Belo horizonte: Del Rey Editora, 2012, p. 53.

<sup>217</sup> SILVA, Clóvis V. do Couto. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 63-65.

inocorrente nas diretivas, cujo ato se perfaz com a manifestação da vontade do declarante<sup>218</sup>. Tampouco é possível visualizar a divergência entre a vontade declarada e a desejada com a intenção de prejudicar terceiros.

Em relação às anulabilidades, não se afigura possível que este negócio possa sofrer influência do estado de perigo e lesão, eis que inexistente a assunção de obrigação desproporcional, bem como da fraude contra credores, que pressupõe uma transferência patrimonial<sup>219</sup>.

As demais causas podem interferir, a princípio, nas diretivas antecipadas e, assim, conduzir à anulação do negócio jurídico por erro, dolo ou coação.

Erro ou ignorância consiste na falsa ou incompleta apreensão da realidade, de modo que as consequências do ato não são inteiramente compreendidas pela pessoa, conduzindo-a a uma “falsa” concordância<sup>220</sup>. Para a teoria do erro, este deve ser de natureza essencial, ou seja, referir-se à “natureza do ato, ao objeto principal da declaração, ou a algumas qualidades a ele essenciais”, ou seja, sobre as condições determinantes para a realização do ato, inclusive quanto aos motivos<sup>221</sup>.

Dolo consiste no induzimento da pessoa em erro, no uso de artifícios para obter declaração de vontade que não seria emitida não fosse o engano<sup>222</sup>. Na sistemática do Código Civil, apenas o dolo essencial, isto é, incidente sobre os aspectos essenciais do negócio jurídico pode ensejar a anulação; o dolo acidental, que recai sobre elementos circunstanciais, importa apenas na responsabilização por perdas e danos<sup>223</sup>.

<sup>218</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3.ed. rev. e atua. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000, p. 498.

<sup>219</sup> “Ainda a respeito da anulação do negócio jurídico, os defeitos também não são disciplinados de forma adequada às situações existenciais. Em primeiro lugar, a configuração do estado de perigo, da lesão e da fraude contra credores já afasta as situações existenciais, pois está relacionada diretamente ao patrimônio da vítima. No estado de perigo, é requisito de configuração a onerosidade excessiva da obrigação, conforme dispõe o art. 156. Na lesão, requer-se a desproporcionalidade de uma prestação em relação à prestação oposta, nos termos do art. 157. Na fraude contra credores, disciplinada nos arts. 158 a 165, o defeito se põe quando a prática do negócio se dá na insolvência do devedor ou o reduz a esta condição.” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 137)

<sup>220</sup> Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Art. 139. O erro é substancial quando:

I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;

II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

<sup>221</sup> Art. 140. O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante.

<sup>222</sup> Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.

<sup>223</sup> Art. 146. O dolo acidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é acidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo.

Exemplo do dolo aplicado às diretivas, consiste na indução da pessoa a não aceitar a continuação de tratamento para uma determinada doença por lhe ter sido falsamente afirmado que o procedimento seria inócuo.

A coação é vício de vontade que decorre da realização de negócio jurídico mediante constrangimento – ameaça física ou moral<sup>224</sup>. Assim como o erro e o dolo, a coação deve ser a causa determinante do negócio, como ocorreria, por exemplo, na imposição da família para que um membro, idoso, recusar tratamento médico sob pena lhe ser suprimido a remuneração mensalmente recebida.

No que tange ao dolo e à coação, não há que falar em ação de terceiro, pois no campo das diretivas antecipadas está-se diante de negócio jurídico unilateral.

A doutrina clássica, contudo, deve sofrer alterações ao ser aplicada em situações subjetivas existenciais. Não se há de olvidar que os vícios do negócio jurídicos foram moldados para as situações com conteúdo patrimonial, não sendo possível transpô-los para o campo existencial sem os devidos ajustes.

Essa crítica foi apresentada por Rose Melo Vencelau Meireles<sup>225</sup>:

Restam o erro, o dolo e a coação, tratados, respectivamente, nos arts. 138 a 144, 145 a 150 e 151 a 155. Como vícios do consentimento, em tese, poderiam tornar defeituosas manifestações de vontade existenciais. Neste caso, porém, retoma-se a crítica feita anteriormente acerca da anulação do negócio. A sanção prevista pelo ordenamento civil para a realização de negócios jurídicos eivados com vício do consentimento é a anulabilidade, conforme prevê o art. 171, II, do Código Civil, que depende da iniciativa da parte interessada em promover a ação no prazo decadencial estabelecido no art. 178, do Código Civil. Ocorre que a principal consequência da anulação do negócio é a restauração do estado anterior, a qual geralmente não é possível nas situações existenciais e, muito menos, o é a indenização pelo equivalente. Esta regra enunciada no art. 182 é perfeitamente aplicável às situações patrimoniais, por exemplo, na compra e venda de um imóvel em erro, sendo que o imóvel já foi adquirido de boa-fé por um terceiro quando proposta a ação de anulação: não sendo possível desfazer a transmissão da propriedade, é possível a indenização pelo equivalente, ou seja, pelo valor do imóvel. Entretanto, imagine que uma pessoa é submetida a cirurgia para retirada de um dos rins, o que seria a melhor alternativa para se evitar a metástase do câncer que lhe acometia, sendo descoberto, posteriormente, que o diagnóstico de câncer estava errado ou que fora enganada pelo médico para captação de membros para um banco de órgãos a ser transplantado. Como reverter a situação? Como indenizar a pessoa pelo equivalente? Na esteira do entendimento de Pasquale Femia, é certo que as categorias de nulidade e da invalidade foram construídas com prevalente ou exclusiva atenção ao contrato de troca.

A dificuldade de aplicação desses vícios na seara das diretivas antecipadas é ainda mais grave, na medida em que as decisões sobre tratamentos médicos tem influência direta sobre a manutenção da vida da pessoa, a exigir uma maior atenção.

<sup>224</sup> Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

<sup>225</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 137-138.

Por esta razão, e embora o Código Civil almeje a preservação dos negócios jurídicos, tratando-se de situações existenciais deve prevalecer a vontade real da pessoa, ainda que diversa daquela que foi declarada<sup>226</sup>. Desse modo, sejam os vícios essenciais ou acidentais eles conduzirão à anulação do negócio, sob pena de afrontar à intangibilidade da pessoa<sup>227</sup>.

Havendo a interveniência médica no processo decisório, faz-se necessário que este preste todos os esclarecimentos necessários para a tomada de decisão da pessoa, no que se convencionou denominar de consentimento informado ou esclarecido.

O consentimento informado surgiu do Código de Nuremberg, como uma resposta às pesquisas nazistas em seres humanos, com a finalidade de coibir o tratamento desumano, sendo hoje conceito aplicado em toda seara médica.

Como esclarece Heloisa Helena Barboza<sup>228</sup>:

Pressuposto do consentimento livre é a informação ao paciente, sendo comum o uso da locução consentimento informado que não tem, porém, aceitação unânime. Na verdade trata-se da tradução do termo inglês *informed consent*, usando-se também consentimento pós-informação, consentimento consciente, consentimento esclarecido, consentimento livre e esclarecido. A divergência resulta da preocupação em traduzir o real significado a ser dado ao termo informado, pois não basta só informar, ou seja, comunicar os procedimentos a serem feitos. Na verdade, é dever do médico esclarecer ao paciente tudo que possa influir na sua decisão, como resultados esperados, ações alternativas, efeitos, custos. O paciente tem direito a recusar o procedimento proposto, optar por outro, inclusive de revogar o consentimento dado anteriormente, enfim, decidir, sobre o que lhe é mais conveniente, segundo suas próprias convicções pessoais. Nisso reside sua autonomia.

O médico tem o dever de prestar todos os esclarecimentos necessários para a pessoa de modo a facilitar a sua decisão. Nisto consiste o consentimento informado, isto é, um processo de elucidação que não se resolve em uma conduta ou em um documento, mas que compreende um longo processo de esclarecimentos, de modo a permitir que a pessoa tome a decisão ciente do conteúdo e das consequências.

Apenas se esclareça que não há propriamente consentimento, eis que este só existe em negócios bilaterais, o que não é o caso das diretivas antecipadas. Ainda assim, a Ética médica pressupõe o exercício correto da Medicina, impondo-se ao médico o dever de prestar todos os esclarecimentos necessários ao seu paciente.

Esta orientação está inscrita no Código de Ética Médica:

<sup>226</sup> “O que justifica a subjetividade, isto é, a prevalência da vontade real sobre a declarada é a inerência personalíssima entre o titular e o interesse envolvido nas situações existenciais, de maneira que as consequências do ato de autonomia atingem a pessoa do disponente.” (Ibid., p. 220)

<sup>227</sup> Ibid., p. 219.

<sup>228</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Bioética e direitos da pessoa humana*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2012, p. 61.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Art. 26. Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la.

Art. 42. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.

### **2.3 Uma breve síntese**

Cuidou-se neste capítulo da justificação das diretivas antecipadas e a sua admissibilidade no ordenamento jurídico pátrio. A fim de tornar possível a sua concretização, deve-se analisar a forma de efetivação das diretivas à luz do nosso sistema, detalhando seus elementos.

### 3 UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS

À míngua de uma disciplina expressa sobre diretivas antecipadas, a efetividade do instituto depende de uma construção doutrinária que esquematize os pressupostos básicos e o torne compatível com o ordenamento pátrio.

Sob esta perspectiva, quatro pontos revelam-se essenciais para análise: quem pode fazer a declaração; quem pode ser eleito representante, sendo o caso do mandato duradouro; o que pode ser objeto das diretivas; e, a forma que deve ser observada para o negócio jurídico.

#### 3.1 Do declarante e do representante

O primeiro aspecto a ser analisado refere-se à pessoa que manifesta sua vontade, isto é, à qualificação do declarante.

A referência à capacidade da pessoa, na forma preconizada pelo Código Civil, afigura-se insuficiente para solucionar a questão, eis que, como visto, o exercício da autonomia em situações existenciais deve ser enfrentado de forma diversa das situações patrimoniais; contudo, apenas esta última hipótese é disciplinada pelo Código.

Certo é que a pessoa deve estar no gozo de suas faculdades mentais, isto é, que seja capaz de entender o conteúdo da declaração e de suas consequências, o que exclui as pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática de atos civis em geral<sup>229</sup>.

Além disso, considerando que as diretivas são elaboradas em estado de consciência, fica excluída a possibilidade de que os absolutamente incapazes a que faz referência o artigo 3º, inciso III, do Código Civil<sup>230</sup> façam esta declaração enquanto estiverem nesta situação.

---

<sup>229</sup> “O *sujeito do consentimento* é o titular do direito fundamental em questão, que deverá manifestar de maneira válida e inequívoca a sua vontade. 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.” (BARROSO, Luis Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Rio de Janeiro: [s.n.], 5 abr. 2010. p. 31. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas\\_de\\_jeova.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf)>. Acesso em: 21 jun. 2012)

<sup>230</sup> Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:  
(...)  
III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Resta analisar o limite etário. Aplicando-se as disposições do Código Civil para os negócios jurídicos, seríamos levados a concluir que apenas o maior de dezoito anos poderia elaborar as diretivas antecipadas, sendo que os relativamente incapazes apenas poderiam fazê-lo se fossem assistidos por seus representantes legais<sup>231</sup>.

Essa solução não está dissociada daquela adotada pelas legislações estrangeiras. As leis espanhola<sup>232</sup> e uruguaia<sup>233</sup> assinalam que as instruções antecipadas podem ser elaboradas pelo maior de idade, capaz e livre, enquanto a lei britânica faz referência expressa a idade de 18 (dezoito) anos para a validade do ato<sup>234</sup>.

Contudo, é importante observar que o Código Civil brasileiro prevê hipóteses em que a validade do ato jurídico é reduzida para 16 (dezesesseis) anos, tanto em situações patrimoniais como em situações existenciais, tais como a admissibilidade do testemunho em juízo (artigo 228, inciso I), a possibilidade de figurar como mandatário (artigo 666), a possibilidade de casar (artigo 1.517) e de testar (artigo 1.860, parágrafo único). Ademais, a Constituição da República admite o exercício da cidadania ativa pelo maior de 16 (dezesesseis) anos (artigo 14, § 1º, inciso II, alínea “c”).

As três últimas hipóteses descritas partem do pressuposto de que o maior de dezesesseis anos possui algum discernimento, sendo esta a justificativa para a autorização legal.

Essa diferenciação legal autoriza a conclusão de que o ordenamento reconhece a diferença entre capacidade e discernimento (no exercício da autonomia), embora opte pela superposição de ambos os conceitos, de modo que a incapacidade pressupõe a falta de discernimento e vice-versa. Nesta ótica, a verificação em concreto ou a presunção legal de falta de discernimento (esta, no caso dos menores de dezoito anos) qualifica a pessoa como incapaz e a submete a um regime jurídico diferenciado que lhe retirará, em todo ou em parte, a possibilidade de praticar por si só os atos da vida civil.

Contudo, há que se recordar que o regime das incapacidades previsto no Código Civil foi moldado para as situações patrimoniais, sendo problemática a sua transposição integral e acrítica para as situações existenciais<sup>235</sup>.

---

<sup>231</sup> Artigo 1.690 do Código Civil.

<sup>232</sup> Artigo 11 da Lei n. 41/2002.

<sup>233</sup> Artigo 1º da Lei n. 18.473/2009.

<sup>234</sup> Artigo 24, alínea 1, do *Mental Capacity Act*.

<sup>235</sup> “Ao ser analisado o regime das incapacidades, baseando-se tanto na codificação de 1916 quanto na de 2002, com o apoio da doutrina tradicional de direito civil, especificamente os manuais, observa-se claramente que a preocupação, a *ratio* que informa tal instituto, é a proteção daqueles que, presumivelmente, não têm discernimento para a administração pessoal de seus “interesses”. Entretanto, tais “interesses” são apresentados como compostos apenas por situações providas de conteúdo

Partindo do fato de que o ordenamento contempla normas em que distingue capacidade de discernimento, bem como reconhece a capacidade plena aos maiores de dezesseis anos para alguns atos jurídicos, não vemos motivos para conduzir a solução das diretivas antecipadas à disciplina tradicional dos negócios jurídicos. Há uma aproximação entre as diretivas antecipadas e o ato de testar e casar<sup>236</sup>, na medida em que todos se referem a situações existenciais e que tangenciam aspectos íntimos da pessoa; assim, não haveria justificativa válida a diferenciar essas situações, de tal forma que acreditamos que as diretivas antecipadas podem ser elaboradas pelo maior de dezesseis anos.

Além disso, a eleição da idade mínima de dezesseis anos representaria um critério uniforme e seguro para a aplicação da lei, o qual encontra parâmetros de justificação em outras normas.

Em relação às pessoas qualificadas como relativamente capazes – ressalvado o caso da incapacidade por idade –, torna-se essencial avaliar a extensão dessa incapacidade. De acordo com os artigos 1.781, 1.782 e 1.772 do Código Civil, cabe ao magistrado decidir sobre a extensão dos efeitos da curatela quanto aos relativamente incapazes. Assim, há que ser analisado se a incapacidade afeta exclusivamente a gestão patrimonial, como é o usual caso do pródigo, ou se há, e em que medida, afetação do discernimento para as situações existenciais.

O relativamente capaz não estará habilitado a elaborar suas diretivas caso seja possível demonstrar que sua capacidade de discernimento para as questões existenciais, ou para essa em particular, encontra-se restringida.

Conquanto também mencione que é o discernimento o elemento a ser aferido para admitir que uma pessoa elabore sua diretiva antecipada, Luciana Dadalto defende que se trata de solução casuísta a ser resolvida judicialmente<sup>237</sup>. Para a autora<sup>238</sup>,

(...) os critérios pré-definidos pela lei muitas vezes impossibilitam o incapaz de exercer seus direitos de personalidade e de desenvolver sua dignidade. Por isso, essa autora defende que apenas diante do caso concreto será possível averiguar para quais atos de vontade o indivíduo

---

patrimonial. Portanto, a incapacidade, da forma como se encontra prevista no código, velho e novo, está calcada na lógica de que ao direito civil é tão-somente dado preocupar-se com as situações patrimoniais que tocam ao sujeito de direito. É necessário, por conseguinte, repensar o regime das incapacidades, especialmente, quando estiver em jogo situações jurídicas existenciais envolvendo o próprio desenvolvimento humano do indivíduo.” (RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. rev. e atua. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 24-25)

<sup>236</sup> Sílvio de Salvo Venosa menciona que a capacidade para testar aos dezesseis anos remonta ao Direito Romano, “quando se adquiria a capacidade em geral com a puberdade, não havendo, em princípio, uma idade predeterminada”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 4.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 144)

<sup>237</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 137.

<sup>238</sup> *Ibid.*, p. 137-138.

– categorizado pela lei como incapaz – possui discernimento, que deve ser reconhecido pelo Poder Judiciário.

Significa dizer que, caso um menor de idade queira redigir uma declaração prévia de vontade do paciente terminal deverá primeiramente requerer autorização judicial, que somente poderá negá-la se restar provado a falta de discernimento deste para praticar tal ato. Entretanto, caso não haja esse requerimento, entende-se que, após adquirida a maioridade civil, o documento deve ser ratificado pelo próprio outorgante.

A solução proposta pela autora por um lado amplia a defesa de direitos individuais, mas, por outro, torna incerta e insegura a aplicação do direito. A categorização tem por finalidade estabelecer critérios uniformes de aplicação das normas que abranjam o maior número possível de pessoas na mesma situação. Esta é a base da segurança jurídica que se espera de um sistema legal. Relegar as decisões ao Poder Judiciário torna incertos os critérios objetivos que devem orientar o tema e, ao contrário do pretendido, pode implicar sérias distorções quando casos similares tiverem respostas judiciais diferenciadas.

A eleição da idade mínima de dezesseis anos consiste, portanto, em uma opção política a fim de conferir certeza e uniformidade à aplicação do direito. Além disso, já existem regras jurídicas similares que, por apresentarem justificção semelhante, podem ser estendidas às diretivas antecipadas.

As mesmas razões antes expostas podem ser estendidas à qualificação do destinatário da declaração, isto é, o representante, no caso do mandato duradouro. Havendo distinção entre capacidade e discernimento, pode uma pessoa delegar a outra, maior de dezesseis anos, a tomada de decisões acerca da realização ou não de tratamento médico, considerando a vontade do representado.

Aqui, todavia, a aproximação é maior com o contrato de mandato. Duas são as razões para esta afirmativa: em primeiro lugar, ambos, contrato de mandato e mandato duradouro, são formas de representação voluntária, sendo este específico para as decisões de caráter médico em pessoas incapazes de se manifestarem, enquanto aquele negócio jurídico presta-se a realização de quaisquer atos jurídicos, patrimoniais ou não<sup>239</sup>; e, em segundo lugar, é inerente o caráter *intuitu personae* a ambos os institutos, o que significa dizer que a pessoa do representante e a confiança nele depositada pelo representando lhes são essenciais.

<sup>239</sup> “Embora a definição legal não o mencione, nossos e alheios civilistas explicam que somente negócios jurídicos (ou atos jurídicos *stricto sensu*), patrimoniais ou não, podem ser praticados. Não faltam, porém, escritores que, considerando o elemento histórico, pois que no Direito Romano quaisquer atos, e não somente os negócios jurídicos, se comportavam no exercício do mandato, não aceitam a restrição. Tal controvérsia, refletindo nas legislações, divide-as em dois grupos: o dos que abrangem no mandato toda espécie de atos, e o dos que reclamam a restrição para os negócios jurídicos. Pelo disposto no art. 653 do Código Civil brasileiro, que não alude a negócio jurídico, como expressamente faz o francês, nosso direito alinha-se ao lado do BGB, do Código suíço, do polonês de Obrigações, admitindo que também outros podem nele estar compreendidos, e não somente os negócios jurídicos.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 16.ed. rev. e atua. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 365-366, v. III)

Sendo assim, além das considerações anteriores, e em reforço a elas, torna-se aplicável ao mandato duradouro o artigo 666 do Código Civil<sup>240</sup>, que permite que o mandatário eleja pessoa entre dezesseis e dezoito anos para figurar como seu representante.

Além da questão etária, há que se analisar o vínculo existente entre representante e representado, e se aquele pode ser pessoa estranha àqueles em relação ao qual o representado é ligado por parentesco ou outras formas de relações afetivas. Em outras palavras, o que se questiona é se o representante há de ser sempre o cônjuge ou companheiro ou algum parente do declarante, ou, se pode ser terceiro estranho a estes círculos ou, ainda, a equipe médica que o assiste.

Para Luciana Dadalto, com quem se concorda, o representante deve ser uma pessoa próxima ao representado e que lhe conheça sua personalidade para tomar as decisões em seu lugar, mas em respeito àquele, ainda que não guarde com ela vínculo de parentesco ou matrimonial ou convivencial<sup>241</sup>. Afasta-se a possibilidade de nomeação de terceiro completamente estranho ao declarante, inclusive a possibilidade de nomeação de juiz para atuar como representante – mesmo porque, este encargo não está inserido dentre as funções da atividade jurisdicional – ou da equipe médica.

Particularmente em relação à designação de médico ou equipe médica como representante, há um óbice de ordem ética que impediria esta delegação: a relação médico-paciente é uma relação de caráter técnico, onde cabe ao profissional da Medicina orientar a pessoa sobre o diagnóstico e as formas de abordagem para melhoria da qualidade de vida<sup>242</sup>. Isto significa que se trata de uma relação dialógica, em que há a participação tanto da pessoa como do médico para a decisão sobre o tratamento a seguir. A delegação da decisão final ao médico ou a equipe médica estaria em desacordo com este processo comunicativo, violando os parâmetros éticos da profissão.

---

<sup>240</sup> Art. 666. O maior de dezesseis e menor de dezoito anos não emancipado pode ser mandatário, mas o mandante não tem ação contra ele senão de conformidade com as regras gerais, aplicáveis às obrigações contraídas por menores.

<sup>241</sup> “Para a solução deste é preciso ter em mente que a pessoa deve ter um contato próximo com o paciente, ou seja, o procurador deve saber a fundo exatamente qual é a vontade do paciente, sob pena de decidir com base em seus próprios desejos, desrespeitando o desejo do mandatário.” (DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 68)

<sup>242</sup> Esta orientação está explicitada na justificativa da revisão do Código de Ética:

“Subordinado à Constituição Federal e à legislação brasileira, o novo Código reafirma os direitos dos pacientes, a necessidade de informar e proteger a população assistida. Buscou-se um Código justo, pois a medicina deve equilibrar-se entre estar a serviço do paciente, da saúde pública e do bem-estar da sociedade. O imperativo é a harmonização entre os princípios das autonomias do médico e do paciente. Permeando o novo Código, esse é o contrato tácito e implícito de todo ato médico.”

E, ainda, o Preâmbulo do Código de Ética conta com dispositivo com esta mesma orientação:

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

A lei uruguaia, em seu artigo 6º, acolhe estas razões para proibir que os profissionais que de qualquer forma cuidem ou tratem do representado<sup>243</sup>. Também Portugal fez constar no artigo 11, alínea 3, da Lei n. 25/2012, a vedação de que os funcionários Registro de Testamentos Vitais ou de serviço notariais, ou que os proprietários e gestores de entidades que administrem unidades de saúde sejam nomeados representantes em mandato duradouro<sup>244</sup>.

### 3.2 O conteúdo da declaração

Para uma análise mais apurada do conteúdo das diretivas antecipadas afigura-se adequado distinguir as suas duas espécies: o testamento vital e o mandato duradouro.

Contudo, qualquer que seja a espécie de diretiva antecipada, não se admite que este negócio jurídico contenha cláusula que, de qualquer forma, importe na antecipação da morte – eutanásia – ou que seja contrária a alguma disposição legal. Ambas as proibições também estão presentes na Lei n. 25/2012 de Portugal, que também prevê a vedação de cláusulas atentatórias à lei, à ordem pública ou às boas práticas. É possível incluir essas três hipóteses como causas de ilicitude de cláusulas das diretivas, desde que a interpretação seja no sentido de que a contrariedade seja em relação aos valores e princípios constitucionalmente vigentes<sup>245</sup>.

#### 3.2.1 O testamento vital

---

<sup>243</sup> O trecho em língua estrangeira é: “*No podrán ser representantes quienes estén retribuidos como profesionales para desarrollar actividades sanitarias realizadas a cualquier título con respecto al titular.*”

<sup>244</sup> O trecho no original é: “3 — Não podem ser nomeados procurador de cuidados de saúde:

- a) Os funcionários do Registro previsto no artigo 1.º e os do cartório notarial que intervenham nos atos regulados pela presente lei;
- b) Os proprietários e os gestores de entidades que administram ou prestam cuidados de saúde.”

<sup>245</sup> O trecho no original é: “Artigo 5º. Limites das diretivas antecipadas de vontade.

São juridicamente inexistentes, não produzindo qualquer efeito, as diretivas antecipadas de vontade:

- a) Que sejam contrárias à lei, à ordem pública ou determinem uma atuação contrária às boas práticas;
- b) Cujos cumprimentos possa provocar deliberadamente a morte não natural e evitável, tal como prevista nos artigos 134.º e 135.º do Código Penal;
- c) Em que o outorgante não tenha expressado, clara e inequivocamente, a sua vontade.”

São três os possíveis objetos do testamento vital: a aceitação ou a recusa a tratamento ou procedimento médico, a rejeição ao direito de ser informado sobre diagnóstico fatal e a doação de órgãos<sup>246</sup>. Apenas o primeiro é matéria típica do testamento vital, enquanto os dois últimos podem ser qualificados como matérias atípicas e são reconhecidos como parte de uma diretiva antecipada apenas porque se referem ao fim da vida<sup>247</sup>.

### 3.2.1.1 A aceitação e a recusa a tratamento médico

O testamento vital tanto pode traduzir uma aceitação ou recusa acerca dos tratamentos médicos a que a pessoa admite submeter-se em caso de incapacidade futura, podendo ser ampla ou restrita, caso esteja ou não associada a situações específicas, sendo que nesta última hipótese é conhecida como limitação consentida de tratamento ou suspensão do esforço terapêutico.

<sup>246</sup> A lei britânica contém dispositivo que contempla as situações que não podem ser objeto das diretivas antecipadas:

“*Excluded decisions*

27. *Family relationships etc.*

(1) *Nothing in this Act permits a decision on any of the following matters to be made on behalf of a person—*

(a) *consenting to marriage or a civil partnership,*

(b) *consenting to have sexual relations,*

(c) *consenting to a decree of divorce being granted on the basis of two years' separation,*

(d) *consenting to a dissolution order being made in relation to a civil partnership on the basis of two years' separation,*

(e) *consenting to a child's being placed for adoption by an adoption agency,*

(f) *consenting to the making of an adoption order,*

(g) *discharging parental responsibilities in matters not relating to a child's property,*

(h) *giving a consent under the Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (c. 37).*

(i) *giving a consent under the Human Fertilisation and Embryology Act 2008”*

A tradução do trecho correspondente é a seguinte: “Decisões excluídas:

27. Relações familiares etc.

(1) Nada neste Ato permite que seja tomada uma decisão, em quaisquer das matérias seguintes, no interesse da pessoa –

(a) consentir a casamento ou união civil;

(b) consentir a prática de atos sexuais;

(c) consentir com o divórcio com fundamento na separação pelo prazo de dois anos;

(d) consentir com a dissolução de uma união civil com fundamento na separação pelo prazo de dois anos;

(e) consentir com a colocação de uma criança par adoção através de agência;

(f) consentir para a ordem de adoção;

(g) renunciar à responsabilidade parental em questões existenciais da criança;

(h) dar consentimento nos termos do Ato de Fertilização Humana e Embriologia 1990 (c. 37)

(i) dar consentimento nos termos do Ato de Fertilização Humana e Embriologia 2008

<sup>247</sup> Ana Carolina Brochado menciona a possibilidade de as diretivas antecipadas incluírem outros objetos, inclusive questões patrimoniais:

“O objeto é constituído por declarações que podem abranger aspectos existenciais ou patrimoniais, além da escolha do curador, tratamentos médicos admitidos e recusados, conforme já abordado.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012, p. 364)

Conquanto exista a possibilidade mencionada pela autora, outros conteúdos além da recusa ou aceitação de tratamentos médicos são qualificados como atípicos, e, dependendo do caso, podem representar a realização de mais de um negócio jurídico simultaneamente.

No que tange à aceitação de tratamento médico, cuida-se da escolha a respeito de quais procedimentos a pessoa admite ser submetida e a sua extensão, ou ainda a imposição de uma cláusula que determine a realização de todos os tratamentos referenciados ao diagnóstico médico, ainda que contra a orientação deste. Quando esta determinação torna-se irrestrita e ilimitada, a conduta é qualificada como obstinação terapêutica<sup>248 249</sup> ou distanásia e, embora para este trabalho interesse a perspectiva do paciente, também pode decorrer da postura do médico.

A opção pela obstinação terapêutica encerra uma escolha válida da pessoa, mas o médico pode escolher não cumpri-la, por escusa de consciência, sem que represente violação a dever profissional<sup>250</sup>. E ainda que se oponha no campo bioético ao princípio da qualidade de vida, deve ser respeitada na medida em que traduz o exercício da autonomia da pessoa.

A determinação se certo tratamento deve ser reputado como obstinação terapêutica depende da verificação de sua futilidade, isto é, se não representa nenhum benefício a pessoa.

A ideia de futilidade de um tratamento é fluida e é analisada a partir do diagnóstico e prognóstico da condição clínica da pessoa: um conjunto de medidas pode representar, a um só

---

<sup>248</sup> “Define-se obstinação terapêutica quando do uso continuado e persistente de medidas que sustentam a vida de pacientes com doenças avançadas, com prolongada manutenção dos sistemas vitais biológicos e conseqüente retardo da morte, configurando-se um quadro conhecido como futilidade médica, no qual estas medidas se mostram de pouca ou de nenhuma utilidade operacional.” (FLORIANI, Ciro Augusto Floriani; SCHRAMM, Fermin Roland. Cuidados paliativos: interfaces, conflitos e necessidades. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13, sup. 2, p. 2125, dec. 2008).

<sup>249</sup> Sobre a dubiedade da expressão “obstinação terapêutica: “ (...) a possível sinonímia entre obstinação terapêutica e futilidade médica tende a ser duplamente problemática. Em primeiro lugar, o termo “obstinação terapêutica” parece-nos logicamente contraditório, pois como pode ser “obstinado” algo caracterizado como sendo também “terapêutico”, se considerarmos a conotação negativa possuída pela obstinação neste caso? Em segundo lugar, como pode um eventual “dano” acarretado pela obstinação terapêutica ser fútil, visto que um dano nunca é fútil por ser um dano? Entretanto, o uso “obstinação terapêutica” refere-se, de fato, ao obstinar-se em uma determinada conduta, ao passo que um tratamento é considerado “fútil” não por provocar dano, mas, sim, por não ser de nenhuma utilidade constatável clinicamente, ou seja, por ser em vão com relação aos objetivos almejados. Teríamos, dentro desta perspectiva de análise, que avaliar os atos não só de acordo com sua futilidade, mas também com respeito aos potenciais danos causados por eles. Assim sendo, as dificuldades parecem surgir do fato de serem utilizados os dois termos em dois sentidos diferentes: um sentido clínico e outro valorativo e, sobretudo, de passar de um sentido ao outro de maneira não justificada. Cabe aqui, também, indagarmos se a obstinação terapêutica seria, de fato, uma modalidade de assistência ao paciente no sentido próprio da palavra *assistência*, que é o sentido de “ajudar” e, que tem um vínculo semântico muito estreito com a *beneficência*, existindo uma antinomia profunda entre a ideia de “excesso” - contida no conceito de obstinação e próxima da ideia de “malefício” e de “dano” -, e aquela de *benefício/assistência*.” (FLORIANI, Ciro Augusto Floriani; SCHRAMM, Fermin Roland. Cuidados paliativos: interfaces, conflitos e necessidades. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13, sup. 2, p. 2125, dec. 2008)

<sup>250</sup> Veja-se os incisos VII e VIII do Capítulo I do Código de Ética Médica que se referem aos princípios:

“VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.”

De igual conteúdo, o inciso IX inserido no Capítulo II que versa sobre o direito dos médicos:

“IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.”

tempo, tratamento fútil para uma determinada situação, mas para outra ser essencial para a sua cura<sup>251</sup>.

Esta diferenciação dá origem ao que se denomina tratamentos fúteis ou extraordinários de um lado, e cuidados paliativos de outro<sup>252</sup>, sendo este o critério utilizado para avaliar a possibilidade de recusa a tratamentos médicos.

É usual a opinião de que apenas os tratamentos extraordinários ou fúteis podem ser recusados pela pessoa. Advoga-se que os cuidados paliativos são de observância obrigatória por sua relação direta com a dignidade da pessoa humana; de fato, por serem destinados a compensar os malefícios da condição clínica do paciente, amenizando o sofrimento físico e psíquico, sua supressão atingiria a integridade física da pessoa, de forma que não poderiam ser eliminados.

A diferenciação entre cuidados paliativos e extraordinários assume importante destaque quando se está diante da admissibilidade da recusa ou da determinação da retirada do suporte vital, consistente nos sistemas de hidratação e de nutrição artificiais e/ou sistema de ventilação mecânica<sup>253</sup>.

Conforme assinalado no primeiro capítulo, Luis Roberto Barroso e Luciana Daldato possuem opiniões conflitantes sobre a admissibilidade desta recusa em particular: enquanto Luis Roberto Barroso entende possível esta recusa, Luciana Daldato a reputa inadmissível porque alimentação e hidratação estariam inseridos no conceito de cuidados paliativos, os quais de forma geral não admitem rejeição.

A proposição de Luciana Daldato justifica-se pela opção da autora em restringir seu campo de estudos aos pacientes terminais<sup>254</sup>, de modo que esta problemática não assume posição de relevo porque apenas a hidratação e alimentação é insuficiente para manter a vida que caminha ao fim iminente. Contudo, rechaça esta possibilidade quanto aos pacientes nos demais estados de inconsciência por serem supostamente reversíveis, e a não oferta ou retirada da alimentação e hidratação feririam a dignidade da pessoa humana.

A despeito da crítica, esta orientação está de acordo com o atual Código de Ética Médica:

---

<sup>251</sup> “Não se define obstinação terapêutica em termos absolutos. Um conjunto de medidas terapêuticas pode ser considerado necessário e desejável para uma determinada pessoa e excessivo e agressivo para outra” (DINIZ, D. Quando a morte é um ato de cuidado: obstinação terapêutica em crianças. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 8, p. 1741, ago. 2006.).

<sup>252</sup> Para a definição de ambos, remete-se ao primeiro capítulo.

<sup>253</sup> Referindo-se apenas aos pacientes terminais, Luciana Daldato entende admissível a recusa a internação em unidades de tratamento intensivo – UTI, traqueostomia, ventilação mecânica, oxigenação extracorpórea, técnicas de circulação assistida, tratamentos medicamentosos com drogas vasoativas, antibióticos, diuréticas, derivados sanguíneos etc. (DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 124)

<sup>254</sup> *Ibid.*, p. 124-125 e 132.

Capítulo I. Princípios fundamentais:

(...)

XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

Capítulo V. Relação com pacientes e familiares:

(...)

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Três argumentos devem ser analisados para a solução deste questionamento: em primeiro lugar, deve-se observar a definição de cuidados paliativos. Sendo este um conceito casuístico, extraordinário será aquele tratamento que não apresentar nenhuma vantagem à pessoa e que, eventualmente, lhe trouxer algum prejuízo. Em segundo lugar, há que ter em mente que hidratação e alimentação também são considerados tratamentos médicos que dependem de prescrição médica, ou seja, que passam por uma avaliação do médico que determinará a conveniência de sua utilização e a forma como deverá ser executada<sup>255</sup>.

De forma a demonstrar o quão flexível é o conceito de cuidado paliativo, M. A. Valero Zanuy *et al* elaboraram estudo de campo onde verificaram que a aceitação de uma medida como paliativa depende da carga de sofrimento imposta, o prognóstico e a probabilidade de cura. A partir dessas variáveis, apuraram que de um grupo de 226 pessoas maiores de sessenta e cinco anos com prognóstico de vida inferior a seis meses, 98,7% afirmaram aceitar o tratamento que recuperasse a saúde com pouco sofrimento, mas apenas 11,2% o aceitaram se o nível de sofrimento fosse elevado<sup>256</sup>.

Os autores apontam que a dificuldade de indicar o que seria cuidado paliativo inclui a nutrição e a hidratação<sup>257</sup>:

<sup>255</sup> HORTELANO MARTÍNEZ, J. E. *et al. Decisiones ético-clínicas sobre la alimentación e hidratación artificial mediante sonda en la enfermedad terminal*. [S.l.: s.n., 2002], 6p. Disponível em: <<http://www.nutricionhospitalaria.com/pdf/3339.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2012.

<sup>256</sup> VALERO ZANUY, M. A. *et al. ¿Se considera la hidratación y la nutrición artificial como un cuidado paliativo?*. [S.l.: s.n., 2006], 6p. Disponível em: <[http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=s0212-16112006000900008&script=sci\\_arttext](http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=s0212-16112006000900008&script=sci_arttext)>. Acesso em: 08 jun. 2012.

<sup>257</sup> A tradução do trecho correspondente é a seguinte: “No entanto, não há unanimidade se a hidratação artificial e nutrição são medidas terapêuticas ou fazem parte do conceito de cuidados paliativos. Em relação à hidratação, em uma revisão sistemática da literatura de artigos publicados sobre este assunto, na maioria deles a administração de fluidos a doentes terminais não apresenta efeitos clínicos para o paciente no final da vida. Esses estudos tiveram amostras de pequenas dimensões e qualidade metodológica pobre, o que torna difícil extrair conclusões claras. Não há estudos prospectivos randomizados, nem provavelmente se realizem por questões éticas, que examinem o efeito da hidratação no bem-estar o prognóstico do paciente. No entanto, sabe-se que há pouca relação entre a sede e estado de hidratação. Os doentes com a sensação de fome e sede apenas temporariamente. As sensações de sede e boca seca pode ser aliviado através do fornecimento de gelo, gaze embebida em água e hidratar os lábios com vaselina. Todos esses achados estabeleceram um consenso geral nas Unidade de Cuidados Paliativos segundo qual a administração da hidratação artificial é considerada

Sin embargo, no existe unanimidad sobre si la hidratación y la nutrición artificial son medidas terapéuticas o forman parte del concepto de cuidado paliativo. En relación a la hidratación, en una revisión sistemática de la literatura de los artículos publicados sobre este tema, en la mayoría de ellos la administración de fluidos a los pacientes terminales no presenta efectos clínicos para el paciente al final de la vida. Estos estudios tenían un tamaño muestral pequeño y pobre calidad metodológica, lo que dificulta la extracción de conclusiones claras. No se han realizado estudios prospectivos y randomizados, ni probablemente se realicen por problemas éticos, que examinen el efecto de la hidratación en la sensación de bienestar y en el pronóstico del paciente. Sin embargo, se sabe que existe poca relación entre la sed y el estado de hidratación. Los enfermos experimentan sensación de hambre y sed únicamente de manera transitoria. Las sensaciones de sed y de boca seca se pueden aliviar ofreciendo hielo, gasas empapadas en agua e hidratando los labios con vaselina. Todos estos hallazgos han establecido un consenso general en las Unidades de Cuidados Paliativos, por el cual la administración de hidratación artificial se considera innecesaria en el paciente que se está muriendo. A pesar de ello, en nuestro estudio la mayoría de los individuos, independientemente de si son o no personal sanitario, opinan que la administración de fluidos es un cuidado básico. Quizá esto se deba a que los encuestados distinguen entre el paciente que se está muriendo y el paciente que se considera terminal, porque no puede obtener un beneficio con tratamiento médico, quirúrgico o radioterápico, pero que todavía tiene unas expectativas de vida de semanas o incluso meses.

Por el contrario, en nuestro estudio existen discrepancias en considerar la nutrición artificial como un cuidado paliativo. Así, más del 70% de los usuarios del SNS opinan que tanto la nutrición enteral como la nutrición parenteral son medidas básicas de cuidado, mientras que entre el 40-65% del personal sanitario no opina así.

Si se consideran los resultados del estudio de Fried y cols., señalado anteriormente, la aceptación de una medida como cuidado básico depende de la carga que conlleve, del pronóstico y de la probabilidad de mejorar. Si la probabilidad de mejorar es escasa, para aceptar una medida como cuidado básico, la carga también debe ser baja. En relación a la carga, la familia asocia la posibilidad de alimentarse como una medida de prolongar la vida, proveer confort, mejorar el estado funcional y la calidad de vida del paciente. Tiene miedo a que la ausencia de alimentación empeore el estado del paciente terminal y añada sufrimiento por la sensación de hambre.

Sin embargo, la mayoría de las enfermeras americanas con experiencia en alimentación por sonda en pacientes con demencia, consideran que el mantenimiento de la alimentación no supone un beneficio para el paciente. En la situación en la que el enfermo es incapaz de comer, se elevan los niveles de cuerpos cetónicos en sangre, se disminuye la degradación proteica, la gluconeogénesis hepática y la sensación de apetito. Por tanto, los individuos en

---

desnecessária em pacientes que estão morrendo. No entanto, em nosso estudo a maioria dos indivíduos, independentemente de serem ou não da área médica, afirmam que a administração de fluidos é um cuidado básico. Talvez isso seja porque os entrevistados distinguem entre o paciente que está morrendo e o paciente que é considerado terminal, porque ele não pode obter um benefício com o tratamento médico, a cirurgia ou radioterapia, mas ainda tem uma esperança de vida de semanas ou mesmo meses.

Por outro lado, há discrepâncias em nosso estudo para considerar a nutrição artificial como cuidado paliativo. Assim, mais de 70% dos usuários do SNS afirmam que tanto a nutrição enteral e nutrição parenteral são medidas básicas de cuidados, enquanto que entre 40-65% do pessoal de saúde não pensa assim.

Considerando os resultados do estudo de Fried et al., mencionado acima, a aceitação de uma medida como a cuidado básico depende da carga que leva, do prognóstico e da possibilidade de melhoria. Se a probabilidade de recuperação é baixa, para aceitar uma medida como a cuidado básico, a carga também deve ser baixa. Em relação à carga, a família associa a possibilidade de alimentar-se como uma medida de prolongamento da vida, proporcionar conforto, melhorar o estado clínico e a qualidade de vida do paciente. Têm medo que a ausência de alimentos piore a condição do paciente e cause sofrimento pela sensação de fome natural.

No entanto, os enfermeiros americanos com experiência em alimentação por sonda em pacientes com demência consideram que a manutenção da alimentação não representa um benefício para o paciente. Na situação onde o paciente é incapaz de comer, elevam-se os níveis de corpos cetônicos no sangue, diminui-se a degradação protéica, agliconeogênese hepática e a sensação de apetite. Assim, os indivíduos em estado terminal não sentem fome. Por outro lado, tanto a administração de nutrição entérica, mas especialmente a nutrição parentérica, precisam de técnicas e cuidados não isentos de risco.

Provavelmente a falta de consenso sobre esta questão é baseado na ignorância das possíveis complicações associadas à administração da nutrição artificial. Em relação ao prognóstico e a probabilidade de melhoria, observou-se que a sobrevivência dos pacientes com demência na fase terminal é muito semelhante independentemente de eles serem alimentados por via oral ou por tubo, quando a doença tenha entrado na sua fase final. Talvez o conhecimento de todos estes aspectos em relação à alimentação artificial por parte da saúde da população pode mudar a sua opinião. De fato, os judeus católicos e ortodoxos são a favor de fornecer alimentação e hidratação artificiais a todos os pacientes que dele necessitem, desde que os benefícios superam os riscos.” (VALERO ZANUY, M. A. et al. *¿Se considera la hidratación y la nutrición artificial como un cuidado paliativo?*. [S.l.: s.n., 2006], 6p. Disponível em: <[http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=s0212-16112006000900008&script=sci\\_arttext](http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=s0212-16112006000900008&script=sci_arttext)>. Acesso em: 08 jun. 2012)

situación terminal posiblemente no experimentan hambre. Por otro lado, tanto la administración de nutrición enteral, pero especialmente la de nutrición parenteral, precisa técnicas y cuidados no exentos de riesgo. Probablemente la falta de consenso en este tema está basada en el desconocimiento de las posibles complicaciones asociadas a la administración de nutrición artificial. En relación al pronóstico y la probabilidad de mejorar, se ha observado que la supervivencia de los enfermos con demencia en la fase terminal es muy similar independientemente de si son alimentados por vía oral o mediante sonda cuando la enfermedad ha entrado en su fase final. Tal vez el conocimiento de todos estos aspectos en relación a la nutrición artificial por parte de la población no sanitaria podría modificar su opinión al respecto. De hecho, la Iglesia Católica y los judíos Ortodoxos están a favor de proveer nutrición e hidratación artificial a todo paciente que lo requiera, siempre que los beneficios sean mayores que los riesgos.

Soma-se a esses dois argumentos um terceiro, que parece justificar o entendimento de Luis Roberto Barroso e que não é levado em consideração por Luciana Dadalto: o direito à autodeterminação corporal autoriza não apenas a recusa aos tratamentos extraordinários, como permite a recusa a quaisquer tratamentos médicos, sejam eles, ordinários, extraordinários ou paliativos.

A interpretação a ser conferida aos artigos do Código Civil que versam sobre direitos da personalidade, em especial obre autodeterminação corporal, à luz da liberdade, da autonomia e da dignidade da pessoa humana autoriza a possibilidade de recusa à realização a tratamento médico quando os efeitos desta decisão estiverem circunscritos ao âmbito pessoal. A invalidade de uma decisão neste sentido apenas existiria se houvesse risco a terceira pessoa ou a coletividade, hipótese em que poderia ocorrer a intervenção estatal para estancar esta conduta lesiva.

A lei portuguesa elenca rol exemplificativo de tratamentos que podem ser recusados, dentre os quais se evidencia a maleabilidade das hipóteses ao caso concreto, bem como o respeito à autonomia privada:

Artigo 2º. (...)

2 — Podem constar do documento de diretivas antecipadas de vontade as disposições que expressem a vontade clara e inequívoca do outorgante, nomeadamente:

- a) Não ser submetido a tratamento de suporte artificial das funções vitais;
- b) Não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcionado no seu quadro clínico e de acordo com as boas práticas profissionais, nomeadamente no que concerne às medidas de suporte básico de vida e às medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte;
- c) Receber os cuidados paliativos adequados ao respeito pelo seu direito a uma intervenção global no sofrimento determinado por doença grave ou irreversível, em fase avançada, incluindo uma terapêutica sintomática apropriada;
- d) Não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental;
- e) Autorizar ou recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos.

Considerando que a pessoa é livre para eleger suas escolhas de vida, não há como obstar por ineficácia o cumprimento de sua vontade, sequer invocando os bons costumes, eis que a questão encerra-se no âmbito pessoal. Como já observado por Maria Celina Bodin de

Moraes, “o nosso Estado Democrático de Direito caracteriza-se, neste particular, pelo respeito à liberdade individual e pela recusa ao paternalismo totalitário e utilitarista”<sup>258</sup>.

### 3.2.1.2 O direito a não ser informado sobre o diagnóstico

Além do direito de determinar a realização de tratamentos médicos ou de recusá-los, as diretivas antecipadas podem contemplar o direito a recusar informações sobre o estado clínico, isto é, o direito a não saber (*right not to know*) ou a não ser informado.

Trata-se de conteúdo atípico das diretivas antecipadas, na medida em que estes institutos foram moldados originalmente para tratar da recusa a procedimentos médicos.

Observamos, contudo, que a referência a esta possibilidade só tem sentido no caso de pessoas que estejam em estado de consciência. Isto, de certa forma, representa uma contradição às diretivas antecipadas, porque estas têm a finalidade de reger as situações em estado de inconsciência, hipóteses em que é objetivamente inviável a comunicação de qualquer fato à pessoa.

Ainda assim, considerando que este conteúdo é reportado como componente possível das diretivas antecipadas<sup>259</sup>, opta-se por tecer algumas considerações.

O direito a não ser informado constitui uma evolução do conteúdo do direito à privacidade<sup>260</sup>, cuja forma original foi apresentada por Warren e Brandeis quando escreveram

<sup>258</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 203.

<sup>259</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 73.

<sup>260</sup> Roberto Andorno situa o direito a não saber como decorrência da autonomia e não na privacidade:

“*The main thesis of this paper is that the claim for not knowing one’s genetic status, far from being contrary to autonomy—understood as an individual’s self-determination— may be indeed considered a legitimate expression of this basic bioethical principle. In other words, the choice of not knowing the results of genetic tests does not fall into a paternalistic attitude because the challenge to medical paternalism is precisely based on the idea that people should be free to make their own choices with respect to information. If we understand autonomy in this wider sense, then the decision not to know should be, at least in principle, as fully respected as the decision to know.*

*Thus, the possibility to choose not to know the results of genetic tests may constitute an enhancement of autonomy, because the decision to know or not to know is not taken out of the hands of the patient by the doctor. Precisely with this broad understanding of autonomy, the right not to know is widely recognized, for example, by the German legal literature as a part of the ‘right to informational self-determination’ (‘Recht auf informationelle Selbstbestimmung’).” (ANDORNO, Roberto. The Right Not to Know: an Autonomy Based Approach. *Journal of Medical Ethics*, n. 30, p. 436, 2004.)*

A tradução do trecho correspondente é a seguinte: “A tese principal deste artigo é que o direito a não saber o status genético de uma pessoa, longe de ser contrário a sua autonomia – entendida como capacidade de autodeterminação –, pode ser considerada uma expressão legítima deste princípio bioético básico. Em outras palavras, a escolha de não saber o resultado de testes genéticos não significa uma conduta paternalista porque o desafio ao paternalismo médico é precisamente fundado na ideia de que as pessoas deveriam ser livres para fazer suas próprias escolhas de acordo com as informações obtidas. Se não entendermos autonomia nesta concepção mais ampla, então a decisão de não saber deveria, a princípio, ser inteiramente respeitada como o é a decisão de saber.

o artigo *The right to privacy*<sup>261</sup> em 1890. No artigo, o conceito de privacidade era associado ao direito de propriedade (portanto, com conteúdo nitidamente patrimonial), consistente no direito estar sozinho (*the right to be left alone*), no direito de não sofrer interferências no âmbito pessoal.

Com a mudança de paradigma da realocação do homem no centro dos sistemas jurídicos, em um processo de valorização da dignidade da pessoa humana, a compreensão de privacidade como dado patrimonial foi paulatinamente abandonada e substituída por uma concepção existencial de privacidade<sup>262</sup>.

Esta mudança de concepção permitiu a Stefano Rodotà afirmar que<sup>263</sup>:

Depois da definição histórica feita por Warren e Brandeis – “o direito de ser deixado em paz” – outras definições foram desenvolvidas para espelhar diferentes clamores. Num mundo onde nossos dados estão em movimento incessante, “o direito a controlar a maneira na qual os outros utilizam as informações a nosso respeito” (A. Westin) torna-se igualmente importante. De fato, coletar dados sensíveis e perfis sociais e individuais pode levar à discriminação; logo, a privacidade deve ser vista como “a proteção de escolhas de vida contra qualquer forma de controle público e estigma social” (L. M. Friedman), como a “reivindicação dos limites que protegem o direito de cada indivíduo a não ser simplificado, objetivado, e avaliado fora de contexto (J. Rosen). Já que os fluxos de informação não contêm somente dados “destinados para fora” – a serem mantidos longe das mãos alheias -, mas também de dados “destinados para dentro” – sobre os quais a pessoa talvez queira exercer o “direito a não saber” -, a privacidade deve ser considerada também como “o direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular” (S. Rodotà). Ao reivindicar a autonomia do indivíduo na sociedade de informação, uma decisão histórica da Corte Constitucional alemã de 1983 reconheceu a “autodeterminação informativa”.

Danilo Doneda também atenta para uma nova concepção de privacidade caracterizada como instrumento de valorização da esfera privada e a inserção da pessoa no meio social<sup>264</sup>:

---

Assim, a possibilidade de escolher não saber os resultados de testes genéticos pode constituir um reforço à autonomia, porque a decisão de saber ou não saber não é retirada do paciente pelo médico. Precisamente com esta concepção alargada de autonomia, o direito a não saber é amplamente reconhecido, por exemplo, na literatura jurídica alemã como parte do “direito à autodeterminação informativa”.

<sup>261</sup> BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. *The right to privacy*. *Harvard Law Review*, V. 4, n. 5, p. 193-220, Dec. 15 1890.

<sup>262</sup> “Não havia realmente lugar para a tutela jurídica da privacidade em sociedades que confiavam sua regulação a outros mecanismos – fossem estes a rigidez da hierarquia social ou então a própria arquitetura dos espaços públicos e privados; ou porque as eventuais pretensões a respeito da privacidade fossem neutralizadas por um ordenamento de cunho corporativo ou patrimonialista; ou então porque em sociedades para os quais a privacidade representasse não mais que um sentimento subjetivo, ela não fosse digna de tutela. O despertar do direito para a privacidade ocorreu justamente num período em que mudou a percepção da pessoa humana pelo ordenamento, do qual ela passou a ocupar papel central e ao qual se seguiu a juridificação de vários aspectos do seu cotidiano. Esta moderna doutrina do direito à privacidade, cujo marco fundados podemos considerar o famoso artigo de Samuel Warren e Louis Brandeis, *The right to privacy*, tem uma linha evolutiva. Em seus primórdios, marcada por um individualismo exacerbado e egoísta, portou a feição do direito a ser deixado só. A este período remonta o paradigma da privacidade como uma *zero-relationship*, como a ausência de comunicação entre um sujeito e os demais. Esta concepção foi um marco inicial; a temperá-la temos, posteriormente, a crescente consciência de que a privacidade é um aspecto fundamental da realização da pessoa e do desenvolvimento da sua personalidade.” (DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 08-09)

<sup>263</sup> RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15.

A privacidade nas últimas décadas passou a relacionar-se com uma série de interesses, o que modificou substancialmente o seu perfil. Chegamos assim ao ponto de verificar, de acordo com a lição de Stefano Rodotà, que o direito à privacidade não se estrutura mais em torno do eixo “pessoa-informação-segredo”, no paradigma da zero-relationship, mas sim em um eixo “pessoa-informação-circulação-controle”.

Nesta mudança, a proteção da privacidade acompanha a consolidação a própria teoria dos direitos da personalidade e, em seus mais recentes desenvolvimentos, contribui para afastar uma leitura pela qual sua utilização em nome de um individualismo exarcebado alimentou o medo de que eles se tornassem o “direito dos egoísmos privados”. Algo paradoxalmente, a proteção da privacidade na sociedade da informação, tomada na sua forma de proteção de dados pessoais, avança sobre terrenos outrora não proponíveis e induz a pensá-la como um elemento que, antes de garantir o isolamento ou a tranquilidade, proporcione ao indivíduo os meios necessários para a construção e consolidação de uma esfera privada própria, dentro de um paradigma de vida em relação e sob o signo da solidariedade – isto é, tenha um papel positivo na sua própria comunicação e relacionamento com os demais. Tal função interessa à personalidade como um todo e eventualmente demonstra-se mais pronunciada quando fatores como a vida em relação e as escolhas pessoais entram em jogo – como nas relações privadas, também no caso da política e na própria vida pública.

A definição de privacidade deixou de ser fundada exclusivamente no direito a ter um espaço próprio, para, numa sociedade altamente tecnológica e informativa, centrar-se no direito a ter controle sobre as informações pessoais e a sua propagação social<sup>265</sup>. Privacidade transforma-se em pessoal, e não precisamente em privado, íntimo ou secreto<sup>266</sup>.

A possibilidade de controle das informações pessoais, e que irá compor o âmbito privado, pode abranger tanto as informações destinadas ao público – informações de dentro para fora –, como aquelas destinadas à pessoa – de fora para dentro<sup>267</sup>. Enquanto a primeira

<sup>264</sup> DONEDA, Danilo, op. cit., nota 262, p. 23-24.

<sup>265</sup> “É presumível que essa tendência prossiga nos próximos anos e que, de consequência, regras e definições irão mover-se em tal direção. Paralelamente houve uma ampliação progressiva da noção de esfera privada que, quantitativamente, compreende agora situações e interesses antes excluídos de proteção jurídica específica, e que, qualitativamente, se projeta muito além da mera identificação de um sujeito e seus comportamentos ‘privados’. Desta forma pode-se definir a esfera privada como aquele conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais, sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo. Em consequência, a privacidade pode ser identificada com ‘a tutela das escolhas de vida contra toda forma de controle público e de estigmatização social’, em um quadro caracterizado justamente pela ‘liberdade das escolhas existenciais’.” (RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 92-93)

<sup>266</sup> BARBOSA, Fernanda Nunes. O direito de não saber e os limites do dano indenizável. *Revista Trimestral de Direito Civil*. No prelo, 2012. Texto gentilmente fornecido pela autora.

<sup>267</sup> “Segundo ensina a doutrina, há dois modos de agressão à intimidade – a investigação abusiva da vida alheia e a divulgação de informações:

‘Pode-se, em resumo, assinalar que os atentados possíveis consistem, ou na investigação abusiva da vida alheia, ou na divulgação indevida de informação sobre sua privacidade (...)’ (BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004, p. 114)

‘Faz-se necessário distinguir ambas as hipóteses. Numa, a intimidade é agredida, porque violada. Noutra, a intimidade é lesada, porque divulgada. No primeiro caso, a aquisição das notícias íntimas é ilegítima. No segundo, embora legítima a aquisição das notícias, não é lícita a ulterior revelação. Aqui, a violação opera de dentro para fora, ao serem difundidas as intimidades legitimamente conquistadas. Acolá, a violação se faz de fora para dentro no instante da interferência indevida.’

hipótese compreende a situação mais conhecida de violação à privacidade, ou seja, a divulgação ao público de dado conhecido inerente à pessoa, a segunda situação revela uma face mais atual da privacidade, consistente no direito de controlar o acesso às próprias informações, e dará ensejo ao que hoje se entende por direito a não saber<sup>268</sup>.

A este direito, três objeções são formuladas: a) o direito a não obter informação pressupõe o prévio conhecimento de um risco particular à saúde, o que anularia o interesse; b) o conhecimento é bom em si mesmo; e, c) a não informação iria de encontro à evolução da relação médico-paciente que atualmente repousa em postura informativa ou dialética no processo decisório<sup>269</sup>.

O último argumento é particularmente interessante para o tema, uma vez que o Código de Ética Médica contém normas que prescrevem que o médico deve observar a vontade do paciente na tomada de decisão do tratamento a ser seguido<sup>270</sup>.

Esta última crítica não se sustenta, assim como as demais. A relação médico-paciente evoluiu do paternalismo para um processo dialético. Por ser comunicativo, esse processo admite que a pessoa opte por não conhecer os desdobramentos de sua condição clínica. Essa postura, analisada sob à luz do paternalismo médico, jamais seria admitida, eis que a pessoa sequer teria direito a controlar o acesso a sua informação, sendo o médico quem estaria

(COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só – tutela penal da intimidade. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 26)

(...)

Acrescente-se que a intimidade abrange o livre arbítrio das pessoas em querer saber ou não algo afeto unicamente à sua esfera privada. Vale dizer: todos têm direito de esconder suas fraquezas, sobretudo quando não estão preparadas para encarar a realidade.” (Brasília. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.195.995, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, 15 de março de 2011)

<sup>268</sup> Laurie Gramer opõe-se a qualificação desta categoria como direito, embora a use, preferindo qualificá-la como interesse: “As a final caveat, I would question the use of the language of rights in this context. I myself am guilty of such usage, for it can often be a helpful form of shorthand in discussion. The details and implications of rights discourse sit uneasily, however, in the present circumstances, and for these reasons I agree with Dr Andorno that there should be no legal “right” not to know which can be enforced against family members (Laurie, I p 265). A better approach, to my mind, is to talk of the interest that individuals might have in not knowing. On this basis, we might find that there is even less disagreement between myself and Dr Andorno.” (ANDORNO, Roberto. The Right Not to Know: an Autonomy Based Approach. *Journal of Medical Ethics*, n. 30, p. 440, 2004.)

A tradução do trecho correspondente é a seguinte: “Como advertência final, gostaria de questionar o uso da linguagem de direito neste contexto. Eu também sou responsável pelo uso, porque isso pode ser útil para encurtar a discussão. Os detalhes e implicações do discurso de direitos não se coaduna, contudo, nas presentes circunstâncias, e por esses motivos eu concordo com o Dr. Andorno que não deveria haver um direito “legal” a não saber que pudesse ser oposto aos parentes (Laurie, I p 265). Uma melhor solução, ao meu ver, é tratar do interesse que os indivíduos podem ter em não saber. Dessa forma, podemos concluir que haveria menos discordância entre mim e Dr.Andorno.

<sup>269</sup> ANDORNO, Roberto. The Right Not to Know: an Autonomy Based Approach. *Journal of Medical Ethics*, n. 30, p. 436, 2004.

<sup>270</sup> Preâmbulo, inciso XXI, do Código de Ética Médica.

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

habilitado a decidir se a informação deveria ser repassada e em qual extensão. A crítica resolve-se na própria justificação<sup>271</sup>.

A despeito das críticas apontadas, o direito a não saber tem sido reconhecido em diplomas legais. A Convenção Europeia sobre Direito Humanos e Biomedicina prevê, em seu artigo 10.2, que a vontade da pessoa em não ser informada deve ser preservada<sup>272</sup>. O artigo 5c da Declaração sobre Genoma Humano da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO dispõe sobre o direito de toda pessoa de decidir sobre ser ou não informado sobre o resultado de exames genéticos, sendo as consequências respeitadas<sup>273</sup>. Cita-se por último o artigo 7d da Declaração sobre os Direitos do Paciente da Organização Mundial de Saúde – OMS que prevê que o paciente tem o direito de não ser informado, a seu requerimento, salvo se necessária para a proteção da vida de outra pessoa<sup>274</sup>.

A lei espanhola que regulamenta as diretivas antecipadas também reconhece o direito a não ser informado em seu artigo 9º, inclusive no que tange às limitações a este direito<sup>275</sup>:

<sup>271</sup> “The criticism that the right not to know is contrary to the requirement of informed consent seems misplaced. The right to remain in ignorance about one’s genetic make up should not be mistaken for a waiver of informed consent. In the exercise of a waiver, a patient voluntarily relinquishes the right to an informed consent and relieves the physician from the obligation to inform. It seems to be a consensus among ethicists that the acceptance of waivers of consent is a dangerous practice. But in the case of the right not to know the informed consent exists, insofar as the person is perfectly aware that he or she will be submitted to a genetic test that may indicate the risk of developing a disease.”

A tradução do trecho correspondente é a seguinte: “A crítica que o direito a não saber é contrário ao consentimento informado parece mal-colocado. O direito a permanecer na ignorância sobre sua configuração genética não deveria ser confundido com a renúncia ao consentimento informado. Na renúncia o paciente voluntariamente perde o direito e desobriga o médico de informar. Parece ser consenso entre os eticistas que a aceitação da renúncia de consentimento é uma prática perigosa. Porém, no caso do direito a não saber o consentimento informado existe, assim como a pessoa está perfeitamente consciente de que ela será submetida a um teste genético que poderá indicar o risco de desenvolver alguma doença.”

<sup>272</sup> O trecho em língua estrangeira é: “Chapter III – Private life and right to information  
Article 10 – Private life and right to information

1. (...)

2. Everyone is entitled to know any information collected about his or her health. However, the wishes of individuals not to be so informed shall be observed. (...)”

<sup>273</sup> O trecho em língua estrangeira é: “The right of every individual to decide whether or not to be informed of the results of genetic examination and the resulting consequences should be respected.”

<sup>274</sup> O trecho em língua estrangeira é: “The patient has the right not to be informed on his/her explicit request, unless required for the protection of another person’s life.”

<sup>275</sup> A tradução do trecho correspondente é a seguinte: “Artigo 9º. Limite do consentimento informado e consentimento por procuração:

1. A renúncia do paciente a receber informação está limitada ao interesse da saúde do próprio paciente, de terceiros, da coletividade e das exigências terapêuticas do caso. Quando o paciente manifeste expressamente seu desejo de não ser informado, se respeitará sua vontade fazendo constar sua renúncia documentalente, sem prejuízo da obtenção de seu consentimento prévio para a intervenção.

2. A equipe médica poderá continuar as intervenções clínicas indispensáveis em favor da saúde do paciente, sem necessidade de contar com seu consentimento, nos seguintes casos:

a) Quando existir risco para a saúde pública por razões sanitárias estabelecidas em lei. Em todo caso, uma vez adotadas as medidas pertinentes, em conformidade com o estabelecido na Lei Orgânica 3/1986, se comunicará à autoridade judicial, no prazo máximo de 24 horas, sempre que se refiram ao internamento obrigatório de pessoas.

b) Quando existe risco grave e imediato para a integridade física ou psíquica do enfermo e não é possível conseguir sua autorização, consultando, quando as circunstâncias permitirem, aos seus familiares ou as pessoas vinculadas a ele juridicamente.”

Artículo 9. Límites del consentimiento informado y con sentimiento por representación.

1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por La Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible con seguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

O exercício deste direito, contudo, não é absoluto e encontra óbice no interesse da coletividade e na possibilidade de dano a terceiro<sup>276</sup>. De acordo com Roberto Andorno, admite-se excepcionalmente a revelação da condição clínica a familiares quando, em primeiro lugar, a revelação for necessária a evitar um mal a eles, e, em segundo lugar, quando houver alguma cura disponível<sup>277</sup>. Ainda assim, a comunicação aos familiares deve ocorrer após uma análise prudente sobre a relevância da informação, na medida em que envolve problemas éticos e legais, bem como porque não se tem ciência de que estes familiares tem interesse em conhecer a situação clínica<sup>278</sup>.

### 3.2.1.3 A doação de órgãos

A doação de órgãos para fins de transplantes está regulamentada pela Lei n. 9.434, de 04 de fevereiro de 2007. Antes deste diploma legislativo, vigoram a Lei n. 8.489, de 18 de novembro de 1992, a Lei n. 5.479, de 10 de agosto de 1968, e a Lei n. 4.280, 06 de novembro de 1963.

A Lei n. 4.280/1963 previa, em seus artigos 1º e 3º, a remoção de órgãos para fins de transplantes desde que a pessoa falecido houvesse deixado autorização escrita para esta finalidade, ou que não houvesse oposição por parte do cônjuge ou parentes até segundo grau,

<sup>276</sup> ANDORNO, Roberto. The Right Not to Know: an Autonomy Based Approach. *Journal of Medical Ethics*, n. 30, p. 437, 2004.

<sup>277</sup> O trecho em língua estrangeira é: “*That means that the disclosure to family members, if ever, could be accepted as an exceptional measure, as long as two conditions are fulfilled: firstly, the disclosure is necessary for avoiding a serious harm to them; secondly, some reasonable form of cure or therapy is available.*” (Ibid., loc. cit)

<sup>278</sup> ANDORNO, Roberto, op. cit., nota 276, loc. cit.

ou ainda das associações civis ou religiosas quando não houvesse parente conhecido, uma vez atestada a morte pelo diretor do hospital onde ocorreu o óbito ou por seu substituto.

A Lei n. 5.479/1968 inovou em relação ao regime anterior, incluindo no artigo 3º<sup>279</sup> a possibilidade de autorização de doação de órgãos por parte de incapazes e analfabetos, desde que realizada por instrumento público, e a necessidade de autorização escrita do cônjuge, descendentes, ascendentes ou colaterais para fins de transplante, sendo estes requisitos alternativos, isto é, bastava o cumprimento de quaisquer um dos incisos para que fosse autorizada a doação de órgãos.

Afigura-se interessante observar em primeiro, a possibilidade de incapazes autorizarem a doação dos próprios órgãos. À época da vigência da lei, o Direito Civil ainda se encontrava marcado pelo liberalismo que o inspirou, sendo que não era usual sequer permitir-se o exercício da autonomia pelos incapazes no campo patrimonial; a possibilidade de escolha existencial por parte de incapazes, tal como prevista na lei, revela-se como marcante na medida em que destoa do pensamento jurídico da época.

Em segundo lugar, há que destacar a autorização legal para que associações civis ou religiosas, ou o diretor do hospital onde ocorreu o óbito, conferissem destinação ao corpo de uma pessoa que não possuísse cônjuge ou parentes conhecidos. Trata-se, ainda que de forma implícita, do reconhecimento de que o corpo pertenceria ao mundo humano, não se vinculando à pessoa aos direitos que lhe são inerentes. O pouco ou nenhum desenvolvimento dos direitos de personalidade e a sua persistência pós-morte explicam o porquê desta autorização.

Este cenário sofreu alteração significativa na Lei n. 8.489/1992, promulgada após a Constituição Democrática de 1988, mas em observância ao seu artigo 199, § 4º<sup>280</sup>.

Neste diploma legislativo, atentando-se para os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, exclui-se a possibilidade de doação autorizada por associações ou diretor do nosocômio em relação a pessoas falecidas sem cônjuge, companheiro(a) ou parente

<sup>279</sup> Art. 3º. A permissão para o aproveitamento, referida no art. 1º, efetivar-se-á mediante a satisfação de uma das seguintes condições:

I – Por manifestação expressa da vontade do disponente;

II – Pela manifestação da vontade, através de instrumento público, quando se tratar de disponentes relativamente incapazes e de analfabetos;

III – Pela autorização escrita do cônjuge, não separado, e sucessivamente, de descendentes, ascendentes e colaterais, ou das corporações religiosas e civis responsáveis pelo destino dos despojos;

IV – Na falta de responsáveis pelo cadáver a retirada, somente poderá ser feita com a autorização do Diretor da Instituição onde ocorrer o óbito, sendo ainda necessária esta autorização nas condições dos itens anteriores.

<sup>280</sup> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

(...)

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

conhecido. Há também um retorno ao sistema da lei de 1963, de forma que ou a pessoa autorizaria a doação, através de documento público ou particular, ou esta seria realizada caso não houvesse oposição cônjuge, dos descendentes ou dos ascendentes<sup>281</sup>.

A Lei n. 8.489/1992 veio a ser revogada pela Lei n. 9.434/1997, cujo texto original alterou de modo significativo o tema de doação de órgãos.

Alterando a sistemática anterior, em que a pessoa declarava a sua vontade em ser doadora de órgãos, o artigo 4º da Lei n. 9.434/1997 previa que “salvo manifestação de vontade em contrário, (...) presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica *post mortem*”. Complementando a regra do caput, os parágrafos deste artigo previam que a declaração “não-doador” constasse da carteira de identidade civil ou carteira nacional de habilitação, facultada a alteração dos documentos no prazo de trinta dias a contar da publicação da lei; e, havendo diversidade de declaração entre os documentos, prevaleceria aquele que contasse com expedição mais recente<sup>282</sup>.

A mudança do sistema *opting-in* para o sistema *opting-out*<sup>283</sup> de doação de órgãos provocou intensas polêmica e reações. Formou-se entendimento favorável à

<sup>281</sup> Art. 3º. A permissão para o aproveitamento, para os fins determinados no art. 1º desta lei, efetivar-se-á mediante a satisfação das seguintes condições:

- I – por desejo expresso do disponente manifestado em vida, através de documento pessoal ou oficial;
- II – na ausência do documento referido no inciso I deste artigo, a retirada de órgãos será procedida se não houver manifestação em contrário por parte do cônjuge, ascendente ou descendente.

<sup>282</sup> Art. 4º Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica *post mortem*.

§ 1º A expressão “não-doador de órgãos e tecidos” deverá ser gravada, de forma indelével e inviolável, na Carteira de Identidade Civil e na Carteira Nacional de Habilitação da pessoa que optar por essa condição.

§ 2º A gravação de que trata este artigo será obrigatória em todo o território nacional a todos os órgãos de identificação civil e departamentos de trânsito, decorridos trinta dias da publicação desta Lei.

§ 3º O portador de Carteira de Identidade Civil ou de Carteira Nacional de Habilitação emitidas até a data a que se refere o parágrafo anterior poderá manifestar sua vontade de não doar tecidos, órgãos ou partes do corpo após a morte, comparecendo ao órgão oficial de identificação civil ou departamento de trânsito e procedendo à gravação da expressão “não-doador de órgãos e tecidos”.

§ 4º A manifestação de vontade feita na Carteira de Identidade Civil ou na Carteira Nacional de Habilitação poderá ser reformulada a qualquer momento, registrando-se, no documento, a nova declaração de vontade.

§ 5º No caso de dois ou mais documentos legalmente válidos com opções diferentes, quanto à condição de doador ou não, do morto, prevalecerá aquele cuja emissão for mais recente.

<sup>283</sup> Sobre os modelos jurídicos básicos de doações de órgãos:

“Como se sabe, são dois os modelos jurídicos básicos adotados na disciplina das transplantações homólogas:

1. O modelo do consentimento (*opting-in system*), adotado nos Estados Unidos e na Inglaterra, exige consentimento expresso manifestado pelo doador (consentimento restrito) ou por sua família (consentimento alargado);
2. O modelo da oposição ou dissentimento (*opting-out system*) ou consentimento presumido (*presumed consent*), que reconhece ao doador o direito de deduzir oposição a colheita de órgãos ou tecidos.

Além dessas configurações, cogita-se de um modelo de informação, no qual, na ausência de manifestação do doador, comunica-se a família sobre a intenção de se proceder à retirada de órgãos do falecido, a qual, se quiser, poderá manifestar-se contrariamente. É o que se adota na Itália. Trata-se de uma variante do modelo de oposição.

Na mesma linha, poder-se-ia falar, ainda, de um modelo de declaração obrigatória, calcado em uma estrutura binária de consentimento ou oposição, restando ao legislador disciplinar a eventual significação do silêncio.” (MENDES, Gilmar Ferreira. Doação de órgãos: legitimidade constitucional do consenso presumido. Enfoque Jurídico, Brasília, p. 07, 1997)

inconstitucionalidade da lei<sup>284</sup> ao argumento que esta promoveria “a estatização do corpo humano, devido ao fato de o Estado ficar com algo que não é seu”, afrontando o “direito individual da pessoa à sua integridade física e dignidade” e o “princípio filosófico do controle do homem sobre o próprio corpo”<sup>285</sup>.

Por força deste movimento contrário ao novo modelo legal, foi editada a Medida Provisória n. 1.718, de 06 de outubro de 1998, que incluiu o parágrafo 6º ao artigo 4º da Lei n. 9434/1997, que dispunha que “na ausência de manifestação de vontade do potencial doador, o pai, a mãe, o filho ou o cônjuge poderá manifestar-se contrariamente à doação, o que será obrigatoriamente acatado pelas equipes de transplante e remoção”.

Após vinte e seis reedições, procedeu-se à alteração de seu conteúdo, através da Medida Provisória n. 1.959-27, de 24 de outubro de 2000, que deu nova redação ao artigo 4º da Lei n. 9.434/1997, passando a prever que a doação de órgãos dependeria da autorização de qualquer um dos parentes maiores da pessoa falecida, na linha reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, ou do cônjuge, em documento subscrito por duas testemunhas após a verificação da morte<sup>286</sup>. E o artigo 2º da Medida Provisória determinava que “as manifestações de vontade relativas à retirada ‘*post mortem*’ de tecidos, órgãos e partes, constantes da Carteira de Identidade Civil e da Carteira Nacional de Habilitação, perdem a sua validade após o dia 1º de março de 2001”.

Após reedições<sup>287</sup>, a Medida Provisória foi convertida na Lei n. 10.211, de 23 de março de 2001, e consolidou a redação das Medidas Provisórias anteriores no artigo 4º da Lei n. 9.434/1997. A inclusão do parágrafo único<sup>288</sup> ao artigo 4º, que previa a possibilidade de opção da doação em vida, foi vetada ao argumento que “além de contrariar o disposto no caput do art. 4º - a autorização familiar – contrariaria a prática da totalidade das equipes

---

<sup>284</sup> Em contrário, posicionando-se a favor da constitucionalidade da lei, dentre outros:

“Essas considerações servem pelo menos para demonstrar que a chamada ‘doação presumida’ não se revela, por si só, contrária ao direito de autodeterminação das pessoas ou ao princípio da dignidade humana. Eventuais deficiências poderão ser atribuídas às regras de organização e de procedimento.” (Ibid.)

<sup>285</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>286</sup> “Art. 4º. A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas, para transplante ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização de qualquer um de seus parentes maiores, na linha reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, ou do cônjuge, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte”.

<sup>287</sup> A Medida Provisória n. 1.959-29, de 21 de dezembro de 2000, alterou apenas o prazo previsto no artigo 2º, antecipando-o para 22 de dezembro de 2000.

<sup>288</sup> “Art. 4º. (...)”

Parágrafo único. A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas poderá ser realizada a partir de registro feito em vida, pelo *de cuius*, nos termos do regulamento.”

transplantadoras do País, que sempre consultam os familiares” e “somente retiram os órgãos se estes, formalmente, autorizarem a doação”.

A guinada legislativa em direção ao modelo novo acerca da doação de órgãos, em que a opção foi retirada do âmbito de decisão da pessoa e era entregue ao seu cônjuge, companheiro(a) e demais parentes.

Esta opção legislativa é objeto de crítica porque retira da pessoa o exercício da autonomia, e impede que suas escolhas íntimas não sejam acolhidas, privilegiando-se as escolhas de terceiro.

O Código Civil de 2002 acrescentou argumentos contrários ao dispositivo, eis que o artigo 14 da Lei n. 10.406, de 11 de janeiro de 2002, dispõe ser “válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”.

Há claramente dois modelos distintos e conflitantes acerca da doação de órgãos: de um lado, a decisão cabe a terceiros, e, de outro, a decisão é inicialmente da pessoa, a quem cabe decidir sobre o uso do seu corpo após a morte.

Conquanto este conflito pudesse ser solucionado através das técnicas clássicas de interpretação e solução de conflito de leis no tempo, de modo que prevaleceria a norma especial da Lei n. 9.434/1997 em detrimento do Código Civil, “em uma antinomia como esta, envolvendo a tutela da liberdade e da solidariedade (...), é imperioso solucionar o conflito a partir da tábua de princípios constitucionais que inspira e imanta todo o sistema”<sup>289</sup>. Por esta razão, afigura-se consentâneo com os princípios da autonomia e da dignidade da pessoa humana a solução preconizada por Carlos Nelson de Paula Konder e Ana Carolina Brochado Teixeira, para quem<sup>290</sup>

(...) a legitimação conferida pela lei aos familiares não pode ser entendida como uma prerrogativa para substituir a expressa vontade do *de cujus* pela sua. É inconcebível que aquilo que foi considerado uma expressão da liberdade e solidariedade do *de cujus* em vida seja, depois da sua morte, reputado uma afronta à sua dignidade, idônea a legitimar seus familiares a fazerem com que cesse. Mesmo porque sua liberdade de escolha pode ser ampla o suficiente para fazer designações existenciais, que coincidam suas crenças e ideais, para após a sua morte. Isso significa que a autonomia privada tem dimensões espaciais que ultrapassam a existência da pessoa humana e do sujeito de direitos abstrato. Não parece compatível com nossa tábua principiológica permitir que a família considere o gesto livre e solidário do doador/testador uma lesão à sua própria dignidade.

<sup>289</sup> KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, V. 1 n. 18, 2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1357>>. Acesso em: 03 set. 2011.

<sup>290</sup> KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, V. 1 n. 18, 2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1357>>. Acesso em: 03 set. 2011.

Assim, seja em questões afetas à doação de órgãos ou aos testamentos – dentro dos limites formais e materiais impostos pela lei – não há dúvidas de que deve prevalecer a vontade da própria pessoa, que em atos autônomos e responsáveis, traça diretrizes para seu corpo e bens para que tenham em um momento em que ela não tenha mais condições de decidir, seja por estar em situação de grave doença, ou por já ter falecido.

A decisão familiar, assim, deve estar estrita aos casos em que a pessoa não tenha manifestado expressa e documentalmente qualquer opção. Isso significa que é possível uma compatibilização entre as regras da Lei n. 9.434/1997 e o Código Civil, privilegiando-se a decisão autônoma da pessoa, e determinando a incidência da norma daquela lei em casos de omissão (ou inexistência de manifestação).

Esta orientação foi aprovada pelo Conselho da Justiça Federal – CJF, após debates na IV Jornada de Direito Civil da qual resultou o enunciado n. 277<sup>291</sup>:

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.

Como registro final, importante destacar que a decisão sobre doação de órgãos, assim como o direito de não ser informado sobre diagnósticos, não é matéria típica das diretivas antecipadas, porque enquanto estas têm por finalidade produzir efeitos ainda em vida, a doação de órgãos consiste em declaração que produzirá efeitos após a morte.

<sup>291</sup> Eis a justificativa apresentada por Maria Celina Bodin de Moraes e Carlos Nelson Konder para o enunciado, por eles apresentada:

“Justificativa: A Lei n. 9.434/97, em sua versão inicial, buscava implantar no Brasil um sistema de consentimento presumido (*opting out system*) no tocante à doação post mortem de órgãos e tecidos. Porém, a rejeição popular a essa presunção foi tamanha que se editou medida provisória determinando que, em caso de ausência de manifestação expressa de vontade do doador, a doação dependeria de consulta aos familiares. Foi a Medida Provisória n. 1.718, de 6 de outubro de 1998, que acrescentou um novo parágrafo ao art. 4º: § 6º. Na ausência de manifestação de vontade do potencial doador, o pai, a mãe, o filho ou o cônjuge poderá manifestar-se contrariamente à doação, o que será obrigatoriamente acatado pelas equipes de transplante e remoção. No entanto, depois de reeditada 26 vezes, a Medida Provisória foi sub-repeticionalmente alterada, revertendo completamente o avanço legislativo e fazendo prevalecer a vontade dos familiares, mesmo sobre a do doador. Trata-se da Medida Provisória n. 1.959-27, de 24 de outubro de 2000, dando a redação atual do art. 4º: A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau, inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte, que veio a se converter, depois de mais cinco reedições, na Lei n. 10.211/01.

O Código Civil — Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 — veio posteriormente a afirmar, em seu art. 14: É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. A afirmação categórica da validade da disposição gratuita com fim altruístico, para depois da morte, expressão clara dos princípios da autonomia privada e, principalmente, da solidariedade, é incompatível com a subordinação dessa manifestação à necessidade de aquiescência dos familiares.

Especialmente partindo da constatação realizada pela melhor doutrina de que, nos termos estabelecidos pelo art. 226 da Constituição Federal, a família se encontra funcionalizada ao livre desenvolvimento da personalidade dos seus membros, isto é, ela não é mais protegida em si, mas apenas enquanto servir à realização da dignidade de seus integrantes, não se pode continuar a conceber que os familiares possam atuar como obstáculo à manifestação da vontade solidária do potencial doador acerca do destino de seus próprios órgãos e tecidos. Portanto, o art. 4º da Lei n. 9.434/97 — a consulta aos familiares — só se aplica às hipóteses de ausência de manifestação da vontade do potencial doador.” (JORNADA DE DIREITO CIVIL.

Brasília: Conselho da Justiça Federal, v. 1, 2007)

Essa circunstância não impede, contudo, que as diretivas contenham manifestação quanto à doação, e que, de argumentos com os argumentos antes explanados, deverá ser cumprida pela equipe médica e pelos familiares, em sendo viável esta alternativa.

### 3.2.2 O conteúdo do mandato duradouro

Podem ser objeto do mandato duradouro todas as decisões que seriam tomadas pela pessoa caso estivesse capacitada para tanto. Assim, possível transferir ao representado a possibilidade de escolher os tratamentos médicos a serem realizados ou não, a doação de órgãos etc.

O mandato duradouro pode ser elaborado em documento próprio e não como cláusula do testamento vital, e guarde autonomia em relação a este.

A propósito, para fins de mandato duradouro, a incapacidade superveniente será considerada condição suspensiva de eficácia do negócio e, não, condição terminativa da relação, eis que a causa<sup>292</sup> deste negócio é diferente daquela estabelecida no artigo 682, II, do Código Civil<sup>293</sup>.

Outras vantagens da nomeação de representante podem ainda ser apontadas<sup>294</sup>:

- a) respeitar o desejo de conferir legalmente poderes a alguém que possa agir, ao invés da pessoa, se esta se tornar incapacitada, o que evita desentendimentos familiares sobre as decisões difíceis a serem tomadas, mormente sobre suporte vital, tratamento médico, etc.;
- b) a pessoa pode, de antemão, definir um padrão para a decisão a ser tomada no futuro: o instrumento de autonomia permite definir como se decide, quais as diretrizes da decisão, quais os poderes atribuídos e como devem ser exercidos. Tais definições vinculam o representante;
- c) garante o respeito à vontade de quem está incapaz;
- d) a decisão será tomada de acordo com as diretrizes do representado, mas à luz da evolução da ciência e, principalmente, segundo as especificidades do quadro de doença do próprio representado;

<sup>292</sup> “A causa também serve para isso: é através dela que se individualizam os elementos essenciais a um determinado contrato, e a partir daí se pode proceder à investigação da presença (ou ausência) de tais elementos no concreto regulamento de interesses estabelecidos pelas partes. A causa permite, portanto, que se qualifique o negócio jurídico. Desta forma, ainda que o elemento causal, como requisito do contrato, não esteja expresso no ditado do Código Civil, ele lhe é inerente uma vez que ‘a causa é a função que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de ato jurídico, função que o situa no mundo jurídico, traçando-lhe e precisando-lhe a eficácia’.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *A causa dos contratos*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 293)

<sup>293</sup> “No caso de poderes de representação conferidos para defesa de interesses existenciais em caso de incapacidade superveniente, a incapacidade não funciona como causa extintiva da representação, ao contrário, como causa aquisitiva. Se o direito brasileiro admite a defesa de interesses da pessoa mesmo após a sua morte, com a valorização da vontade do testador na sucessão testamentária, o ordenamento não teria coerência se não se pudesse valorizar a vontade da pessoa ainda viva, mas portadora de enfermidade que a tornou incapazes civilmente.” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 237)

<sup>294</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012, p. 364

e) a representação para saúde é mais flexível, pois atende às peculiaridades do caso, facultando a atuação do procurador em qualquer estado da doença e em qualquer decisão relacionada com a saúde, que pode garantir ou não uma atuação mais ampla nos poderes do decisor, a partir de uma autorização do doente.

A questão que vem associada ao mandato duradouro não é propriamente do que pode ser objeto de transferência, mas em que extensão ela pode ser aceita, e, deixando certa discricionariedade ao representante, qual o critério de decisão que deve ser seguido por ele.

Ao se questionar sobre a extensão da nomeação, a intenção é discutir se o ato de designação do representante deve traçar pormenorizadamente as diretrizes a serem seguidas. Fazendo uma associação com o instituto do endosso, no Direito Empresarial, a discussão busca discutir se a designação pode ser “em branco”, porque foi delegada ampla margem de discricionariedade ao representante, ou “em preto”, ou seja, as diretrizes decisórias já estão contidas no documento e caberá ao representante atuar para observar que sejam cumpridas.

A solução que se afigura consentânea com o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser intermediária as alternativas apresentadas. Se por um lado, não é possível delegar as decisões sobre saúde e autodeterminação corporal integralmente a outrem, por outro, o estabelecimento das diretrizes rígidas a serem seguidas pelo nomeado não permitiriam que o ato pudesse ser qualificado como mandato duradouro.

O mandato duradouro pressupõe o instituto da representação, ou seja, que o representante, de forma autônoma, tome as decisões em favor do representado. Quando o documento já contém todas as ordens a serem observadas – sem a possibilidade de atuação da pessoa indicada fora dos casos elencados –, estar-se-ia diante da figura de núncio ou mensageiro<sup>295</sup>, mas afastada da representação que é inerente ao mandato duradouro<sup>296</sup>.

<sup>295</sup> “Daí já se pode, numa ressalva indispensável, excluir da representação a figura do mensageiro ou núncio, que não emite uma declaração de vontade própria, porém, se limita a ser o portador da manifestação volitiva de outrem, que transmite como recebe, e comparece no negócio jurídico, mas é mero porta-voz do interessado. É bem de ver, portanto, que neste caso, do mensageiro, nem há representação, nem pode ocorrer como suprimento de vontade do agente, sendo incompatível a figura do núncio com a realização de negócio jurídico, quando o agente é inapto a fazer, ele mesmo, uma emissão volitiva pessoal e imediata. Mas, pelo fato de não ser o mensageiro participante do negócio jurídico, porém simples medianeiro ou portador da declaração de vontade do agente (em transmissão oral, ou por carta, ou por outra forma de comunicação), não há cogitar da sua capacidade. Na verdade, desde que não interpõe sua vontade, pode o núncio ser um incapaz. Basta que possa transmitir a declaração volitiva alheia. Mas não quer isto dizer que o papel do mensageiro seja indiferente ao desenvolvimento do negócio. Ao contrário, se transmite com infidelidade a declaração, dará causa à anulação do negócio, respondendo, ainda, por perdas e danos se o fizer em procedimento contra direito.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 23.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 524-525, , v. I)

<sup>296</sup> “Quando todas as diretrizes do tratamento previamente foram traçadas pelo enfermo, sendo nomeado alguém para dar conhecimento da sua vontade, não passará de núncio, plenamente admitido nestes casos. Conforme visto anteriormente, mesmo nos atos pessoais se admite a participação de um mensageiro, mormente, quando a este couber apenas a entrega de um documento. No caso de incapacidade superveniente, inclusive, não é aconselhável que se dê credibilidade à vontade transmitida oralmente por meio do núncio, devido às consequências do ato, uma vez que o titular da situação estará impossibilitado de se opor em caso de transmissão errônea da vontade.” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 232)

Por esta razão, a nomeação obrigatória instituída no artigo 6º da Lei n. 18.473/2009 do Uruguai só poderá ser entendida como mandato duradouro se houver a concessão de margem de decisão ao representante. Caso contrário, estar-se-á diante da figura do núncio<sup>297</sup>, ou outra figura correlata ao testamenteiro, que se encarregaria apenas de assegurar o cumprimento do negócio jurídico.

Por outro lado, algum parâmetro objetivo de decisão deve estar contido no documento de modo a permitir que o representante saiba qual seria o desejo do representado para pautar a sua atuação. A transferência do exercício deste direito a outra pessoa, sem qualquer explicação, indicação ou parâmetro, aproxima-se demasiadamente – senão converte-se – da renúncia a direito personalíssimo, o que vai de encontro à dignidade.

Acertada, portanto, a observação de Ana Carolina Brochado de que<sup>298</sup>:

Para a execução de atos existenciais, os poderes devem ser bastante claros e delimitados, para que o terceiro saiba exatamente o que deve fazer e o âmbito da sua deliberação, principalmente se o outorgante apenas der as diretrizes das decisões a serem tomadas e deixar por conta de outrem decisões pontuais, por exemplo, sobre seu tratamento médico.

No âmbito de discricionariedade conferido ao representante, suas decisões deverão pautar-se pelas indicações escritas do representado, ou, não as havendo, devem elas estar de acordo com as orientações que recebeu verbalmente ou que lhe foram ditas ao longo da convivência comum. Em qualquer hipótese ou em caso de dúvida, o representante deve guiar-se pelo princípio do melhor interesse da pessoa, procurando decidir da forma com que o representado faria se lhe fosse possível<sup>299</sup>.

Cuida-se de diretriz que incide nas categorias jurídicas que versam sobre a atuação em nome de terceiro, como no caso do mandato, da tutela, da curatela, da gestão de negócios etc., não sendo, portanto, dado inovador para o ordenamento.

---

<sup>297</sup> Artículo 6º.- *En el documento de expresión de voluntad anticipada a que se alude en el artículo 2º de la presente ley, se deberá incluir siempre el nombramiento de una persona denominada representante, mayor de edad, para que vele por el cumplimiento de esa voluntad, para el caso que el titular se vuelva incapaz de tomar decisiones por sí mismo. Dicho representante podrá ser sustituido por la voluntad del titular o designarse por éste sustitutos por si el representante no quiere o no puede aceptar una vez que fuera requerido para actuar. No podrán ser representantes quienes estén retribuidos como profesionales para desarrollar actividades sanitarias realizadas a cualquier título con respecto al titular.*

<sup>298</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012, p. 360.

<sup>299</sup> “O modelo dos *melhores interesses* protege o bem-estar de outra pessoa, avaliando os riscos e os benefícios dos vários tratamentos e das alternativas ao tratamento, levando em consideração a dor e o sofrimento e avaliando o restabelecimento e a perda das funções. É indispensável, portanto, um critério de qualidade de vida. Aceitar o modelo dos melhores interesses equivale a reconhecer que, em casos-limites, tem-se de decidir quais são os interesses de bem-estar do paciente naquele momento, e não buscar aquilo que ele teria escolhido em algum mundo possível imaginário” (PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensando o final: reflexões sobre o direito de morrer*. XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, XVIII, 2009, São Paulo. *Anais...*. Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2009, p. 1404-1405)

A não observância das determinações elencadas pelo representado, ou, ainda, a violação ao princípio do melhor interesse, pode dar ensejo à anulação da decisão do representante, por afrontar a autonomia pessoal<sup>300</sup>.

### 3.3 Forma e atualidade da declaração

O Código Civil adota, em seu artigo 104, inciso III, e artigo 107, o princípio da liberdade de formas ou do consensualismo, salvo em hipóteses excepcionais em que deverá ser observada uma determinada forma para a prática dos negócios jurídicos. Por se tratar de regra de exceção, sua aplicação fica restrita aos casos legalmente indicados<sup>301</sup>.

Por esta razão, não há como se sustentar que a formalização das diretivas antecipadas em nosso país deve observar alguma forma – em regra, a realização do ato mediante escritura pública – para lhe conferir validade.

As diretivas antecipadas poderão, portanto, ser formalizadas através de documento público ou particular, podendo constar, inclusive, do prontuário médico da pessoa para que possa produzir efeito, sendo mesmo recomendável que essa inclusão seja realizada<sup>302</sup>.

---

<sup>300</sup> “Por isso, disposições futuras sobre a saúde ditam o modelo de bem-estar do indivíduo e, principalmente, a possibilidade do controle futuro sobre o corpo, hipótese perfeitamente compreendida no âmbito de tutela do direito fundamental à saúde, que tem caráter prestacional e pessoal, nesse último aspecto, devendo ser entendido como direito de liberdade. ‘Assim como devemos respeitar os desejos anteriores do morto, respeitamos os desejos autônomos previamente expressos da pessoa que está atualmente seriamente incapaz em razão de nosso respeito pela autonomia da pessoa que tomou a decisão, assim como de nosso interesse em assegurar, antes de nos tornarmos incapazes, o controle sobre nossas vidas.’ Sabe-se que a saúde é direito fundamental e, por essa razão, não podem ser impostos tratamentos que violem as convicções da pessoa, pois o governo da vida deve ser feito pela livre decisão do interessado. Essa é uma decisão atrelada à vida privada, à construção da privacidade de cada indivíduo, por ser situação que afeta sua liberdade e seu destino.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012, p. 363-364)

<sup>301</sup> “Ao tratar da função da forma no direito contemporâneo, Pietro Perlingieri faz referência à ‘desvinculação’ entre forma e formalismo, afirmando que este só se configura quando se assume a forma como um fim em si mesmo, cujos efeitos elevar-se-iam ao ponto de fazer prescindir a consideração dos fundamentos que a justificam. Não seria ‘formalismo’ o recurso e o respeito à forma que traduzam a garantia de interesses ou de valores privilegiados no ordenamento constitucional (*Forma dei Negozi e Formalismo degli Interpreti*, p. 59). Danilo Doneda, ao tratar do tema, atesta: ‘Uma funcionalização do instituto da forma, nesta perspectiva, revela sua aptidão a realizar tarefas que, de outra forma, seriam dificilmente sanáveis e resultariam em um desrespeito aos interesses postos em jogo (...). O formalismo, nesta dimensão, tem como motivação não mais a literalidade dos atos e a simples segurança jurídica que o orientavam, mas sim valores cuja proteção pode ser atingida através da interposição do requisito formal para negócios que o demandem’ (‘Uma mera formalidade?’, p. 208).” (TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011, p. 223, v. I)

<sup>302</sup> “Desse modo, os atos de autonomia existenciais *inter vivos* seguem a forma livre, salvo quando a lei exigir forma especial, conforme prevê o art. 107 do Código Civil.” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 141)

As mesmas razões autorizam a conclusão de que não se faz necessária a subscrição do documento por testemunhas, embora esta cautela diminua o risco de se opor a falsidade documental.

Tampouco há a necessidade de registro público para a validade das diretivas, embora, novamente, esta providência dê publicidade à vontade da pessoa e facilite o seu cumprimento<sup>303</sup>.

Luciana Dadalto sustenta ser requisito de validade das diretivas a forma pública, mas apenas sugere que ocorra o registro de modo a assegurar a eficácia do negócio<sup>304</sup>:

(...) entende-se ser importante, no Brasil, que a declaração prévia de vontade do paciente terminal no Brasil seja lavrada por escritura pública perante um notário, a fim de garantir a segurança jurídica. A criação de um banco de dados nacional de declarações de vontade dos pacientes terminais também é recomendada, para que possibilite uma maior efetividade no cumprimento da vontade do paciente, de modo a não correr risco de que a declaração se torne inócua. Assim, existindo tais disposições formais, o cartório deverá encaminhar a declaração prévia de vontade do paciente terminal ao Registro Nacional, em um prazo exíguo, a fim de garantir a efetividade da declaração prévia de vontade do paciente terminal, este só poderá ser feito de forma pública no Brasil.

Afirma, ainda, ser recomendável que a declaração seja anexada ao prontuário médico “com o escopo de informar à equipe médica que o paciente possui declaração prévia de vontade do paciente terminal”<sup>305</sup>.

Da mesma forma, Ana Carolina Brochado, para quem, “por medida de segurança, o ideal é que a declaração seja tomada por escrito, preferencialmente por meio de instrumento público, para que se perfaça a declaração unilateral de vontade”<sup>306</sup>.

A solução adotada na Espanha foi híbrida: não se exige que o documento seja público, tampouco testemunhas, mas deverá constar do histórico médico; e, para fins de garantir eficácia nacional, deverá ser criado o Registro Nacional de Instruções Antecipadas vinculado ao Ministério de Saúde e Consumo, a quem competirá formar um banco de dados de diretivas antecipadas<sup>307</sup>.

<sup>303</sup> “Adotamos *diretivas antecipadas* que têm, pelo menos, quatro alternativas para materializar-se: escritura pública em cartório; declaração escrita em documento particular, de preferência com firma reconhecida; declaração feita ao médico assistente, registrada no prontuário, com a assinatura do paciente.” (RIBEIRO, Diaulas Costa. *Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 22(8):1749-1754, ago, 2006, p. 1750)

<sup>304</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 134-135.

<sup>305</sup> *Ibid.*, p. 136.

<sup>306</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012, p. 365.

<sup>307</sup> Artigo 11 da Lei n. 41/2002.

No Uruguai, a lei prevê que as diretivas sejam subscritas pelo declarante e por duas testemunhas, ou, a rogo do declarante caso não possa subscrever o documento, que poderá ser realizado por instrumento público ou particular. Em qualquer caso, a declaração deverá ser inscrita no histórico médico da pessoa<sup>308</sup>.

Em Portugal, as diretivas antecipadas podem ser subscritas no serviço notarial ou no Registro de Testamento Vital, mas a assinatura deve ser feita na presença de um funcionário responsável por um desses órgãos. Por conta dessa exigência, não há na lei menção sobre a necessidade de testemunhas<sup>309</sup>.

Conquanto a declaração deva ser escrita – oralmente, ela se converte em planejamento de saúde, espécie da qual as diretivas são gênero –, a alteração e, principalmente, a sua revogação não precisam observar o princípio da simetria das formas e pode ser determinado inclusive oralmente.

Cuida-se de decorrência da prevalência da dignidade da pessoa humana, do reconhecimento de sua autonomia e da observância do princípio do consentimento esclarecido, afinal<sup>310</sup>:

Os atos de disposição do próprio corpo se fundamentam nos valores constitucionais da saúde, da dignidade e do livre desenvolvimento da pessoa humana, de modo que somente são merecedores de tutela se funcionalizados à realização desses interesses. Não estaria assim funcionalizado o ato lesivo à integridade física da pessoa – que no caso dos transplantes pode representar a perda de um órgão – se realizado contra a vontade da pessoa lesada. Assim, como a *ratio* que justifica uma previsão normativa de revogabilidade para os transplantes é comum a todos os atos de disposição do corpo, deve ser estendida a todos eles.

A revogabilidade das diretivas sob qualquer forma consta expressamente das leis uruguaia<sup>311</sup>, espanhola<sup>312</sup>, britânica<sup>313</sup> e portuguesa<sup>314</sup>.

---

<sup>308</sup> Artigo 2º da Lei n. 18.473/2009.

<sup>309</sup> Artigo 2º da Lei n. 25/2012.

<sup>310</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 248.

<sup>311</sup> O trecho em língua estrangeira é: “*Artículo 4º.- La voluntad anticipada puede ser revocada de forma verbal o escrita, en cualquier momento por el titular. En todos los casos el médico deberá dejar debida constancia en la historia clínica.*”

<sup>312</sup> O trecho em língua estrangeira é: “*Artículo 11. (...)*  
4. *Las instrucciones previas podrán revocarse libre mente en cualquier momento dejando constancia por escrito.*”

<sup>313</sup> O trecho em língua estrangeira é: “*An advance decision is not valid if P—*  
*(a) has withdrawn the decision at a time when he had capacity to do so,*  
*(b) has, under a lasting power of attorney created after the advance decision was made, conferred authority on the donee (or, if more than one, any of them) to give or refuse consent to the treatment to which the advance decision relates, or*  
*(c) has done anything else clearly inconsistent with the advance decision remaining his fixed decision.*”

<sup>314</sup> O trecho no original é: “Artigo 8º. (...)

Uma outra questão pertinente às formalidades das diretivas refere-se à atualidade da declaração de vontade, ou, em outros termos, se há prazo de validade para as diretivas.

A princípio, não há como aceitar a imposição de um prazo de validade para as diretivas, eis que, como decorrência do exercício da autonomia da pessoa, sujeitam-se a este princípio e a conveniência e vontade do declarante em alterar ou revogar o negócio anterior. Ausente vicissitudes modificativas da declaração realizada, esta é considerada válida e eficaz.

O entendimento de Luis Roberto Barroso parece inclinar-se em sentido contrário, eis que, ao tratar da possibilidade de recusa de transfusão de sangue por parte de Testemunhas de Jeová, afirma que a vontade “deve ser atual, manifestada imediatamente antes do procedimento”<sup>315</sup>, pois não se poderia “aceitar que alguém esteja vinculado por uma recusa de tratamento efetuada muito tempo antes do procedimento”<sup>316</sup>.

Aceitar que o mero decurso do tempo fosse suficiente para tornar ineficaz uma diretiva antecipada atenta contra o reconhecimento da autonomia da pessoa, e converte uma conduta como tal em paternalista.

Embora não se admita a existência de um prazo de validade, as diretivas antecipadas podem tornar-se ineficazes quando a expressão da vontade não estiver mais de acordo com o estágio atual da Medicina. Como bem destaca Luciana Dadalto<sup>317</sup>:

Quanto ao argumento do avanço da Medicina, esse cai por terra com a simples verificação dos limites da declaração prévia de vontade do paciente terminal, quais sejam, a inaplicabilidade de disposições contrárias ao ordenamento jurídico brasileiro, de disposições contraindicadas para a patologia do paciente e recusa de tratamentos que já tenham sido modificados pela ciência médica. Desta feita, a simples verificação de que a Medicina avançou e que determinado tratamento ou não tratamento disposto na declaração prévia de vontade do paciente terminal não é mais utilizado/recomendado, revoga tacitamente a disposição, não havendo, portanto, razão em se prever prazo de validade para o instituto.

A lei portuguesa trata dessas questões com maior detalhamento que as demais. No artigo 6º, alínea 2, itens “b” e “c”, da Lei n. 25/2012, consta que as diretivas antecipadas perderão eficácia quando comprovada a desatualização da vontade do declarante em face dos progressos tecnológicos, ou quando o negócio jurídico não corresponder às circunstâncias de

---

4 — O outorgante pode, a qualquer momento e através de simples declaração oral ao responsável pela prestação de cuidados de saúde, modificar ou revogar o seu documento de diretivas antecipadas de vontade, devendo esse facto ser inscrito no processo clínico, no RENTEV, quando aí esteja registado, e comunicado ao procurador de cuidados de saúde, quando exista.”

<sup>315</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Rio de Janeiro: [s.n.], 5 abr. 2010. p. 32. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas\\_de\\_jeova.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf)>. Acesso em: 21 jun. 2012.

<sup>316</sup> *Ibid*, loc. cit.

<sup>317</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 139.

fato originalmente previstas pelo declarante<sup>318</sup>. Além disso, o artigo 7º da lei submete as diretivas antecipadas a um prazo de validade de cinco anos, após o qual devem ser ratificadas<sup>319</sup>.

---

<sup>318</sup> O trecho no original é: “Artigo 6º. (...)

2 — As diretivas antecipadas de vontade não devem ser respeitadas quando:

- a) Se comprove que o outorgante não desejaria mantê-las;
- b) Se verifique evidente desatualização da vontade do outorgante face ao progresso dos meios terapêuticos, entretanto verificado;
- c) Não correspondam às circunstâncias de facto que o outorgante previu no momento da sua assinatura.”

<sup>319</sup> O trecho no original é: “Artigo 7º. Prazo de eficácia do documento.

1 — O documento de diretivas antecipadas de vontade é eficaz por um prazo de cinco anos a contar da sua assinatura.

2 — O prazo referido no número anterior é sucessivamente renovável mediante declaração de confirmação do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 3.º

3 — O documento de diretivas antecipadas de vontade mantém -se em vigor quando ocorra a incapacidade do outorgante no decurso do prazo referido no n.º 1.

4 — Os serviços de RENTEV devem informar por escrito o outorgante de DAV, e, caso exista, o seu procurador, da data de caducidade do documento, até 60 dias antes de concluído o prazo referido no n.º 1.”

## CONCLUSÃO

Esta dissertação foi organizada para que três perguntas fossem respondidas: o que são as diretivas antecipadas, por que devem ser admitidas no Brasil e como ocorreria a sua efetivação.

A maior dificuldade em sua realização foi a um só tempo, a existência de vários trabalhos sobre assuntos paralelos às diretivas antecipadas, e de poucas obras específicas sobre o assunto. Essa observação indica o quão incipiente é a temática das diretivas antecipadas.

Não por acaso, a posição sobre o ponto central de discussão sofreu uma alteração significativa no curso da escrita. De início, acreditava-se que a admissibilidade das diretivas antecipadas no Brasil seria confrontada com a irrenunciabilidade da vida e, portanto, com alguma limitação da autodeterminação corporal de modo a coibir que condutas que tendessem à morte fossem reputadas como ilícitas por afrontarem a dignidade.

Uma argumentação nesse sentido não está equivocada, mas representa apenas uma parte do problema.

Como visto, as diretivas antecipadas consubstanciam um negócio jurídico, cujo perfil funcional, direcionado à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, que responderá a esse questionamento: realizada aquela qualidade humana, inclusive no que tange à adoção de condutas que abreviem a vida, o ato deve ser aceito como lícito.

Por certo que determinados requisitos e/ou pressupostos devem estar presentes: a pessoa que exerce a autonomia para aceitar ou recusar tratamentos médicos deve ser capaz de discernir o conteúdo deste ato e entender as suas consequências. Deve, portanto, cercar-se de todo cuidado e procurar obter as informações necessárias para que sua decisão esteja de acordo com seus valores e interesses pessoais. Sendo solicitado o auxílio médico para esclarecimentos, deve este técnico prestar todas as informações necessárias, de forma completa e clara, como condiz com a ética médica.

Exatamente porque é necessário pleno discernimento, acredita-se que a formalização desta decisão só pode ser admitida para os maiores de dezesseis anos, assim como apenas pessoas acima desta faixa etária podem ser habilitadas ao encargo de decidir por terceiros sobre os tratamentos médicos que devem ser realizados.

Não há propriamente “renúncia” à vida. Ao contrário. As diretivas antecipadas representam a concretização do princípio da dignidade humana, e da autonomia e da liberdade

como seus consectários. Trata-se da valorização dos interesses mais íntimos da pessoa e que revelam a sua essência.

Aliás, espera-se ter esclarecido que a temática das diretivas antecipadas não é equivalente ao direito de morrer. A sua aplicação é mais ampla e está voltada à autodeterminação corporal em situações de incapacidade como um todo, esteja a pessoa no processo final de morte ou não. Afinal, não haveria como explicar a eficácia do mandato duradouro em incapacidade transitória, na qual não há risco grave e iminente de morte, se não fosse o fato de que as diretivas têm como elemento central a incapacidade, e não a terminalidade ou a irreversibilidade da condição clínica.

Mas, como afirmado, analisar as diretivas antecipadas sob a ótica da disponibilidade da vida, ou de direitos fundamentais, é apenas uma forma de discutir o tema.

Uma análise diferenciada busca entender as mencionadas diretivas como o exercício antecipado da autonomia; como se o ato de manifestação de vontade fosse destacado de um momento futuro e incerto para o presente. Reconhecendo que nesse futuro a pessoa não poderá dizer a sua vontade, ela a antecipa, e esclarece a seus familiares e (futuros) médicos o que quer para si. Se lhe fosse possível, o faria na ocasião, mas a antecipação decorre exatamente da previsão de uma possível incapacidade, e o receio de não ter seus desejos realizados.

Vista dessa forma, a questão assume um novo contorno: é possível a antecipação da manifestação de vontade? A resposta é igualmente afirmativa. O Direito conhece outras hipóteses em que se aceita a manifestação prévia de vontade: o testamento e a doação sujeita a termo, inobstante sejam negócios jurídicos voltados à regulamentação de interesses privados, concretizam a vontade é manifestada em uma atualidade que não corresponde ao seu momento de eficácia.

A dificuldade real em aceitar as diretivas antecipadas reside mais em reconhecer que existem diferenças pessoais na forma como a vida deve ser conduzida, mas não necessariamente correspondente ao conceito coletivo ou de terceira pessoa.

O valor e princípio da dignidade humana, além de impedir a mercantilização da pessoa, autoriza a proteção dos interesses individuais e o respectivo exercício no espaço de liberdade definido pelo ordenamento jurídico-social. Mas como consequência, somos impelidos a aceitar a individualidade do outro, desde que esta também esteja sendo exercida em conformidade com os parâmetros constitucionais.

Esta é a razão da defesa das diretivas antecipadas e de sua admissibilidade e eficácia no Brasil, pois encerra no extremo da vida o reflexo da dignidade de cada um, do que a essência pessoal, do que um dia carregamos de nosso no mundo.

## REFERÊNCIAS

- ABREU, Célia Barbosa. A flexibilização da curatela: uma interpretação constitucional do art. 1.772 do Código Civil Brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 37, p. 3-16, jan/mar. 2009.
- ALEMANY, Macário. *Concepto y fundamentación del paternalismo jurídico*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. 39p. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/concepto-y-fundamentacin-del-paternalismo-juridico-0/>>. Acesso em: 06 jul. 2012.
- ALMEIDA, Gisela Patrícia Duarte de. *Direitos humanos em fim da vida: decisão de não reanimar*. 2009. 42 f. Tese (Ensaio de Pós Graduação). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009.
- ALVIM, Arruda. ARRUDA, Thereza (Org.). *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. V. I.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “dignidade” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na Bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.73-93.
- \_\_\_\_\_. The Right Not to Know: an Autonomy Based Approach. *Journal of Medical Ethics*, [S.l.], n. 30, p. 435-440, 2004.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V. 1.
- \_\_\_\_\_. *Direito Civil: teoria geral*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V.3.
- \_\_\_\_\_. A dignidade da pessoa e os fundamentos dos direitos humanos. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Bioética e direitos da pessoa humana*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 1-26.
- \_\_\_\_\_. A terminalidade da vida. In: MARTINS-COSTA, Judith Möller (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.423-445.
- ATIENZA, Manuel. *Discutamos sobre paternalismo*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1988. 12p. Disponível em: <<http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras?portal=0&urlPropia=15294>>. Acesso em: 06 set.2011.
- ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Salvador: [s.n.], v. I, n. 4, jul. 2001. 36p. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 26 jun. 2012.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARBOSA, Fernanda Nunes. O direito de não saber e os limites do dano indenizável. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, 2012. No prelo

BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Bioética e direitos da pessoa humana*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 53-66.

\_\_\_\_\_. Disposição do próprio corpo em face da bioética: o caso dos transexuais. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 126-147.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 407-424.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2.ed. ampl. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. [S.l.: s.n., dez. 2010]. 39p. Versão provisória para debate público. Mimeografado. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Rio de Janeiro: [s.n.], 5 abr. 2010. 41p. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas\\_de\\_jeova.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf)>. Acesso em: 21 jun. 2012.

BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. [S.l.: s.n., 20—]. 40p. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a\\_morte\\_como\\_ela\\_e\\_dignidade\\_e\\_autonomia\\_no\\_final\\_da\\_vida.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf)>. Acesso em: 12 abr. 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida em fragmentos: sobre a ética pós-moderna*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2011.

\_\_\_\_\_. *Vida líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. Bioética, biodireito e consentimento informado. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 41, p. 21-43, jan./mar. 2010.

BOCAYUVA, Helena. *Sexualidade e gênero no imaginário brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Conexões entre direitos de personalidade e bioética. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 148-186.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Conexões entre direitos de personalidade e bioética. In: GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo. *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 148-186.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Conexões entre direitos de personalidade e bioética. In: GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo. *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 148-186.

BRANDEIS, Louis D.;WARREN, Samuel D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, Dec. 1890.

BRASIL. *Código Civil e Constituição Federal*. 60.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Código Penal e Constituição Federal*. 47.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Lei n. 4.280, 06 de novembro de 1963. Dispõe sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 nov. 1963. Seção 1, p. 9482.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.479, de 10 de agosto de 1968. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 nov. 1963. Seção 1, p. 7177.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 set. 1990. Seção 1, p. 18055.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.489, de 18 de novembro de 1992. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e científicos e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 nov. 1992. Seção 1, p. 16065.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.434, de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 fev. 1997. Seção 1, p. 2191.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.211, de 23 de março de 2001. Altera dispositivos da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que "dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento". *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 mar. 2001. Seção 1, p. 6.

BRASIL. Ministério da Saúde. *A declaração de óbito: documento necessário e importante*. 3.ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. 2008. 271 f. Dissertação (Mestrado em Direito) -

Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

CARBONERA, Silvana Maria. O consentimento informado de incapazes em intervenções médico-cirúrgicas e em pesquisas biomédicas: algumas questões relevantes. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Bioética e direitos da pessoa humana*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 91-122.

CATALUNHA. Lei n. 41, de 29 de dezembro de 2000. Dispõe sobre os direitos de informação acerca da saúde e autonomia do paciente e documentação clínica. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, n. 3303, 11.01.2001, p. 464 ss. *Correcció d'errades Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, n. 3353, 22.03.2001, p. 4211.

CHAVES, Antônio. Direito à vida e ao próprio corpo. *Revista da Faculdade de Direito UFG*, 10(1-2), p. 13-66, jan./dez. 1986.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução n. 1.805, de 9 de novembro de 2006. Diário Oficial da União, 28 nov. 2006, Seção I, p. 169.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução n. 1.897, de 17 de abril de 2009. Diário Oficial da União, 6 maio 2009, Seção I, pp. 75-77.

DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, 277p.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 3.ed. rev., atua. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 360p.

DINIZ, D. Quando a morte é um ato de cuidado: obstinação terapêutica em crianças. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 8, p. 1741-1748, ago. 2006.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 1025p.

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.195.995, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Distrito Federal, 15 de março de 2011.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 448p.

\_\_\_\_\_. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 35-59.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, 362p.

ESPAÑA. Lei n. 41, de 14 de novembro de 2002. Lei básica reguladora da autonomia do paciente e dos direitos e obrigações em matéria de informação e documentação clínica. *Boletín Oficial del Estado*, n. 274, 15.11.2002, p. 40126-40132.

ESTEVEVES, Rafael. O pródigo e a autonomia privada: aspectos da autonomia existencial na metodologia civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 41, p. 85-115, jan./mar. 2010.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, 378p.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 97-110.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 8.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, 776p.

FLORIANI, Ciro Augusto Floriani; SCHRAMM, Fermin Roland. Cuidados paliativos: interfaces, conflitos e necessidades. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13, sup. 2, p. 2123-2132, dec. 2008.

FONSECA, Ana Carolina da Costa e. *Autonomia, pluralismo e a recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: uma discussão filosófica*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, set. 2011. 16p. Disponível em <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/viewFile/641/668](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/641/668)>. Acesso em: 19 jul. 2012.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 38.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2010, 291p.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?* Alicante: biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1988. 20p. Disponível em: <[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5\\_08.pdf?portal=4](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_08.pdf?portal=4)>. Acesso em: 03 set. 2011.

\_\_\_\_\_. *Sigamos discutiendo sobre el paternalismo jurídico*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1988. 5p. Disponível em: Disponível em: <[http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5\\_12.pdf](http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_12.pdf)> Acesso em: 03 set. 2011.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. A visão da morte ao longo do tempo. *Medicina*, Ribeirão Preto, v. 38, n. 1, p. 13-19, jan./mar. 2005.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991, 156p.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. O consentimento informado como direito da personalidade. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93-113.

HORTELANO MARTÍNEZ, J. E. et al. *Decisiones ético-clínicas sobre la alimentación e hidratación artificial mediante sonda en la enfermedad terminal*. [S.l.: s.n., 2002], 6p. Disponível em: <<http://www.nutricionhospitalaria.com/pdf/3339.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2012.

JORNADA DE DIREITO CIVIL. Brasília: Conselho da Justiça Federal, v. 1, 2007.

KIPPER, Délio José. *O problema das decisões médicas envolvendo o fim da vida e propostas da nossa realidade*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, nov. 1999. Disponível em <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/294/433](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/294/433)>. Acesso em: 03 set. 2011.

KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: Os casos dos transexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 15, p. 41-71, jul./set. 2003.

KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 1 n. 18, 2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1357>>. Acesso em: 03 set. 2011.

KUTNER, Luis. Due process of euthanasia: the living will, a proposal. *Indiana Law Journal*, v. 44, n. 4, article 2, p. 539-554. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol44/iss4/2/>>. Acesso em: 10 abr. 2012

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, 407p.

\_\_\_\_\_. Constitucionalização do direito civil. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 36, n. 141, p. 99-109, jan/mar. 1999.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina. *Testamento vital y voluntad del paciente*. Madrid: Editorial Dykinson, 2003, 241p.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 334-372, jul./dez. 2010.

\_\_\_\_\_. Terminalidade da vida e limitação consentida de tratamento: um olhar jurídico sobre a Resolução 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina. In: Congresso Nacional do CONPEDI, XV, 2006, Manaus. *Anais...Florianópolis*: Fundação Boiteux, 2006, p. 206-226.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005, 993p.

MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, personalidade, dignidade*. 2003. 273 f. Tese de livre docência em Direito Civil. Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

MARZANO-PARISOLI, Maria Michela. *Pensar o corpo*. Petrópolis: Editora Vozes, 2001, 240p.

McCARRICK, Pat Milmo. *Living wills and durable power of attorney: advance directive legislation and issues*. *Washington, Georgetown University*, 1991. 19p. Disponível em: <<http://bioethics.georgetown.edu/publications/scopenotes/sn2.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Doação de órgãos: legitimidade constitucional do consenso presumido. *Enfoque Jurídico*, Brasília, mar. 1997, p. 7.

MENDES, Laura Schretel F. Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso dos direitos fundamentais como um discurso de liberdade. *Direito Público*, v. 1, n. 13, p. 121-133, jul./ago./set. 2006.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, 336p.

\_\_\_\_\_. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 459-493.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 3 tiragem, 2007, 358p.

\_\_\_\_\_. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, 494p.

MORAES, Maria Celina Bodin de; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito civil-constitucional: casos e decisões*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012, 436p.

MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, 190p.

MULHOLLAND, Caitlin. O Direito de não saber como decorrência do direito à intimidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 46, p. 179-188, abr./jun. 2011.

NAMUR, Samir. A inexistência de espaços de não direito e o princípio da liberdade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 42, p. 131-148, abr./jun. 2010.

NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Apontamentos sobre o direito de testar. In: PEREIRA, Tânia da Silva. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 83-99.

NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira de. *Testamento vital*. Coimbra: Almedina, 2011, 222p.

ORTEGA, Francisco. *O corpo incerto*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008, 256p.

PATINO, Ana Paula Corrêa. *Limitações ao direito de recusar tratamento médico ou intervenção cirúrgica*. 2005. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

PENALVA, Luciana. As contribuições da experiência estrangeira para o debate acerca da legitimidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. In: Congresso Nacional do CONPEDI, XVII, 2008, Brasília. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 516-538.

PENALVA, Luciana Dadalto; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. In: PEREIRA, Tânia da Silva. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 57-82.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao Direito Civil*. Vol. I. 23ª ed., rev. e atua. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, 608p.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil: direito de família*. 16. ed. rev. e atua. Rio de Janeiro; Editora Forense, 2007, 585p. Vol. V.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 15.ed. rev. e atua. Rio de Janeiro; Editora Forense, 2004, 454p. V. VI.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 369p.

PESSOA, Laura Scaldaferrri. Pensando o final: reflexões sobre o direito de morrer. XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, XVIII, 2009, São Paulo. *Anais....* Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2009, p. 1390-1415.

PORTUGAL. Lei n. 25, de 16 de julho de 2012. Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV). *Diário da República*, 1. série, n. 136.

RAIMUNDO, Marcia Mocellin; GOLDIM, José Roberto. *Do consentimento por procuração à autorização por representação*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2007. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/33](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/33)>. Acesso em: 19 jul. 2012.

REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE. *Mental Capacity Act* 2005. Royal Assent 7 Apr. 2005, [s.n.]

REQUERO IBAÑEZ, José Luis. *El testamento vital y las voluntades anticipadas*. [S.l.: s.n., 20—]. 18p. Disponível em: <<http://www.institutodebioetica.org/casosbioetic/formacioncontinuada/testamentovital/requero.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2011

RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 8, p. 1749-1754, ago. 2006.

\_\_\_\_\_. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. Congresso Brasileiro de Direito de Família, V, 2005, Belo horizonte. *Anais...* São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 273-283.

ROCHA, Eneide Gontijo Fernandes M. *Direito à verdade e autonomia da vontade no enfermo*. Belo Horizonte: [s.n.], jan./dez. 2007, 13p. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27759>>. Acesso em: 03 set. 2011.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, 381p.

RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. Trad. por Carlos Nelson Konder. Original publicado em *Perché laico*. Bari (Italy): Editori Laterza, 2010, pp. 189-205. Texto gentilmente cedido pelo autor.

\_\_\_\_\_. Transformações do corpo. Trad. bras. de Maria Celina Bodin de Moraes. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 19, p. 91-107, jul./set. 2004.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-34.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. *Brasília*, ano 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, 367p.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. Autonomia Privada e Biodireito: Podemos, legitimamente, pensar em um direito de morrer?. *R. Jur. UNIJUS*, Uberaba-MG, v. 11, n. 15, p. 177-192, nov. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão Leite (Org.). *Direitos fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 13-44.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6.ed. rev. e atua. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, 164p.

SCHRAMM, Fermin Roland. Vida: sacralidade e/ou qualidade? *Atualidade em debate*, n. 34, p. 44-69, abri./maio 1995.

SCHREIBER, Anderson. A representação no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. XV-XXXIII.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, 265p.

SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. O extremo da vida: eutanásia, *accanimento terapeutico* e dignidade humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 39, p. 03-17, jul./set. 2009.

SCHIOCCHET, Taysa. *Acesso e exploração de informação genética humana: da doação à repartição dos benefícios*. 2010. 256 f. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

SILVA, Denis Franco. *Livre uso do corpo e direitos da personalidade*. No prelo, 2012. Texto gentilmente cedido pelo autor.

SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 135-162.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, 2002.

SILVEIRA, Emerson José Sena da; CROCHET, Eduardo José. Modernidade(s) e religião: rupturas, permanências e combinações. *Revista de Pesquisas e Debates em Ciências Sociais*, v. 9, n. 1, p. 27-38, 2006.

SÍNTESE de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira. 2010. Disponível em:

<[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=1507&id\\_pagina=1](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1507&id_pagina=1)>. Acesso em: 21 ago. 2011.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Conversações sobre a “boa morte”: o debate bioético acerca da eutanásia. *Cadernos de saúde pública*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 111-119, jan./fev., 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 33, jan./mar. 2006, p. 3-36.

\_\_\_\_\_. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, 408p.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo. FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012, p. 3-24. V. III.

TEIXEIRA, Ivan Lobato Prado. *Capacidade e consentimento na relação médico-paciente*. 2009. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. A técnica da representação e os novos princípios contratuais. *Temas de direito civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 125-144.

TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. XV-XXXIII.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*. 2ed. rev. e atua. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011, 790p. Vol. I.

TOSI, Giuseppe. Raízes teológicas dos direitos subjetivos modernos. *Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas*, Paraíba, v. 4, n. 6, p. 42-56, 2005.

URUGUAI. Lei n. 18.473, de 3 de abril de 2009. Vontade antecipada. Diário Oficial, Poder Legislativo, Montevideú, 21 abr. 2009, n. 27714.

VALERO ZANUY, M. A.. *et al.* ¿Se considera la hidratación y la nutrición artificial como un cuidado paliativo?. [S.l.: s.n., 2006], 6p. Disponível em:  
<[http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=s0212-16112006000900008&script=sci\\_arttext](http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=s0212-16112006000900008&script=sci_arttext)>.  
Acesso em: 08 jun. 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 3.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, 473p. Vol. 6.

VILLELA, João Baptista. O Código Civil brasileiro e o direito à recusa de tratamento médico. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114-125.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. Recusa de tratamento da saúde com fundamento em crença religiosa e o dever do Estado de proteger a vida humana: o caso de transfusão de sangue em testemunha de Jeová. *Revista EMERJ*, v. 13, n. 50, p. 155-190, abri./maio/jun. 2010.