

DIREITO.UnB

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasília Law Journal

VOLUME 7 - NÚMERO 3 - Setembro - Dezembro - Tomo II - 2023



UnB

**FUTURO
É AGORA**



DIREITO



UnB



latindex

Sistema Regional de Información
en línea para Revistas Científicas de América Latina,
el Caribe, España y Portugal

Direito.UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília.
Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol. 7 N. 3 T II (set/dez. 2023)
–Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.
 Quadrimestral. 2023.
 ISSN 2357-8009 (VERSÃO ONLINE)
 ISSN 2318-9908 (VERSÃO IMPRESSA)
 Multilíngue (Português/Inglês/Espanhol/Francês)
 1. Direito – periódicos. I. Universidade de Brasília,
 Faculdade de Direito.
 CDU 340

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasilia Law Journal

Revista vinculada ao Programa de Pós-graduação
em Direito da Universidade de Brasília

Setembro – Dezembro de 2023, volume 7, número 3, Tomo II

CORPO EDITORIAL

EDITORA-CHEFE

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Inez Lopes Matos Carneiro de Farias

EDITORES

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Daniela Marques de Moraes

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Evandro Piza Duarte

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Fabiano Hartmann Peixoto

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Gabriela Garcia Batista Lima Moraes

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Janaína Lima Penalva da Silva

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Marcelo da Costa Pinto Neves

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Othon de Azevedo Lopes

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Simone Rodrigues Pinto

CONSELHO CIENTÍFICO

Universität Bielefeld, Alemanha – Ifons Bora

Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil – Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil – Ana Lúcia Sabadell

Universidade de Connecticut, Estados Unidos – Ángel Oquendo

Universidade de Glasgow, Escócia – Emílios Christodoulidis

Universidade Federal de Goiás, Brasil – Francisco Mata Machado Tavares

Universität Flensburg, Alemanha – Hauke Brunkhorst

University of Luxembourg, Luxemburgo – Johan van der Walt

Universidade Agostinho Neto, Angola – José Octávio Serra Van-Dúnem

University of Glasgow, Escócia – Johan van der Walt

Universidade de Helsinque, Finlândia – Kimmo Nuotio

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil – Leonel Severo Rocha
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil – Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira
Universidade Meiji, Japão – Masayuski Murayama
Universidade Clássica de Lisboa, Portugal – Miguel Nogueira de Brito
Universidade Federal do Piauí, Brasil – Nelson Juliano Cardoso Matos
Universidade Federal do Pará, Brasil – Paulo Weyl
Universidade Católica de Santos, Brasil – Olavo Bittencourt Neto
Universidad de Los Andes, Colômbia – René Fernando Urueña Hernandez
Universidade Federal de Uberlândia, Brasil – Thiago Paluma
Universidade Johann Wolfgang Goethe, Alemanha – Thomas Vesting
Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil – Valesca Raizer Borges Moschen
Universidade de São Paulo, Brasil – Virgílio Afonso da Silva

SECRETÁRIA EXECUTIVA

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ida Geovanna Medeiros da Costa

EQUIPE DE REVISÃO

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Cleomara Elena Nimia Salomoni Moura
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ida Geovanna Medeiros da Costa
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ingrid Kammyla Santos Bernardo
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Luciana Pereira da Silva
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Marcos Heleno Lopes Oliveira

EQUIPE DE EDITORAÇÃO

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Cleomara Elena Nimia Salomoni Moura
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ida Geovanna Medeiros da Costa
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ingrid Kammyla Santos Bernardo
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Lívia Cristina dos Anjos Barros
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Luciana Pereira da Silva
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Marcos Heleno Lopes Oliveira

DIAGRAMAÇÃO

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Cleomara Elena Nimia Salomoni Moura

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ida Geovanna Medeiros da Costa

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Inez Lopes

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ingrid Kammyla Santos Bernardo

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Marcos Heleno Lopes Oliveira

ASSISTENTES

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Kelly Martins Bezerra

CAPA

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Inez Lopes

IMAGEM

MasterTux por Pixabay, Disponível em <https://pixabay.com/pt/illustrations/meio-ambiente-natureza-verde-agua-4329423/>

DIREITO.UnB

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasilia Journal Law

V. 07, N. 03, T. II

Setembro-Dezembro de 2023

SUMÁRIO

NOTA EDITORIAL	13
Inez Lopes	
AGRADECIMENTOS	15
Inez Lopes	
DOSSIÊ TEMÁTICO	21
O IMPASSE ENTRE A TUTELA DO MEIO AMBIENTE E A REPRESSÃO A POLÍTICAS PROTECIONISTAS NO ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC	22
Tânia Lobo Muniz Joice Duarte Gonçalves Bergamasch	
A TAXONOMIA DE PRODUTOS AMBIENTAIS COMO FATOR RELEVANTE NAS EXPORTAÇÕES DOS MEMBROS DA OMC: estudo de caso do Brasil, União Europeia e Estados Unidos	45
Gustavo Ferreira Ribeiro Glauco Zerbini Costal	
POR UMA EFETIVA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE NO MERCOSUL: OS DESAFIOS PARA A INTEGRAÇÃO REGIONAL DA POLÍTICA AMBIENTAL	67
Felipe Franz Wienke Rafaella de Mattos	
A LOGOSPIRATARIA NA AMAZÔNIA E SEUS EFEITOS NA FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO STF: estudo de caso da petição 3388/RR e ADI 4277/DF nas graves violações de direitos dos povos indígenas	93
Raimundo Pereira Pontes Filhos Priscila Resende	

A MINERAÇÃO NO CONTEXTO DA SUSTENTABILIDADE: UM ESTUDO
SOBRE AS PRÁTICAS REGULATÓRIAS ATUAIS PARA VIABILIZAR A
TRANSIÇÃO ENERGÉTICA E A SUSTENTABILIDADE DE UM RECURSO
NÃO-RENOVÁVEL 111

Adriano Drummond Cançado Trindade
Mariana Melo Botelho

ADAPTAÇÃO E COMPACTAÇÃO SUSTENTÁVEL DAS CIDADES
MEDIANTE MORADIA SOCIAL EM VAZIOS URBANOS 141

Luiz Guilherme Carvalho
Daniel Gaio

ARTIGOS 172

DIREITO À SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19 NO
ESTADO DE RONDÔNIA 173

Pedro Abib Hecktheuer
Marisa de Miranda Rodrigues

GESTÃO SOCIAL NA POLÍTICA DE SAÚDE: UMA ABORDAGEM
CONCEITUAL COM FOCO NA CIDADANIA 207

Jairo de Carvalho Guimarães
Adriana Lima Barros

TERMINALIDADE DA VIDA E O TESTAMENTO VITAL À LUZ DA ÉTICA
MÉDICA 229

Fabiana Lino
Íkaro Silva Orrico

SUPERENDIVIDAMENTO E A CONCESSÃO INDISTINTA DE CRÉDITO:
RESPONSABILIDADE POR DANOS MORAIS AO CONSUMIDOR 251

Antônio Carlos Efig
Antonio Pierino Gugliotta Junior

A FUNÇÃO DA INTERSECCIONALIDADE NA INSTRUMENTALIDADE DO
DIREITO 273

Denilson Bezerra Marques
Sandra Helena da Conceição Campos
Thiago Florentino da Silva Lima



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>

e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

NOTA EDITORIAL

NOTA EDITORIAL

A **Revista Direito.UnB** do Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) apresenta o último número deste ano contendo onze artigos avaliados por pares, que abrangem temas de grande relevância contemporânea. Este Número 3, Tomo II, divide-se em duas partes: a primeira contém seis artigos do dossiê temático ***Caminhos para Sustentabilidade: Contribuições do Direito desde uma Perspectiva Crítica e Interdisciplinar***; a segunda seção contém artigos selecionados que foram submetidos pelo fluxo contínuo da revista.

No dossiê temático, o primeiro artigo intitulado ***O Impasse entre a Tutela do Meio Ambiente e a Repressão a Políticas Protecionistas no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC***, de autoria de Tânia Lobo Muniz e Joice Duarte Gonçalves Bergamaschi, investiga a complexa interação entre comércio internacional e proteção ambiental na Organização Mundial do Comércio (OMC). Conforme o preâmbulo do Acordo de Marraquexe que cria a OMC em 1995, o parágrafo 1º reflete a vontade dos Estados que reconhecem:

Suas relações na esfera da atividade comercial e econômica devem objetivar a elevação dos níveis de vida, assegurando-se o pleno emprego e um volume considerável e em constante elevação de receitas reais e demanda efetiva, o aumento da produção e do comércio de bens e serviços, permitindo, ao mesmo tempo, a utilização ótima dos recursos mundiais em conformidade com o objetivo do desenvolvimento sustentável, e buscando proteger e preservar o do meio ambiente e incrementar os meios para fazê-lo, de maneira compatível com suas respectivas necessidades e interesses, segundo os diferentes níveis de desenvolvimento econômico.

Este estudo é particularmente pertinente à medida que o mundo busca um equilíbrio entre crescimento econômico e sustentabilidade.

O segundo artigo, de autoria de Gustavo Ferreira Ribeiro e Glauco Zerbini Costal, estuda ***A Taxonomia de Produtos Ambientais como Fator Relevante nas Exportações dos Membros da OMC***, a partir de uma análise crítica sobre a classificação de bens ambientais no comércio internacional. Este trabalho destaca a importância de uma

taxonomia bem-definida para promover práticas de comércio sustentáveis. Ressalta-se a importância da Declaração Ministerial de Doha de 2001¹. Neste instrumento, os ministros reconheceram a importância da assistência técnica e dos programas de capacitação para os países em desenvolvimento na área do comércio e do meio ambiente, assim como o acesso a mercado e às tecnologias mais limpas para o desenvolvimento sustentável.

No âmbito regional, os autores Felipe Franz Wienke e Rafaella de Mattos discutem os desafios da política ambiental no Mercosul. O artigo ***Por uma Efetiva Proteção do Meio Ambiente no Mercosul: os Desafios para a Integração Regional da Política Ambiental*** revela a importância da cooperação internacional regional na busca por soluções ambientais efetivas. Ressalta-se que o bloco econômico desde o início tinha uma preocupação em promover políticas ambientais na região. A Resolução do Grupo Mercado Comum 22/92 estabelece uma Reunião Especializada em Meio Ambiente e depois aprova um documento derivado da Reunião, “Diretrizes Básicas em matéria de Política Ambiental”, a partir da Resolução GMC 10/94², considerando a transversalidade das questões socioambientais.

O quarto artigo, ***A Logospirataria na Amazônia e seus Efeitos na Função Contramajoritária do STF: Estudo De Caso da Petição 3388/RR E Adi 4277/DF nas Graves Violações de Direitos dos Povos Indígenas***, de autoria de Raimundo Pereira Pontes Filhos e Priscila Krys Morrow Coelho de Souza, explora criticamente formas de proteção dos direitos dos povos indígenas e da conservação ambiental na Amazônia. Esta análise revela as complexidades jurídicas e sociais envolvidas na proteção de ecossistemas vulneráveis. Segundo os autores, a logospirataria está atrelada à violação dos povos indígenas.

A Mineração no Contexto da Sustentabilidade: Um Estudo sobre as Práticas Regulatórias Atuais para Viabilizar a Transição Energética e a Sustentabilidade de um Recurso Não Renovável, artigo de autoria de Adriano Drummond Cançado Trindade e de Mariana Melo Botelho, aborda um dos maiores desafios da nossa era: equilibrar a necessidade de recursos minerais com a sustentabilidade ambiental. Este artigo contribui significativamente para o debate sobre práticas de mineração responsáveis.

Os autores Daniel Gaio e Luiz Guilherme Carvalho apresentam o artigo ***Adaptação e Compactação Sustentável das Cidades Mediante Moradia Social em Vazios Urbanos***,

1 Ver WORD TRADE ORGANIZATION. TheDOha Declaraion Explained Disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dohaexplained_e.htm

2 MERCOSUR. <https://www.mercosur.int/pt-br/5-de-junho-dia-mundial-do-meio-ambiente/>

sob uma perspectiva inovadora com relação às políticas necessárias ao urbanismo sustentável. Este estudo destaca a importância da urbanização inclusiva, com políticas que valorizem a função social da propriedade em atenção ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 11.

Na seção de artigos, a **Revista Direito.UnB** apresenta cinco artigos referentes ao direito à saúde, à vida e às questões éticas, assim como relações de consumo e instrumentalidade do direito. O sétimo artigo de autoria Pedro Abib Hecktheuer e de Marisa de Miranda Rodrigues abordam questões sobre o **Direito à Saúde em Tempos de Pandemia da Covid-19 no Estado de Rondônia**, e apresentam uma análise crítica das políticas de saúde durante o período pandêmico em um estado da Região Norte do país, e ausência de políticas públicas efetivas considerando a taxa de mortalidade. É um tema de imensa relevância global, considerando que somente em 5 de maio deste ano, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou o fim da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional referente à Covid-19.

Por seu turno, o oitavo artigo de autoria de Jairo de Carvalho Guimarães e de Adriana Lima Barros, com **Gestão Social na Política de Saúde: Uma Abordagem Conceitual com Foco na Cidadania**, exploram a gestão participativa na saúde pública, um assunto fundamental para garantir que as políticas de saúde sejam inclusivas e efetivas. Os autores revelam o tensionamento permanente que existe no campo da saúde entre os grupos que defendem um modelo privatista de saúde e o grupo que defende o modelo publicista, com reforma sanitária.

No nono artigo intitulado **Terminalidade da Vida e o Testamento Vital à Luz da Ética Médica**, os autores Fabiana Lino e Íkaro Silva Orrico discutem questões éticas relacionadas ao fim da vida, um tópico que desafia nossas noções de autonomia e dignidade humana.

O artigo **Superendividamento e a Concessão Indistinta de Crédito: Responsabilidade por Danos Morais ao Consumidor**, de Antônio Carlos Efiging e Antonio Pierino Gugliotta Junior, traz à tona a responsabilidade das instituições financeiras no contexto do consumo desenfreado, um tema crucial em uma era de crescente conscientização sobre a sustentabilidade financeira.

Por fim, o artigo intitulado **A Função da Interseccionalidade na Instrumentalidade do Direito**, de autoria de Denilson Bezerra Marques, Thiago Florentino da Silva Lima e Sandra Helena da Conceição Campos, oferece uma perspectiva valiosa sobre como a interseccionalidade pode enriquecer a prática e o ensino do Direito, promovendo uma

maior inclusão e justiça social.

Esta edição ressalta a importância da pesquisa para promover reflexões e também proposições de potenciais soluções aos problemas da sociedade contemporânea, abordando temas que são essenciais para a compreensão e melhoria da nossa sociedade. Convidamos nossos leitores a se engajarem na leitura destes artigos, refletindo sobre as complexidades e interconexões que eles revelam para garantir um desenvolvimento social e econômicos sustentáveis. Neste contexto, Amartya Sen apresenta a seguinte reflexão:

Enquanto os tigres são protegidos, nada protege os miseráveis seres humanos que tentam ganhar a vida trabalhando naquela floresta densa, linda –e muito perigosa³.

Boa leitura!

Inez Lopes

Editora-chefe

Revista Direito.UnB

³ SEN, Amartya. **Desenvolvimento Como Liberdade**. Trad. Laura T .Motta, 5ª reimpressão, São Paulo, Companhia da Letras,2005, p. 173.



DIREITO.UnB

Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>

e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

AGRADECIMIENTOS

AGRADECIMENTOS

É com imensa satisfação e orgulho que a **RevistaDireito.UnB** apresenta sua última edição de 2023, com onze artigos, sendo seis para o dossiê temático ***Caminhos para Sustentabilidade: Contribuições do Direito desde uma Perspectiva Crítica e Interdisciplinar***; e cinco para a seção de artigos.

Nossa gratidão se estende a todos os membros da equipe editorial e aos colaboradores, cuja dedicação incansável e meticulosa garantiu a publicação deste número. O compromisso de cada um foi fundamental para o sucesso desta edição, principalmente em um ano repleto de desafios e transformações para a ciência brasileira, em especial para a área do direito.

Agadecemos também a todas as professoras e a todos os professores revisores que se dedicaram a contribuir a realização de mais um volume deste periódico que alcançou o Qualis A2.

Neste último quadrimestre, queremos expressar nossa sincera gratidão a todos que nos acompanharam ao longo deste ano.

Desejamos que o próximo ano seja repleto de realizações, inovações e descobertas científicas.

Gratidão!

Inez Lopes

Editora-chefe

Revista Direito.UnB



DIREITO.UnB

Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

TERMINALIDADE DA VIDA E O TESTAMENTO VITAL À LUZ DA ÉTICA MÉDICA

TERMINALITY OF LIFE AND THE LIVING WILL IN THE LIGHT OF MEDICAL ETHICS

Recebido: 24/04/2022

Aceito: 16/12/2023

Fabiana Lino

Doutora em Família na Sociedade Contemporânea pela UCSAL. Mestra em Família na Sociedade Contemporânea pela UCSAL. Graduada em Direito pela Universidade Católica do Salvador - UCSAL. Possui Pós Graduação em Metodologia do Ensino Superior com Ênfase em novas tecnologias e Pós-Graduação em Direito Processual Civil.
E-mail: fabilino2010@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0003-0145-7902>

Íkaro Silva Orrico

Advogado. Especialista em Direito Médico, Saúde e Bioética pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão; Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão. Bel. em Direito pelo Centro Universitário Nobre (UNIFAN).
E-mail: ikaroorrico@yahoo.com.br

 <https://orcid.org/0000-0001-7537-3416>

RESUMO

O testamento vital é uma espécie de diretiva antecipada de vontade, capaz de efetivar a autonomia do paciente mesmo que incapaz de expressá-la. A pesquisa abordou os fundamentos constitucionais e a legislação infraconstitucional que legitimam a objeção de consciência para efetivação da autonomia de vontade dos indivíduos dentro da relação médico-paciente, bem como os limites dessa relação. Para mais, considerou-se que a morte completa o ciclo natural do existir, apontando a ortotanásia como definição de morte natural sem intervenção médica. Em contraponto à garantia constitucional da autonomia de vontade, evidenciou-se a insegurança jurídica na proteção do livre exercício da profissão médica e no efetivo cumprimento das diretivas antecipadas de vontade, por carência legislativa. A metodologia utilizada teve como base a pesquisa documental da legislação vigente e das resoluções do Conselho Federal de Medicina, bem como a revisão bibliográfica de livros e artigos científicos da Ciência Médica e da Ciência do Direito. A conclusão da pesquisa aponta que o testamento vital assenta a autonomia do paciente pelo livre exercício do direito à liberdade de consciência, razão pela qual não torna a objeção familiar ilegítima. Ademais, aponta-se o direito do médico à objeção de consciência pelo livre exercício da sua profissão.



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

Palavras-chave: Ortotanásia. Capacidade relativa. Autonomia individual. Diretivas antecipadas. Testamento vital.

ABSTRACT

The living will is a kind of advance directive of will, capable of affecting the patient's autonomy even if the patient is unable to express it. The research addressed the constitutional foundations and the infra-constitutional legislation that legitimize conscientious objection for the realization of individuals' autonomy of will within the doctor-patient relationship, as well as the limits of this relationship. Furthermore, it was considered that death completes the natural cycle of existence, pointing to orthothanasia as the definition of natural death without medical intervention. In contrast to the constitutional guarantee of autonomy of will, legal uncertainty was evidenced in the protection of the free exercise of the medical profession and in the effective fulfillment of advance directives of will, due to a lack of legislation. The methodology used was based on the documentary research of the current legislation and the resolutions of the Federal Council of Medicine, as well as the bibliographic review of books and scientific articles on Medical Science and Law Science. The conclusion of the research points out that the living will establishes the patient's autonomy through the free exercise of the right to freedom of conscience, which is why it does not make the family objection illegitimate. In addition, the doctor's right to conscientious objection for the free exercise of his profession.

Keywords: Orthothanasia; Relative capacity; Individual autonomy; Advance directives; Living will.

1. INTRODUÇÃO

As diretivas antecipadas de vontade tratam de critérios subjetivos que direcionam a terapia. São consubstanciados em documento formal, pré-constituído por seu titular quando ainda em pleno gozo das suas capacidades civis, e têm a finalidade de demonstrar a vontade do paciente em estado de incapacidade relativa. Nesse contexto, ganha destaque o debate sobre as diretivas antecipadas de vontade e a objeção familiar. Em que medida a objeção familiar daquele que exerce a assistência do paciente relativamente incapaz é ilegítima para inviabilizar o exercício das recusas terapêuticas que objetivam a terminalidade da vida, as quais foram previamente definidas em sede de testamento vital?

O tema do estudo é atual e de extrema relevância, uma vez que trata dos direitos humanos e tem ênfase nos dilemas das pessoas enfermas – as quais enfrentam sérios problemas com a saúde fragilizada, como a consequente dependência familiar. Em muitos casos, por não possuírem a “[...] consciência reflexiva e a capacidade de pensamento abstrato e de autoconsciência” (NUNES, 2016, p. 37), passam a não integrar a comunidade moral humana e “perdem” a capacidade de decisão.

À luz da ética médica, ninguém deve ser submetido a tratamentos terapêuticos

sem o convencimento expresso. É claro que o profissional de saúde tem a melhor opinião acerca do prognóstico, haja vista que detém o conhecimento técnico. Todavia, alguns tratamentos terapêuticos são incisivos ao ponto de lesar a dignidade da pessoa enferma.

Nessa perspectiva, o poder de decisão deve ser único e exclusivamente da pessoa enferma, mesmo que a recusa terapêutica agrave a doença. Desse modo, o profissional de saúde deve se opor à violação da liberdade de vontade do enfermo, constatando que este se encontra em pleno exercício dos direitos civis, orientando-o acerca das consequências que podem decorrer da recusa terapêutica, ou, ainda, valer-se da existência de um testamento vital pré-constituído para o prosseguimento ou não do tratamento.

A autodeterminação da pessoa enferma não deve ser oponível apenas ao prognóstico estabelecido pelo profissional de saúde, como também a qualquer opinião da sociedade civil ou, ainda, do Estado. Todos devem valorizar a autonomia do indivíduo, principalmente a família. Ninguém tem direito sobre outra pessoa. A autonomia de vontade deve ser expressa em testamento vital, sendo seu exercício promovido até mesmo quando o titular não gozar de capacidade civil. A autodeterminação do enfermo é inviolável e deve ser cumprida em sua totalidade para a garantia da dignidade humana.

Nesse passo, o objetivo geral deste artigo é verificar em que medida a objeção familiar daquele que exerce a assistência do paciente relativamente incapaz é ilegítima para inviabilizar o exercício das recusas terapêuticas que objetivam a terminalidade da vida, as quais foram previamente definidas em sede de testamento vital.

Desse modo, o presente artigo tem como objetivos específicos: a) analisar o direito constitucional à vida; b) identificar as formas atualmente existentes para a morte digna do paciente; c) apontar os limites formais e materiais do instituto da assistência ao paciente relativamente incapaz; d) examinar a autonomia do paciente – em relação à liberdade de consciência – e do profissional de saúde – quanto à objeção de consciência –, conforme orientação do Código de Ética Médica; e) ponderar as resoluções do Conselho Federal de Medicina acerca das diretivas antecipadas de vontade; f) sopesar o testamento vital quanto aos limites materiais e à sua formalidade.

A metodologia utilizada teve como base a pesquisa documental e a revisão bibliográfica. A pesquisa documental foi feita com base na legislação respectiva ao tema, inicialmente a Constituição da República Federativa do Brasil e o Código Civil, e, de forma complementar, o Código de Ética Médica e Resoluções do Conselho Federal de Medicina. A revisão bibliográfica, por sua vez, foi realizada a partir de livros e artigos científicos escritos por autores renomados na Ciência Médica e na Ciência do Direito, com o intuito de discorrer por meio de linguagem compreensível acerca dos objetivos propostos.

Cumprido anunciar, por fim, que o trecho inicial tem como fundamento o estudo da

Bioética, considerando a ortotanásia como direito a uma morte digna. A segunda parte observa os limites da atuação familiar na assistência ao paciente relativamente incapaz. Para mais, o trecho seguinte trata dos limites estabelecidos entre a autonomia de vontade do paciente e o livre exercício da profissão médica. Já na quarta parte são abordadas as resoluções do Conselho Federal de Medicina que dizem respeito às diretivas antecipadas de vontade. Por fim, o último trecho aponta os aspectos formais e materiais do testamento vital.

2. DIREITO CONSTITUCIONAL À VIDA *VERSUS* DIREITO À MORTE DIGNA

O art. 5º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) preceitua a vida como um dos objetos do direito fundamental. Observa-se que o direito fundamental à vida é assegurado para todas as pessoas, sem qualquer distinção entre elas. Nesse contexto, Silva (2020) define os direitos fundamentais como prerrogativas dos seres humanos, que devem ser concretizadas e materialmente efetivadas para todos, por igual. Todavia, a vida é dotada de limitação temporal sem que qualquer instrumentalização humana seja capaz de eternizá-la, uma vez que, “assim como o nascer, a morte faz parte do processo de vida do ser humano” (COMBINATO; QUEIROZ, 2006, p. 210). “A morte é um fato da vida [...]” (DOS SANTOS, 1997, p. 342).

Certamente, a finitude da vida gera grande temor em virtude das distintas definições atribuídas ao pós-morte. Por isso, a sociedade deve estar disposta a enfrentar o diálogo acerca da morte. Nesse sentido, ganham destaque, por exemplo, discussões científicas, políticas e sociológicas que evidenciam a ortotanásia como evolução natural da morte sem intervenções médicas. Por esse aspecto, Siqueira e Meirelles apontam que “o termo ortotanásia é utilizado para definir a morte natural, no seu tempo certo, de forma digna, com o emprego de medidas terapêuticas proporcionais, por meio de cuidados paliativos que visam o bem-estar do paciente” (2019, p. 149).

Cumprido destacar que a bioética nacional alcançou considerável avanço através da Resolução n. 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina (CFM), uma vez que, ao considerar o princípio da dignidade da pessoa humana e a vedação constitucional de torturas e tratamentos desumanos ou degradantes, autorizou aos médicos, em seu artigo 1º, a suspensão de “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” (CFM, 2006). Nesse passo, a morte ganha qualificação de dignidade e tem sua definição promovida à morte digna, uma vez que se considera o

direito de morrer sem intervenções, fluindo-se o curso natural do existir.

Sob essa ótica, quando se observa o fenômeno da morte sob o aspecto “do direito de morrer dignamente, ou de exigir que não se realize tratamentos inúteis, abusivos, a obstinação terapêutica, começa-se, então, a partilhar um direito à morte digna, perfeitamente viável.” (DELMANTO JUNIOR, 2016, p. 113).

Nessa senda, a vida é uma prerrogativa do ser humano, e todos, sem qualquer distinção, possuem o direito à existência. Outrossim, o direito à existência consiste em “[...] não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado de morte.” (SILVA, 2020, p. 199-201). Não obstante, a morte faz parte do ciclo natural do existir e é ela que, sem provocação humana, deve ser a encarregada de dar termo à vida.

3. ASSISTÊNCIA AO PACIENTE RELATIVAMENTE INCAPAZ

Ao passo que a vida é medida pelo tempo, o processo de envelhecimento em decorrência da extensão longitudinal é um fato inerente à existência da vida humana. Naturalmente, os seres humanos estão suscetíveis a traumas e a doenças que são capazes de fragilizar a saúde ao ponto de torná-los dependentes para a realização de simples atividades do dia a dia, ou até mesmo totalmente dependentes de cuidados e tratamentos terapêuticos. Fato é que a “consciência reflexiva e a capacidade de pensamento abstrato e de autoconsciência” (NUNES, 2016, p. 37) são relativizados e, a depender do quadro clínico ou até mesmo do estado de senilidade, a pessoa enferma pode ser considerada relativamente incapaz.

Por esse ângulo, “reputa-se incapaz relativamente uma pessoa que não puder exprimir a sua vontade, seja por causa duradoura ou transitória.” (FARIAS; FIGUEIREDO; DIAS, 2020, p. 1.730). Com efeito, o Código Civil (CC) estabelece no art. 4º, III, que “são incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” (BRASIL, 2002). Sendo assim, “diante da incapacidade relativa [...], não há expressão de vontade regularmente válida por parte do paciente, pois um de seus pressupostos é a consciência.” (OLIVEIRA, 2016, p. 74).

De mais a mais, o art. 1.767, I, do CC, estabelece o instituto da curatela como meio resolutivo para o interstício da incapacidade relativa, de modo que “estão sujeitos a curatela, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” (BRASIL, 2002). Sendo assim, “a curatela dos interditos tem natureza protetiva

de uma pessoa humana” (FARIAS; FIGUEIREDO; DIAS, 2020, p. 1.733). A curatela deve ser exercida, *a priori*, por um familiar (art. 1.775 do CC), e a este caberá o ônus de exercer o papel de administrador dos bens da pessoa relativamente incapaz.

Evidentemente, quando tratamos do direito da personalidade, não devemos considerar a curatela como meio resolutivo para o interstício da incapacidade relativa. Como é cediço, trata-se de direito indisponível e intransponível. Portanto, “a liberdade de consciência e convicção [...], sendo um direito personalíssimo, demanda plena autonomia volitiva do indivíduo para se constituir um ato jurídico perfeito” (OLIVEIRA, 2016, p. 74). Com efeito, a família ou acompanhante não tem a legitimidade de decidir pelo paciente enfermo que se encontra relativamente incapaz de decidir por si mesmo, “[...] apenas o titular desse direito pode exercê-lo.” (OLIVEIRA, 2016, p. 75).

Nessa toada, há que se ponderar que após a orientação médica, há considerável possibilidade de que o enfermo, em pleno gozo de suas capacidades, venha a aceitar o prognóstico médico apresentado. Por essa razão, é salutar a consideração de que “não pode um terceiro impedir que o médico realize o procedimento recomendável quando o paciente, por si mesmo, não tiver condições de revelar sua convicção em sentido contrário ao tratamento proposto” (OLIVEIRA, 2016, p. 75).

Todavia, diferentemente da consideração supramencionada, pode-se apontar, ainda, a eventual existência de diretivas antecipadas de vontade. E, tratando-se de paciente relativamente incapaz, cabe primordial atenção da equipe médica. De outro modo, “[...] se não há vontade juridicamente válida do paciente, o médico deve agir de acordo com os procedimentos clinicamente recomendáveis. Nesse caso, não se pode exigir do médico conduta diversa” (OLIVEIRA, 2016, p. 74). Assim, diante de eventual objeção familiar em face das diretivas antecipadas de vontade, caberá ao médico desconsiderar quaisquer posicionamentos contrários à vontade consubstanciada em documento formal.

Evidentemente, o instante da tomada de decisão acerca do futuro do paciente que não pode exprimir a própria vontade é, por si só, delicado. Primeiro, porque mesmo que seja tomada a decisão mais adequada clinicamente, não se tem ao certo a vontade que o próprio paciente tomaria por si mesmo. Ademais, em que pese o profissional de saúde domine a técnica e tenha a melhor opinião acerca do prognóstico, o resultado é incerto. E, por último, porque é um momento de dor e de trauma para a família. Contudo, “deve-se incrementar o grau de informação quanto ao problema da doença e deixá-los tomar as decisões que considerarem mais convenientes dentro de determinados limites éticos socialmente aceites” (NUNES, 2016, p. 66-67).

Nesse interstício, surge a problemática nuclear, a objeção familiar. Certamente a vontade do familiar é pela vitalidade do paciente. Todavia, não cabe ao profissional de

saúde assegurar um resultado promissor, desconsiderando a evolução natural do paciente após intervenções necessárias. Ou pior, promover intervenções terapêuticas infrutíferas diante de um quadro clínico involutivo.

Em particular, é possível destacar o estado do paciente com morte cerebral. Sem dúvidas, um estado irreversível sem qualquer expectativa de regeneração da saúde. Logo, segundo Nunes, para a Comissão Presidencial de Ética dos Estados Unidos da América, “a morte cerebral é não apenas a perda da capacidade de ter consciência, mas também a perda da função integradora do tronco cerebral, após o que as funções dos órgãos vitais deixam de constituir um organismo vivo.” (NUNES, 2016, p. 39). Para mais, vale destacar o art. 2º, §5º, da Resolução do CFM n. 1995/12 que estabelece como deve proceder o profissional de saúde na falta de consenso com o familiar. Senão vejamos:

Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Com efeito, em que pese o familiar seja o representante legal do paciente relativamente incapaz, nem toda manifestação poderá ser efetivamente considerada. “A posição do familiar [...], nesse caso, é sempre secundária e não pode gerar a eventual responsabilização do médico por descumprimento da liberdade de convicção do paciente que não puder exercer” (OLIVEIRA, 2016, p. 74). Nesse aspecto, “quando existir desacordo óbvio entre a equipe médica e o representante legal, o melhor curso dos acontecimentos é a consulta a entidades responsáveis interinstitucionais, muito em particular a um Comitê de Ética” (NUNES, 2016, p. 35).

Desse modo, resta evidenciado que diante de um momento crítico de decisão, no qual a objeção familiar colide com autonomia médica, caberá à equipe médica submeter o caso ao Comitê de Ética para a melhor decisão. Posteriormente, a problemática ficará a cargo da complexidade médico-jurídica. “Do ponto de vista do sistema jurídico, o direito vai aferir [...] no futuro uma situação ocorrida no passado; ou seja, a eventual responsabilização [...] ocorrerá após o fato” (OLIVEIRA, 2016, p. 71).

Conclusivamente, certo é que, inexoravelmente, a vida humana é dotada de limitação temporal sem que qualquer instrumentalização seja capaz de eternizá-la. Assim, “assegurar que esta passagem ocorra de forma digna, com cuidados adequados e buscando-se o menor sofrimento possível, é missão daqueles que assistem aos pacientes portadores de enfermidades terminais” (SIQUEIRA, 2011, p. 16).

4. LIMITES ENTRE A AUTONOMIA DE VONTADE DO PACIENTE E O LIVRE EXERCÍCIO DA PROFISSÃO MÉDICA

Destaca-se, inicialmente, que “na relação médico-paciente existem dois sujeitos com direitos fundamentais recíprocos (o médico e o paciente) que podem apresentar, em concreto, situações de aparente concorrência” (OLIVEIRA, 2016, p. 67). Enquanto ao paciente cabe o direito à vida e o direito à liberdade de consciência (CRFB, art. 5º, VI), ao médico cabe o direito ao livre exercício da profissão (CRFB, art. 5º, XIII) sob a prerrogativa da autonomia. Sendo assim, considera-se que a pessoa enferma e o médico devem estar próximos em diálogo de cooperação constante, tendo em vista os limites constitucionais presentes na relação médico-paciente.

Em que pese a sociedade ter construído na pessoa do médico a figura de um ser “transcendental”, capaz de assegurar ou de devolver a vida, há que se considerar que essa visão é um tanto rudimentar. Em verdade, deve-se esclarecer que o médico, como detentor de expertise acadêmica e profissional da saúde, conhece a melhor técnica terapêutica a ser aplicada para o tratamento das inúmeras doenças existentes. Contudo, muito longe da transcendentalidade, esse profissional é limitado e suscetível a erros como qualquer outro ser humano.

Além do mais, dentro de uma perspectiva hospitalar, o sujeito mais importante deve ser a pessoa enferma, uma vez que este necessita de atenção singular. O núcleo de toda a dinâmica clínica/hospitalar não são os profissionais dotados de títulos, mas seus pacientes. Nessa perspectiva, o próprio paciente tem o direito de ser informado e de opinar tanto quanto um médico ou qualquer outro profissional acerca do prognóstico necessário à sua saúde. Afinal de contas, trata-se do seu próprio corpo. Tal consideração é extraída do princípio da dignidade da pessoa humana, valor absoluto que corresponde a um direito de natureza fundamental.

Seguramente, a pessoa enferma, em pleno gozo das suas capacidades civis, tem o direito de opinar acerca do prognóstico médico. Este, por sua vez, deve estar tão próximo da pessoa enferma que seja capaz de identificar individualidades e compreender a personalidade de cada paciente. Sendo assim, é certa a necessidade de reconhecer a importância da humanização da saúde, de forma que a terapia não seja mero instrumento a ser aplicado, mas condição facultativa para a manutenção da vida.

4.1. Autonomia de Vontade do Paciente e o Direito à Liberdade de

Consciência

Considerando os limites na relação médico-paciente, há que se destacar, inicialmente, que a dignidade da pessoa humana é, de forma indubitável, subjetivamente autônoma, insubstituível e, principalmente, desprovida de equivalências. Com efeito, partindo do pressuposto jurídico-constitucional de que o paciente é portador de direitos fundamentais – direito à vida e à liberdade de consciência –, o vislumbre da dignidade humana ganha destaque no pleno exercício da autonomia individual.

O paciente é, antes de tudo, pessoa humana dotada de personalidade jurídica, e “quem tem personalidade jurídica dispõe de uma proteção diferenciada, caracterizada pelos direitos da personalidade” (FARIAS; FIGUEIREDO; DIAS, 2020, p. 29). Para mais, de forma clara e em sentido de socialidade, o art. 1º do CC enuncia que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (BRASIL, 2002). Saliente-se que, “havendo pessoa, está presente tal capacidade, não importando questões formais como ausência de certidão de nascimento ou de documentos” (TARTUCE, 2017, p. 73).

Fato é, que mesmo o estado de incapacidade relativa, transitória ou permanente, não relativiza direitos e garantias fundamentais, tampouco descaracteriza a personalidade jurídica no que diz respeito à capacidade de direito. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana deve ser promovida em sua totalidade, uma vez que é condição inerente do existir e “deve ser considerada como o fundamento da ética em uma sociedade plural e secular, conceito do qual decorrem os valores estruturantes da nossa sociedade, especialmente, a autonomia individual [...]” (NUNES, 2016, p. 35).

No tocante à liberdade de consciência, acrescenta-se a liberdade de convicção religiosa, filosófica, política, moral etc. Cada uma dessas modalidades de convicções formam a personalidade subjetiva da pessoa humana. O que deve ser levado em consideração por médicos, familiares e por toda a sociedade, haja vista que eventual recusa terapêutica ou a existência de diretivas antecipadas de vontade decorrem da convicção subjetiva formadora de personalidade do indivíduo.

Como exemplo, há a corriqueira situação do paciente que participa do movimento religioso das Testemunhas de Jeová. Sem maior aprofundamento sobre a matéria, é sabido por todos que para estes é inconcebível a transposição de sangue entre seres humanos. Evidentemente, trata-se de convicção religiosa que deve ser oponível ao prognóstico médico da transfusão sanguínea. Tal garantia ganha destaque como valor democrático, conforme o lecionamento de Nunes, “cresce a noção de que [...] os cidadãos devem ser livres para recusar determinados tratamentos à luz do princípio do respeito pela autonomia individual” (2016, p. 51).

Por resultado, há que se destacar a garantia Constitucional do art. 5º, III, o qual estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (BRASIL, 1988). É, portanto, inquestionável que o paciente, convicto de sua personalidade, em pleno exercício de suas capacidades civis e devidamente orientado pela equipe médica acerca dos benefícios e malefícios, tem o direito ao exercício da autonomia individual, “mesmo que dessa forma se abrevie o momento da sua morte” (NUNES, 2016, p. 51).

Nesse sentido, considerando, dentre outros direitos, que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República e, ainda, o que está normatizado pelo Código de Ética Médica no que diz respeito aos direitos e deveres dos médicos e a autonomia dos pacientes, o CFM editou a Resolução n. 2.232/19 estabelecendo normas éticas à recusa terapêutica dos pacientes. Destaca-se o art. 1º por definir que a recusa terapêutica é “[...] um direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que esse o informe dos riscos e das consequências previsíveis de sua decisão” (CFM, 2019).

Por esse aspecto, reafirmando a prevalência da autonomia de vontade do paciente, é indispensável destacar que “a vontade previamente manifestada deve ser respeitada e, quando tal não for possível por falta de informação fidedigna, deve prevalecer o *standard* de ‘melhor interesse’ do doente, de acordo com critérios universais de razoabilidade” (DRESSER, 2005, v. 35, n. 3, p. 20-22 *apud* NUNES, 2016, p. 54).

Conclusivamente, é imprescindível preservar os direitos de personalidade do humano, mesmo que este esteja em estado de enfermidade, consciente ou relativamente incapaz, como garantia efetiva ao princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, é primordial que a autonomia de vontade do paciente, em pleno gozo da sua capacidade civil, seja promovida e reconhecida por médicos, familiares e sociedade, mesmo quando este apresente manifestação contrária ao prognóstico médico. Cabalmente, o exercício da autonomia de vontade do paciente é a realização da garantia constitucional a todos assegurada.

4.2. Objeção de Consciência como Prerrogativa do Livre Exercício da Profissão Médica

Em que pese a considerável autonomia de vontade e o direito à liberdade de consciência do paciente como garantia fundamental ao pleno exercício da dignidade humana, o médico também é detentor de direitos e garantias fundamentais. A saber, a objeção de consciência como prerrogativa do livre exercício da profissão médica tem igual fundamento no direito constitucional ao da liberdade de consciência do paciente.

Afinal de contas, o médico também é um ser humano guarnecido de convicções religiosas, filosóficas, políticas, morais etc.

Há que se considerar que o médico, movido por convicções pessoais, “tem o direito de não atender ao paciente” (DADALTO, 2016, p. 160), contudo, conforme estabelecido no art. 9º da Resolução CFM n. 2.232/19, deve observar o dever de “[...] comunicar o fato ao diretor técnico do estabelecimento de saúde, visando garantir a continuidade da assistência por outro médico, dentro de suas competências” (CFM, 2019). Assim, “assegura-se ao médico, por óbvio, a prerrogativa de objeção ou escusa de consciência, nos termos de seu Código de Ética” (OLIVEIRA, 2016, p. 76).

Outrossim, o médico “também está no exercício regular de um direito-dever que se desvela na plenitude de sua autonomia profissional para adotar o procedimento que, a seu juízo científico e técnico, seja o mais adequado para o caso que lhe é posto” (OLIVEIRA, 2016, p. 71). De outro modo, sem a devida proteção à autonomia profissional, impõe-se severa limitação aos médicos, produzindo, portanto, graves consequências ao resultado prático da profissão.

Por essa via, o direito do médico ao exercício da liberdade de convicção profissional deve ser respeitado, considerando que “não se pode obrigar o médico a adotar o procedimento que ele entender cabível diante da gravidade da situação quando o paciente estiver inconsciente” (OLIVEIRA, 2016, p. 76), por exemplo. De igual modo, o art. 7º da Resolução CFM n. 2.232/19 reconhece que “é direito do médico a objeção de consciência diante da recusa terapêutica do paciente” (CFM, 2019), que, eventualmente, pode discordar das objeções apresentadas e recorrer ao diretor técnico do estabelecimento de saúde, como já mencionado.

De mais a mais, quando “o paciente está plenamente capaz de manifestar, *in loco*, sua liberdade de consciência e convicção contrária ao tratamento recomendável [...], o médico deve se resguardar minimamente [...]” (OLIVEIRA, 2016, p. 76). Por exemplo, registrar tudo quanto necessário no prontuário do paciente ou, ainda, solicitar que o paciente tome nota do termo de consentimento esclarecido, exarando sua assinatura. Garante-se, desse modo, certa blindagem jurídica ao profissional, para que “[...] não seja eventualmente responsabilizado por omissão de socorro ou conduta congênere que possa implicar em medida sancionatória civil, penal ou administrativa” (OLIVEIRA, 2016, p. 76).

Por consequência do limite existente na relação médico-paciente, é mais do que oportuno e salutar que o médico se mantenha sensível às individualidades de cada paciente, demonstrando extrema responsabilidade com a terapia aplicada e identificando as limitações do prognóstico. Ademais, na via de humanização da saúde, a morte, em especial, deve ser tratada como fase orgânica da vida humana. Nessa perspectiva, Nunes

leciona que “diante de uma doença terminal, a primeira questão a ser colocada deve ser ‘será que esse tratamento diminui o sofrimento, o desconforto, e a dor do doente ao nosso lado?’, ao invés de ‘será que essa intervenção prolonga a vida do doente?’.” (2016, p. 41).

Diante de todo o exposto, conclui-se que pacientes, familiares, acompanhantes e sociedade devem observar a objeção de consciência do médico como prerrogativa do livre exercício da profissão, tendo em vista a garantia constitucional da liberdade de consciência em manifesta demonstração contrária à recusa terapêutica ou às diretivas antecipadas de vontade do paciente. Por último, nota-se que a base principiológica do Código de Ética Médica é a relação médico-paciente, e a base da relação médico-paciente é a ética médica.

5. RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA QUANTO ÀS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Inicialmente, é de suma importância destacar a Resolução do CFM n. 1995/12 que trata, exclusivamente, das Diretivas Antecipadas de Vontade. Conceptualizando, elas compreendem o “[...] conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade” (CFM, 2012).

Para mais, as diretivas antecipadas de vontade tratam de “instruções escritas que o paciente prepara para ajudar a guiar seu cuidado médico. São aplicadas a situações específicas como uma doença terminal ou um dano irreversível” (DADALTO, 2016, p. 151). A bem da verdade, tais instruções refletem a vontade do próprio paciente, escrita e formalmente documentada. Nesse sentido, “as diretivas antecipadas de vontade produzem efeito quando o médico determina que o paciente não é mais capaz de decidir acerca de seus cuidados médicos” (DADALTO, 2016, p. 151).

Todavia, é oportuno salientar que “para que o médico observe o testamento vital ou a declaração antecipada de vontade, é indispensável [...], pois, estar sempre acessível ao médico no momento em que houver a necessidade de tratamento” (OLIVEIRA, 2016, p. 75). Desse modo, não cabendo qualquer tentativa de responsabilização do médico por não observar o referido documento se este não lhe foi apresentado em tempo hábil. Nessa esteira, “quando um paciente, ainda que inconsciente, portar [...] diretrizes antecipadas de vontade [...], documentalmente expressa sua opção em relação à liberdade de consciência e convicção religiosa, o médico pode respeitá-la” (OLIVEIRA, 2016, p. 75).

Fato é que o art. 2º da Resolução CFM n. 1995/12 preceitua que o médico levará

em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente “nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades” (CFM, 2012).

Evidentemente, conforme exposição acerca dos limites na relação médico-paciente, o art. 2º, §2º, da Resolução CFM 1995/12 dispõe que o médico poderá, por objeção de consciência, desconsiderar as diretivas apresentadas quando estas estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica. De outro modo, o parágrafo terceiro do referido artigo determina que “as diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares” (CFM, 2012).

Comedidamente, o quanto exposto denota variadas lacunas a serem preenchidas e o longo caminho a ser percorrido para que seja alcançada a segurança jurídica aos sujeitos que compõem a relação médico-paciente. De tal sorte, um ponto deve ser esclarecido acerca das diretivas antecipadas de vontade: “Trata-se de um gênero de documentos que se divide em duas espécies: testamento vital e mandato duradouro” (DADALTO, 2016, p. 151).

Ao passo que o testamento vital é o “documento em que o paciente define os cuidados, tratamentos e prognósticos médicos que deseja ou não para si mesmo” (THOMPSON, 2015, p. 868, *apud* DADALTO, 2016, p. 154), o mandato duradouro “envolve a escolha de uma pessoa de confiança para tomar decisões sobre seus cuidados médicos quando você não puder fazê-lo” (THOMPSON, 2015, p. 868, *apud* DADALTO, 2016, p. 155). Assim, com o testamento vital tem-se as escolhas do próprio paciente expressas em documento formal, já quando se trata de mandato duradouro tem-se a delegação dos poderes de escolha, feita pelo próprio paciente para uma pessoa de sua confiança.

Contudo, não se vislumbra no Brasil qualquer normatização legislativa acerca da autonomia de vontade do paciente. Tampouco uma clareza conceitual no que diz respeito à definição de gênero para as diretivas antecipadas de vontade e suas espécies. Em contraponto, conforme Dadalto (2016), as referidas definições são precisas no ordenamento jurídico norte-americano: editada em 1991 e intitulada *Patient Self-Determination Act*¹, foi a primeira lei no mundo a tratar das diretivas antecipadas de vontade.

A bem da verdade, tramita no Congresso Nacional, desde 05 de fevereiro de 2018 (ainda está em trâmite no Senado Federal, a casa iniciadora), o Projeto de Lei 7/2018, que “dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços de saúde, para assegurar o atendimento e tratamento adequados e seguros, bem como a autonomia de vontade do paciente e seus representantes legais” (BRASIL, 2018). Por ora, a única fonte que traduz o mínimo de

1 Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/101st-congress/house-bill/4449/text>>. Acesso em: 23 nov. 2021

segurança jurídica para pacientes e médicos são as resoluções do CFM. Sumariamente, pode-se citar, por exemplo, a Resolução CFM n. 1.805/06 que, conforme ementa, passou a autorizar aos médicos a suspensão de tratamento que prolongue o sofrimento de paciente com doença em fase terminal; e a Resolução CFM n. 2.232/19 “estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente” (CFM, 2019). Todavia, em que pese a existência e a extrema importância das resoluções supracitadas, estas são insuficientes, haja vista que “não resolve todos os problemas, porque o Conselho tem competência para normalizar apenas sobre normalidade” (DADALTO, 2016, p. 161). Ademais, as resoluções do CFM não fazem referência ao mandato duradouro, carecendo o reconhecimento dessa espécie.

Dentre outras questões, a Resolução CFM n. 1995/12 não esclarece que as diretivas antecipadas de vontade produzem seus efeitos quando o paciente está vivo, “[...] fato que tem gerado por parte do Poder Judiciário uma aplicação desse instituto a todas as manifestações de vontade de pacientes, independentemente de estarem ou não em fim de vida” (DADALTO, 2016, p. 157). Em posicionamento oposto, Nunes pondera que a lei pela lei não será capaz de suprir as distintas possibilidades que a relação médico-paciente pode apresentar (2016, p. 11). Nunes destaca, ainda, que “é fundamental que os médicos percebam a sua importância na sua prática cotidiana e que considerem o testamento vital uma importante ferramenta de auxílio à decisão médica” (2016, p. 11).

De todo modo, é indubitável que a legislação será capaz de fazer reconhecer a autonomia de vontade do paciente, bem como as hipóteses cabíveis e espécies de diretivas antecipadas de vontade, o que iria gerar maior segurança jurídica aos médicos, pacientes e seus familiares. Contudo, “a falta de normativa legal sobre o tema causa uma grande insegurança jurídica aos pacientes que desejam fazer suas diretivas antecipadas e aos profissionais de saúde que lidam cotidianamente com esses documentos” (DADALTO, 2016, p. 158).

Desse modo, é de suma importância garantir segurança jurídica aos médicos por meio da uniformização do gênero e das espécies desse instituto, bem como o reconhecimento e a proteção da autonomia de vontade do paciente. Apesar da lacuna legislativa, até que a matéria seja apreciada pelo Poder Judiciário e submetida ao crivo constitucional, médicos, pacientes e familiares “terão um regramento que lhes resguardará o exercício de direitos fundamentais, como a liberdade de consciência e convicção, por um lado, e o exercício regular da profissão médica, por outro” (OLIVEIRA, 2016, p. 77).

5. TESTAMENTO VITAL: LIMITES MATERIAIS E SUAS FORMALIDADES

O testamento vital, como espécie de diretiva antecipada de vontade, assenta a autonomia do paciente pelo livre exercício do direito à liberdade de consciência, a ser observado quando o titular estiver incapaz (relativamente ou absolutamente) de exprimir a sua própria vontade. Para mais, salienta-se que “o testamento vital [...] tem efeitos em vida” (DELMANTO JUNIOR, 2016, p. 119). Desse modo, não deve ser confundido com o testamento que define a partilha de bens, “o testamento vital é uma declaração de vontade, que não deve ter nenhum caráter patrimonial e produzirá efeitos em vida, quando o paciente estiver impossibilitado de manifestar sua vontade” (DADALTO, 2016, p. 155).

Seguramente, o testamento vital é “o corolário natural de uma trajetória de reforço do direito à autodeterminação da pessoa” (NUNES, 2016, p. 111). Para mais, Nunes define o testamento vital como “um instrumento ético/jurídico que permite reforçar a autonomia da pessoa, podendo ser complementado [...] com um conjunto de instruções médicas tomadas previamente com o consentimento do doente” (2016, p. 114).

Desse modo, é admissível que uma pessoa deixe consubstanciado “[...] em um documento público com pressupostos todos previstos em lei que não quer jamais receber quimioterapia. Nesses casos, mesmo que você venha a perder consciência, a sua vontade tem que ser respeitada” (DELMANTO JUNIOR, 2016, p. 119). Neste mesmo sentido, Dadalto define que a essência do testamento vital “é o reconhecimento de que o paciente, mesmo que ao fim da vida, ainda é sujeito de direitos, autônomo, e deve ser respeitado em sua integridade, cabendo apenas a ele as decisões sobre os cuidados nessa etapa da vida” (2016, p. 155).

Por conseguinte, familiares ou acompanhantes do paciente portador de testamento vital não devem se opor às diretivas ali constituídas, uma vez que eventuais objeções ao testamento vital não terão força desconstitutiva daquilo incorporado no referido documento. Sendo assim, “na busca pela efetivação, é preciso também conscientizar a família, que precisa entender que o paciente manifestou sua vontade, e que esta prevalece sobre a vontade dos familiares” (DADALTO, 2016, p. 160).

Tendo em vista que são corriqueiras as situações em que a família se acha no direito de definir o destino da pessoa enferma, o testamento vital tem a finalidade de “[...] fazer os familiares entenderem que o paciente é dono da sua própria vida e faz as melhores escolhas para si, inclusive sobre a própria morte.” (DADALTO, 2016, p. 160). É certo afirmar que, se delegado esse poder aos familiares, não seria possível alcançar a vontade do próprio paciente, tampouco a decisão que este teria por si só; tal embaraço é passível de solução quando se constata a existência da vontade consubstanciada pelo próprio enfermo, em documento formal e com reconhecimento notarial.

Não obstante, constatada a existência de diretivas antecipadas de vontade, é

possível considerar eventual objeção por parte da equipe médica. “Há sempre uma resistência do médico que passa a pensar: se ele estivesse consciente, talvez pudesse mudar de ideia. Um mecanismo para lidar com essa tendência de se relativizar o testamento vital é, justamente, o do procurador de saúde” (DELMANTO JUNIOR, 2016, p. 119). Além do testamento vital, que demonstra a vontade do paciente, a figura do procurador de saúde é capaz de fazer cumprir o quanto consubstanciado nesse documento. Para mais, é oportuno destacar que o papel principal do procurador de saúde é apresentar o testamento tão logo o paciente entre na unidade de saúde.

De todo modo, deve ser reforçada a ideia de legalização e normatização da matéria para que seja proporcionada segurança jurídica para médicos e pacientes. Por essa via, Nunes aponta que “a legalização das diretivas antecipadas de vontade é uma importante evolução civilizacional que remete, mas não se esgota, no direito à autodeterminação da pessoa em matéria de cuidados de saúde” (2016, p. 106). Para mais, adentrando as suas espécies, constata-se que “o testamento vital é a expressão mais vinculada da vontade previamente manifestada por parte do doente” (NUNES, 2016, p. 106).

Nesse esclarecimento, e diante da ausência normativa sobre as diretivas antecipadas de vontade no Brasil, é primoroso que se tenha como fonte o direito comparado. Como já citado, os Estados Unidos da América (EUA) foram os pioneiros na normatização da matéria. Além da América do Norte, é possível constatar a legalização na Europa. A saber, o Conselho Europeu (CE), na Convenção sobre os direitos do homem e a biomedicina, há mais de 20 anos resolveu que deve ser levada em conta a vontade anteriormente manifestada por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontra em condições de expressar a sua vontade (CONSELHO DA EUROPA, 1997).

Nesse sentido, Nunes (2016, p. 110) estabelece oito princípios para a legalização do testamento vital, os quais poderiam ser considerados pelo Congresso Nacional:

- 1) Limitação a pessoas capazes, competentes, maiores de idade e não inibidas por anomalia psíquica;
- 2) Informação e esclarecimento adequados, por intermédio de um médico com formação técnica apropriada;
- 3) Efeito compulsivo na decisão médica e não meramente indiciário, exceto em condições muito particulares;
- 4) Existência de um formulário-tipo com o objetivo de padronizar procedimentos;
- 5) Possibilidade de revogação a qualquer momento e sem qualquer formalidade;
- 6) Renovação periódica da manifestação de vontade. Este prazo pode-se-ia situar os três e os cinco anos;
- 7) Certificação perante um notário para garantir a autenticidade e evitar influências indevidas na esfera da decisão pessoal, e/ou;
- 8) Criação no âmbito do sistema de saúde de um Registro Nacional de Testamento Vital (Rentev) para agilizar o acesso ao testamento vital por parte dos médicos.

Diante do exposto acerca das diretivas antecipadas de vontade, e do testamento vital como uma de suas espécies, faz-se mais do que oportuna a apresentação da

proposta de documento elaborada pela Associação Portuguesa de Bioética, conforme Nunes (2016), que deve conter, inicialmente, a qualificação do testador; a declaração expressa das recusas terapêuticas – como a suspensão de procedimento extraordinário quando diagnosticada doença incurável; a disposição de cuidados paliativos; ou, ainda, a vontade expressa para eventual ausência de capacidade de decisão – e, ao final, conter assinatura do testador, bem como o reconhecimento notarial.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o avanço da Medicina, tem sido cada vez mais frequente o domínio de técnicas e a criação de novos procedimentos cirúrgicos capazes de prolongar a vida humana. Nesse contexto, a morte passou a ser tratada como inimiga, quando, na verdade, deveria ser considerada como a última fase do ciclo natural do existir. Em que pese a Medicina tenha como desafio “vencer” a morte, para a Bioética o exercício da profissão médica deve estar pautado na humanização da saúde, promovendo o direito à morte digna sem a prolongação do sofrimento da pessoa enferma.

Nesse contexto, a pessoa enferma se encontra vulnerável às decisões tomadas por médicos e por familiares sem que ao menos seja considerada a sua própria vontade. O exaustivo empenho para “eternizar” a vida se transforma, por vezes, em verdadeira prolongação do sofrimento. Desse modo, apresenta-se o testamento vital como meio efetivo para a demonstração da vontade da pessoa enferma, sendo este, a bem da verdade, o meio capaz de garantir o efetivo cumprimento à autodeterminação.

Os objetivos específicos foram, assim, alcançados, analisando-se, inicialmente, o direito constitucional à vida, que decorre da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa Brasil. Para mais, considera-se a morte como única encarregada de dar termo à vida. Nessa toada, no que diz respeito às formas atualmente existentes para a morte digna do paciente, verifica-se que a Bioética considera a ortotanásia como definição de morte digna, evidenciando a faceta da sua evolução natural sem qualquer intervenção médica.

Não obstante, apontam-se os limites formais e materiais do instituto da assistência ao paciente relativamente incapaz, considerando-se que as objeções da família não podem ser consideradas em detrimento da vontade do próprio paciente. De tal modo que, diante de um momento crítico de decisão, no qual a objeção familiar colide com autonomia médica, o Comitê de Ética da unidade de saúde tem o dever de emitir parecer.

Ao examinar a autonomia do paciente – em relação à liberdade de consciência

– e do profissional de saúde – quanto à objeção de consciência –, leva-se em conta o basilar constitucional e infraconstitucional da autonomia de vontade e do direito da personalidade, deparando-se com limites estabelecidos pela objeção de consciência na relação médico-paciente. Desse modo, considera-se que tanto paciente quanto médico detém o direito ao exercício da autonomia de vontade.

Evidencia-se, assim, carência normativa que regulamente as diretivas antecipadas de vontade como meio eficaz de garantir o exercício da vontade do paciente quando em eventual estado de incapacidade, bem como que regulamente a abrangência do livre exercício da profissão médica, protegendo os profissionais de eventual responsabilização. De outro modo, quando ponderadas as resoluções do Conselho Federal de Medicina e os estudos da Bioética acerca das diretivas antecipadas de vontade, constata-se vasta discussão acerca do instituto. Contudo, não é certa a segurança jurídica, tendo em vista a carência normativa que constitua princípios para a legalização do testamento vital.

No que tange o objetivo de sopesar o testamento vital quanto aos limites materiais e à sua formalidade, busca-se amparo no Direito Comparado, apontando os costumes do Direito norte-americano, bem como, a Convenção Europeia sobre os direitos do homem e a biomedicina, que tratam das diretivas antecipadas de vontade. Para mais, aponta-se os princípios da bioética portuguesa como norte para a legalização do testamento vital.

Por todo o lastro expositivo da presente pesquisa, assenta-se a conclusão de que o testamento vital é documento formal caracterizado como espécie de diretiva antecipada de vontade, devendo produzir seus efeitos enquanto o titular ainda estiver com vida. Sendo assim, desde que o testador o tenha constituído em pleno gozo de suas capacidades civis, a consubstanciação da vontade em documento formal é suficientemente legítima para dar pleno exercício à autonomia da pessoa enferma. Com efeito, a fundamentação jurídica decorre da liberdade de consciência. Razão pela qual se desconfigura a legitimidade da objeção familiar, sendo certa a incapacidade de transpor os direitos e garantias fundamentais da pessoa enferma.

Conclui-se, por fim, que a objeção de consciência da pessoa enferma decorre da mesma fonte constitucional da objeção de consciência do médico – os direitos e garantias fundamentais. Por certo, o profissional da saúde tem pleno direito de se opor às diretivas antecipadas de vontade, abstendo-se de ter o testador como seu paciente, desde que lhe seja assegurado atendimento por outro médico.

Para pesquisas futuras, sugere-se a análise dos aspectos penais no que diz respeito às limitações impostas ao livre exercício da profissão médica e a consequente privação da autonomia de vontade dos profissionais de saúde em dar plena efetivação às diretivas antecipadas de vontade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 7, de 2018**. Dispõe sobre os direitos dos pacientes em serviços de saúde; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 [...]. Atividade Legislativa do Senado Federal, Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132125/pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2021.

COMBINATO, Denise Stefanoni; QUEIROZ, Marcos de Souza. Morte: uma visão psicossocial. **Estudos de Psicologia, Universidade Federal do Rio Grande do Norte**, v. 11, n. 2, p. 209–216. 2006. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1413-294X2006000200010>>. Acesso em: 10 abr. 2023.

CONSELHO DA EUROPA (CE). **Convenção sobre os direitos do homem e a biomedicina**. Oviedo, Astúrias, 4 abr 1997. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_protecao_dh_biomedicina.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 1.805, de 9 de novembro de 2006**. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis [...]. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 nov. 2006. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 1.995, 31 de agosto de 2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 ago. 2012. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.232, 16 de setembro de 2019**. Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 set. 2019. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

DADALTO, Luciana. Diretivas antecipadas: efetivação para o paciente com segurança jurídica para o médico – é possível? **Medicina, Direito, Ética e Justiça**. Brasília: CFM, 149-162, 2017.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Existe o direito de morrer? **Medicina, Direito, Ética e Justiça**. Brasília: CFM, 109-127, 2017.

DOS SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Conceito médico-forense de morte. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 92, p. 341-380, 1997. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67369>>. Acesso em: 13 abr. 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; FIGUEIREDO, Luciano; DIAS, Wagner Inácio. **Código civil para concursos**. Salvador: JusPodivm, 2020.

NUNES, Rui. **Diretivas antecipadas de vontade**. Brasília: CFM, 2016.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. Situações limítrofes no conflito aparente entre médico e paciente: a liberdade de consciência e convicção e o exercício regular da medicina. *Medicina, Direito, Ética e Justiça*. Brasília: CFM, 67-80, 2017.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2020.

SIQUEIRA, José Eduardo. Definindo e aceitando a terminalidade da vida. In: MORITZ, Rachel Duarte. (org.). **Conflitos bioéticos do viver e do morrer**. Brasília: CFM, 15-24, 2011.

SIQUEIRA, José Eduardo; MEIRELLES, J. Reflexões bioéticas sobre o morrer com dignidade: análise do caso Nancy Cruzan. **Medicina e Direito**. Brasília: CFM, 145-168, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.



DIREITO.UnB

Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>

e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>

e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.