



LUCIANA DADALTO

TESTAMENTO VITAL

QUARTA EDIÇÃO

Você está recebendo, **GRATUITAMENTE**, um fragmento da obra da **Editora Foco**, para dar início aos seus estudos.

Este conteúdo não deve ser divulgado, pois tem direitos reservados à editora, constituindo-se uma cortesia a título de motivação aos seus estudos.

Faz-se necessário evidenciar que tal fragmento não representa a totalidade de uma obra ou disciplina.

A obra, na sua totalidade, poderá ser adquirida no site da **Editora Foco**:

www.editorafoco.com.br

Bons estudos!

Editora Foco

2018 © Editora Foco
Autor: Luciana Dadalto
Diretor Acadêmico: Leonardo Pereira
Editor: Roberta Densa
Assistente Editorial: Paula Morishita
Revisora Sênior: Georgia Renata Dias
Capa Criação: Leonardo Hermano
Diagramação: Ladislau Lima
Impressão miolo e capa: VIENA GRÁFICA E EDITORA LTDA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

T342

Testamento vital / organizado por Luciana Dadalto. - 4. ed. -
Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2018

176 p. : il. ; 17cm x 24cm.

Inclui bibliografia e índice.

ISBN: 978-85-8242-290-8

1. Direito. 2. Testamento vital. I. Dadalto, Luciana. II. Título.

2018-361

CDU-342.165 CDU 347.67

Elaborado por Wagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito : Testamento 342.165
2. Direito : Testamento 347.67

DIREITOS AUTORAIS: É proibida a reprodução parcial ou total desta publicação, por qualquer forma ou meio, sem a prévia autorização da Editora FOCO, com exceção do teor das questões de concursos públicos que, por serem atos oficiais, não são protegidas como Direitos Autorais, na forma do Artigo 8º, IV, da Lei 9.610/1998. Referida vedação se estende às características gráficas da obra e sua editoração. A punição para a violação dos Direitos Autorais é crime previsto no Artigo 184 do Código Penal e as sanções civis às violações dos Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998. Os comentários das questões são de responsabilidade dos autores.

NOTAS DA EDITORA:

Atualizações e erratas: A presente obra é vendida como está, atualizada até a data do seu fechamento, informação que consta na página II do livro. Havendo a publicação de legislação de suma relevância, a editora, de forma discricionária, se empenhará em disponibilizar atualização futura.

Bônus ou Capítulo On-line: Excepcionalmente, algumas obras da editora trazem conteúdo no *on-line*, que é parte integrante do livro, cujo acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Erratas: A Editora se compromete a disponibilizar no site www.editorafoco.com.br, na seção Atualizações, eventuais erratas por razões de erros técnicos ou de conteúdo. Solicitamos, outrossim, que o leitor faça a gentileza de colaborar com a perfeição da obra, comunicando eventual erro encontrado por meio de mensagem para contato@editorafoco.com.br. O acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Impresso no Brasil (04.2018) – Data de Fechamento (04.2018)



2018

Todos os direitos reservados à
Editora Foco Jurídico Ltda.
Al. Júpiter 542 – American Park Distrito Industrial
CEP 13347-653 – Indaiatuba – SP
E-mail: contato@editorafoco.com.br
www.editorafoco.com.br

A meus pais, Everson e Shirley, sempre.
A meu beatlemaníaco, pela luz que nunca se apaga.
A meu pequeno beatlemaníaco, pela graça de ser sua mãe.

AGRADECIMENTOS

Sempre serei grata ao Professor Walsir Edison Rodrigues Júnior, orientador da minha dissertação de mestrado, que aceitou o desafio de me orientar neste tema, na ocasião, ainda desconhecido no Brasil, e possibilitou o desenvolvimento do trabalho com suas ponderações sempre pertinentes.

Minha eterna gratidão à Professora Maria de Fátima Freire de Sá, minha orientadora de iniciação científica e de monografia, responsável por despertar em mim o interesse pela Academia, pela pesquisa e pelo estudo do Biodireito e da Bioética.

Ao Professor Diaula Costa Ribeiro, que junto ao meu orientador e à professora Maria de Fátima Freire de Sá, compôs a Banca da defesa da minha dissertação, e contribuiu sobremaneira para o enriquecimento do trabalho.

No dia da defesa da minha dissertação conheci o verdadeiro sentido da palavra generosidade, que me foi apresentado pelo Professor Nelson Rosenvald. A ele devo este livro e todas as suas edições.

Aos professores Dirceu Bartolomeu Greco e Unai Tupinambás, pelas profícuas discussões no doutorado, que me fizeram amadurecer no tema.

Aos professores José Eduardo Siqueira, Maria Elza Mello, Reinaldo Ayer de Oliveira e Pe. Leo Pessini, pelas críticas construtivas na minha banca de doutorado. Sou uma pesquisadora melhor depois delas.

Dizem que Deus coloca anjos em nossa vida. Na esfera profissional, meu anjo se chama Ana Carolina Brochado Teixeira. A ela devo a escolha do tema, a paixão pela advocacia e pela produção acadêmica.

À Cláudia Burlá, Maria Goretti Maciel, Ana Fernandes e Cristiana Savoi, médicas que, na vivência diária com o fim da vida, trouxeram novas reflexões para meus estudos – e para minha vida.

À Bruna de Cássia Ferreira Gomes, minha estagiária e parceira da Bioética e na advocacia, pela cuidadosa revisão do texto.

À minha madrinha de batismo, Anelise Pulshen, e à minha madrinha do coração, Juliana Barros Carneiro, pelas indispensáveis informações e ponderações médicas.

No campo pessoal, os quatro pontos da minha bússola são formados por meus irmãos, Lucas e Mateus, minha irmã de alma, Kika, e minhas amigas de vida inteira Mariana e Raquel. A vocês agradeço, sempre, o apoio e o incentivo.

“não tenho medo da morte
mas medo de morrer, sim
a morte e depois de mim
mas quem vai morrer sou eu
o derradeiro ato meu
e eu terei de estar presente
assim como um presidente
dando posse ao sucessor
terei que morrer vivendo
sabendo que já me vou” (*Gilberto Gil*)

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	V
NOTA DA AUTORA.....	XIII
PREFÁCIO À 4ª EDIÇÃO.....	XV
PREFÁCIO À 3ª EDIÇÃO.....	XVII
PREFÁCIO À 2ª EDIÇÃO.....	XXI
PREFÁCIO À 1ª EDIÇÃO.....	XXV
INTRODUÇÃO.....	1
1 – AUTONOMIA DO PACIENTE NAS SITUAÇÕES DE FIM DA VIDA	5
1.1.Evolução da autonomia no ordenamento jurídico brasileiro.....	5
1.2.Aplicação do princípio da autonomia privada no ordenamento jurídico brasileiro.....	11
1.3.Exercício da autonomia por pacientes no contexto da relação médico paciente	14
1.3.1. Do consentimento informado ao consentimento livre e esclarecido	16
1.3.2. O consentimento livre e esclarecido na relação médico-paciente.....	19
1.3.3. O consentimento livre e esclarecido na perspectiva do CFM.....	21
1.4.Autonomia para consentir	26
2 – AUTONOMIA DO PACIENTE EM FIM DE VIDA	29
2.1.Direito de morrer	29
2.2.Cuidados paliativos e obstinação terapêutica	35
2.3.Nutrição e hidratação artificial	39
2.4.Sedação paliativa	40
2.5.Extubação paliativa	41

3 – TOMADA DE DECISÃO EM FIM DE VIDA.....	43
3.1. Critérios de autonomia para tomada de decisão nos cuidados de saúde trazidos por Beauchamps e Childress.....	43
3.2. Diretivas antecipadas de vontade	44
3.2.1. Mandato duradouro.....	45
3.2.2. Testamento vital.....	48
3.2.3. Quando o testamento vital produz efeitos?.....	52
3.2.3.1. Doença terminal	52
3.2.3.2. Estado vegetativo persistente	53
3.2.3.3. Demência avançada.....	55
4 – O TESTAMENTO VITAL NA EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA.....	57
4.1. A experiência norte-americana.....	57
4.2. A experiência sul-australiana.....	62
4.3. A experiência europeia	64
4.3.1. Artigo 9º da Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina	64
4.3.2. Espanha.....	66
4.3.3. Portugal	71
4.3.4. França	73
4.3.5. Itália.....	75
4.4. O testamento vital na América Latina	79
4.4.1. Argentina.....	80
4.4.2. Uruguai	86
5 – A VALIDADE DA TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	89
5.1. Resolução n. 1.805 do CFM.....	89
5.2. Resolução n. 1.995 do CFM.....	93
5.3. Apelação Cível n. 70054988266 TJRS	98
5.4. Enunciado n. 37 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça	100
5.5. A inexistência de regras impede a validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro?.....	101
5.6. O conteúdo do testamento vital válido no Brasil	102
5.7. Proposições acerca do testamento vital válida no Brasil	104

5.7.1. Forma	104
5.7.2. Discernimento	105
5.7.3. Prazo de validade	107
5.7.4. Eficácia.....	107
5.8.Uma proposta legislativa	108
5.9.Um modelo em permanente construção: as linhas mestras das DAV	110
5.10.Mandato duradouro.....	112
CONSIDERAÇÕES FINAIS	113
REFERÊNCIAS.....	115
APÊNDICE A – MODELO DE TESTAMENTO VITAL TESTAMENTO VITAL	133
APÊNDICE B – MODELO DE MANDATO DURADOURO MANDATO DURADOURO	136
ANEXO A – MODELO PORTUGUÊS (RENTEV)	139
ANEXO B – MODELOS FRANCESES	143

NOTA DA AUTORA

Agora em 2018 faz dez anos que comecei a pesquisar sobre testamento vital. Confesso que nem nos meus melhores sonhos eu imaginava que um dia chegaria à incrível marca de dez anos pesquisando um assunto. E a verdade é que a cada dia descubro que ainda tenho muito o que pesquisar, pois estamos diante de um tema bioético que desperta inúmeros dilemas.

Em contrapartida, desde então tivemos grandes avanços na legalização do testamento vital – e também das diretivas antecipadas de vontade – ao redor do mundo. Bem como o aprofundamento de discussões referentes aos Cuidados Paliativos e aos limites da autonomia do indivíduo.

Nessa nova edição fiz as maiores adaptações nessa obra desde o lançamento em 2010. Alterei a ordem de alguns capítulos, aprofundei algumas discussões, incorporei novas perspectivas e novos dilemas, mas a essência continua a mesma: trata-se de um livro sobre o testamento vital em todas as suas nuances, fincado em uma forte base argumentativa-filosófica e apoiado em uma vasta – e inesgotável – pesquisa bibliográfica.

Apresento assim, a todos os leitores a quarta edição do livro “Testamento Vital”, obra que surgiu da minha dissertação de mestrado e que, ao longo do tempo, foi sendo adaptada, mas que ainda carece do último capítulo, ainda não escrito: a implementação do testamento vital no Brasil, alicerçada em uma lei brasileira sobre o tem. E o que eu espero, profundamente, é que a próxima edição tenha esse novo capítulo. É chegada a hora de sairmos da teoria e passarmos para a prática. Nossa população merece a regulamentação do direito a fazer um testamento vital.

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2018.

LUCIANA DADALTO

Doutora em Ciências da Saúde pela faculdade de Medicina da UFMG.
Mestre em Direito Privado pela PUCMinas. Sócia da Luciana Dadalto
Sociedade de Advogados – Direito da Saúde. Administradora do portal
www.testamento.vital.com.br

PREFÁCIO À 4ª EDIÇÃO

Corre o mês de março, hemisfério sul e hemisfério norte encontram-se neste equinócio – para uns a primavera, para outros o outono. Em todo o caso, um ponto de equilíbrio perfeito em que a luz do dia corresponde na exata medida à sombra da noite. Neste encontro está também um diálogo de culturas bioéticas e jurídicas de mútua aprendizagem e reflexão. Se os dilacerantes temas do fim de vida aparentemente tiveram os seus primeiros impulsos a norte – seja no movimento de “morte com dignidade” da Califórnia, estado pioneiro da lei do testamento vital (1976), e que em 2015 aceitou o suicídio assistido, a verdade é que já em 1934 a jurisprudência penal do Uruguai introduziu a figura do “homicídio piedoso”, o que colocou este país, definitivamente, no mapa da compreensão pluralista do fim de vida no direito biomédico.

No trabalho de Luciana Dadalto encontramos essa pesquisa aturada de tom universalista e um empenho no debate lúcido destes temas sempre controversos e renovadamente dialéticos. Se no início deste século, no Brasil como em Portugal, parecia utópico ou extravagante reconhecer a autonomia lá onde a pessoa já não podia comunicar, chegamos a 2018 com uma afirmação clara e quase unânime de que a pessoa livre, adulta, consciente e informada pode escrever o seu testamento vital e/ou designar o seu procurador de cuidados de saúde.

Este *consentimento informado antecipado*, como lhe chama o fundador do Centro de Direito Biomédico, Guilherme de Oliveira – representa uma afirmação da cidadania numa sociedade medicalizada. Perante a ameaça de um totalitário “biopoder”, só um grito da liberdade pode garantir a dignidade da pessoa humana – alfa e ómega de todo o sistema jurídico.

ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA

PREFÁCIO À 3ª EDIÇÃO

No auge dos seus 87 anos, o Sr. Antônio, que já acumulava a falência do seu sistema urinário e dependia de hemodiálise, descobriu-se portador de um câncer no estômago, que dificultava a sua alimentação. Duas filhas cuidadoras o protegiam do nome de sua doença. Mas, ele sabia muito bem que tinha uma ferida no estômago que estava crescendo, que não tinha tratamento e nem cirurgia para se livrar dela e que certamente aquele seria o fim da sua vida.

Seu Antônio comparece alinhado nas consultas, andando com ajuda de uma bengala, sempre sorridente e calmo. Completamente lúcido. O primeiro desafio era conversar com ele sobre a sua vontade na condução do final da sua vida, sem ferir o jogo do “faz de conta que eu não sei” que ele mesmo orquestrava, posto que não fazia perguntas e não demonstrava interesse em saber além do que sabia muito bem. Estava satisfeito com a sua vida. Numa das consultas a oportunidade surgiu (como sempre acontece) no acaso de um comentário dele sobre estar cansado e pouco satisfeito com as limitações da sua alimentação, que precisava ser processada.

Um paliativista não perde a chance. Perguntei-lhe sobre como ele gostaria de ser tratado no caso de sua doença o impedir de comer. A resposta veio imediata, fruto de quem já refletira bastante sobre o assunto: “Daí... só a morte. Já estou dando hora extra, minha doutora. Não quero que me passem sondas.” Nova pergunta: E quanto a procedimentos mais invasivos como UTI, aparelho para respirar, diálises mais constantes? “Por favor... não desejo nada disso. Quero sair em paz desta vida”.

Na prática e na vida real, é desta forma que os doentes constroem o registro dos seus desejos. Conversando, sendo acolhidos, sentindo-se seguros e confiantes em alguém que vai ser o guardião de sua vontade, porque vai ter oportunidade de acompanhá-lo no final de sua vida. Anotação registrada no prontuário da forma como ele falou, sinalizada para facilitar a leitura, filhas alertadas. Tudo o que poderia ser feito naquele momento e que tem validade segundo a resolução 1995/12 do Conselho Federal de medicina – CFM.

Ainda assim, há sempre um grande risco do Seu Antônio chegar a um Pronto Socorro e ser invadido por procedimentos que já havia escolhido evitar.

O grande desafio da Diretiva Antecipada da Vontade de um doente está acima da lei, do respeito do médico assistente, da aceitação da família. Fico imaginando como seria, depois de uma consulta empática e acolhedora e que lhe arrancou a confissão de uma decisão, ter que enviar este senhor a um estranho notorial e solicitar, nos termos legais, que se diga sabedor de um câncer terminal, de uma insuficiência renal terminal e com o desejo de não prolongar sua vida diante de um agravo que o levaria

à morte. Foi o que ele disse, na singeleza de suas palavras. Mas, dizer o mesmo com termos mais técnicos e formais teria para ele algum impacto negativo? Difícil avaliar.

Porém, o registro em prontuário é suficiente? Outros profissionais vão respeitar a vontade deste senhor? Ele manifestará o mesmo desejo se um dia acontecer de não conseguir se alimentar e ainda se sentir forte o bastante para viver?

Acontece que histórias como a do Seu Antônio são o cotidiano de médicos que ao menos já se habituaram a conversar francamente sobre a possibilidade da morte, a piora da doença e as diferentes formas de tratar da vida em seu final. Porém, para as especialidades médicas mais tradicionais que a medicina Paliativa, esta conversa ainda representa um imenso tabu.

E se não há esta conversa, como respeitar a vontade do doente na fase final da vida? Ou mesmo no curso da doença e do tratamento?

São questões, ao meu ver, ainda sem respostas absolutas. E que me dão a certeza cotidiana de que temos um longo caminho a trilhar. Porque entre o direito à autonomia e as diferentes maneiras de um ser humano encarar sua doença e a possibilidade de sua morte existe uma infinidade de detalhes e de modos diferentes de ser e viver. E que nunca se esgotarão numa norma.

Exige uma nova formação dos profissionais da medicina. Exige mudanças de atitude, de condicionamentos muito antigos como o paternalismo e o poder médico. Pensar em saídas conjuntas, criativas e adaptadas a cada um exige também uma condição diferenciada de trabalho. E muitas parcerias dentro do conjunto de prestadores da atenção à saúde.

Muito além do âmbito da saúde entendida em *stricto sensu*, decidir sobre sua vida exige informação sobre este direito. Canais de comunicação devem estar sempre alertas e dispostos a levar esta mensagem à sociedade. Profissionais do direito muito bem informados, não apenas das possibilidades frias da lei, mas do que se passa no âmbito do relacionamento entre profissionais de saúde e doentes e seus familiares. Do quanto dói a alguém expressar desejos relativos ao final de sua vida. Assim como da atribuição de cada elo na cadeia da assistência à saúde.

No limiar de uma doença avançada, terminal, nenhuma pessoa precisa ser condenada a viver seus dias em um hospital. Por outro lado, o desejo da morte em casa precisa ter por detrás a garantia da assistência adequada à prevenção e alívio de eventuais sofrimentos.

E se o doente deseja e clama por tratamentos prolongados, caros, que sabidamente não lhe trará o benefício esperado? E se isto estiver registrado em cartório como a vontade expressa do doente? Pode o profissional executar o procedimento? Até quando?

Livros como o da Luciana Dadalto, que abrem o diálogo possível entre o direito e o saber médico, são absolutamente necessários. Os problemas do adoecimento, da

morte e do morrer são por demais complexos e não se esgotam em nenhuma área de conhecimento.

A cada doente, um leque de possibilidades de diálogo, de diferentes caminhos que podem ser escolhidos, de interferências que podem estar além da vontade como a estrutura da rede de saúde, da família e de todos os profissionais envolvidos na condução de um caso clínico.

É necessário pensar em saídas possíveis, na garantia dos direitos do doente, em como tornar pública a vontade do doente ao mesmo tempo preservando-lhe a confidencialidade e a singularidade da comunicação possível.

De carreira brilhante e muito a contribuir a este debate, Luciana desponta com uma impressionante curiosidade e abertura ao diálogo, à troca necessária de conhecimentos e, sobretudo, ao bem de pessoas doentes ou não, que precisam ser vistas como detentoras do direito a se manifestarem sobre suas vidas, sua doença e sua morte.

Oxalá Luciana contamine a muitos.

São Paulo, agosto de 2014.

MARIA GORETTI SALES MACIEL

Médica de Família com atuação em Cuidados Paliativos desde 2000 no Hospital do Servidor Público Estadual de São Paulo, onde dirige o Serviço de Cuidados Paliativos. Diretora do instituto Paliar. Presidente da Academia Nacional de Cuidados Paliativos. Membro da Câmara Técnica sobre Terminalidade da Vida e Cuidados Paliativos do CFM. Doutoranda em Bioética pelo Centro Universitário São Camilo.

PREFÁCIO À 2ª EDIÇÃO

A Declaração Prévia de Vontade para o fim da vida é hoje uma realidade discutida no âmbito jurídico e das ciências da saúde. A aprovação da Resolução 1.995 do Conselho Federal de Medicina em agosto de 2012 colocou em debate na sociedade a possibilidade da própria pessoa, detentora de autonomia e consciência, fazer as escolhas sobre o próprio destino, caso ocorram situações de doença nas quais ela não mais tem condições de optar. Logo, o que está subjacente à validade de tal documento é a amplitude da autonomia privada e a validade de sua projeção para o futuro, principalmente em se tratando de escolhas de grande relevância para o ser humano.

Essa possibilidade de escolha está inserida em um espaço exclusivo para decisões pessoais, tutelado pela Constituição Federal, imune a interferências externas normatizadas. Autonomia consiste no autogoverno, em manifestação da subjetividade, em elaborar as leis que guiarão a sua vida e que coexistirão com as normas externas ditadas pelo Estado. Significa o reconhecimento da livre decisão individual, racional e não coagida, sobre seus próprios interesses sempre que não afete terceiros. Ela é possível na contemporaneidade porque “o sujeito moderno é concebido enquanto ser que se autodetermina, que decide livremente sobre a sua vida, com vistas ao autodesenvolvimento da personalidade, já que este possui capacidade de dominar a si e à natureza através da razão”.¹

Atualmente, no Estado Democrático de Direito brasileiro, a Constituição Federal previu um catálogo aberto de direitos fundamentais para que todos possam, de forma livre, exercê-los. Trata-se de possibilidades atribuídas a cada indivíduo, para que ele escolha a melhor forma de se realizar, por meio do viés existencial da autonomia privada. No âmbito dos direitos fundamentais, pode a pessoa agir de acordo com o que entende ser melhor para si, principalmente no que tange às decisões referentes a si mesma, ao seu corpo, à sua individualidade, desde que sua ação seja responsável, que tenha plenas informações sobre os efeitos dos seus atos.

Em questões de maior intimidade, o fio norteador exclusivo deve ser a autonomia privada, pois a vontade individual é a única legítima a guiar tais decisões, não a imposição do Estado ou de terceiros. Conforme afirma Stefano Rodotà,² trata-se de um espaço *indecidibile per il legislatore*, ou seja, um espaço no qual a decisão da

1. FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade. Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 8, n. 31, 2005, p. 62.

2. RODOTÀ, Stefano. Politici, liberateci dalla vostra coscienza. Disponível em: <http://daleggere.wordpress.com/2008/01/13/stefano-rodota-%C2%ABpolitici-liberateci-dalla-vostra-coscienza%C2%BB/>. Acesso em: 20.3.13.

pessoa é a única verdadeiramente legítima, quando estiver em jogo questões afetas à sua personalidade. É um espaço delimitado pelo constituinte e, dentro desse limite, o Estado autorizou *apenas* a ação do particular, o que exclui médicos, familiares etc.

Afirma ainda o autor italiano que a liberdade de consciência da pessoa sempre deve ser considerada, em matérias “eticamente sensíveis” e que se referem a decisões individuais, referentes a ela mesma. Por isso, decisões de foro íntimo, de repercussão apenas na esfera pessoal, não podem ser tomadas de antemão por um terceiro, mesmo que seja o legislador, uma vez que a Constituição Federal qualificou como direitos fundamentais liberdade (art. 5º, *caput*), intimidade e privacidade (art. 5º, X). Desta forma, as decisões que envolvam circunstâncias que se refiram ao próprio corpo também estão no âmbito desta esfera de intimidade e de liberdade, pois dizem respeito à essencialidade da própria existência da pessoa humana, o que denominamos cerne da pessoalidade. Tais situações são inerentes ao moderno conceito de privacidade, que se perfaz no controle das informações sobre si mesmo e, principalmente, de construção da vida privada, que se faz, juridicamente, pelo livre desenvolvimento da personalidade.³

Diante dessa premissa, autonomia se constrói por meio da privacidade, pois nesse espaço para a vida privada que o legislador constituinte reservou para a pessoa existe legitimidade constitucional apenas para ações autônomas, já que este é o ambiente propício para a realização dos direitos de personalidade de forma coerente com o estilo de vida eleito por determinado indivíduo. Isso porque a tutela constitucional da privacidade e da intimidade em termos de inviolabilidade significa que o espaço da construção da vida privada do indivíduo pertence apenas a ele mesmo, sendo inviolável perante terceiros que “queiram determinar, em seu lugar, os destinos e as opções que digam respeito à sua intimidade e à sua vida privada. Assim, através da noção de inviolabilidade, a Constituição reafirma, mais uma vez, que somente a pessoa tem o poder de autodeterminar-se no que se refere à sua vida privada.”⁴

Esse é o pano de fundo que nos autoriza afirmar a existência da autonomia corporal. O que se pode fazer no interior deste espaço pessoal é uma decisão que compete apenas à própria pessoa. Permissões ou proibições normativas estão vedadas, por se tratar de manifestações heterônomas, que se tornam ilegítimas perante a tutela da pessoa humana e de seus direitos fundamentais, que devem ser exercidos como expressão de liberdade do seu titular, sem imposições culturais ou normativas, sob pena de flagrante desrespeito à concepção de vida boa adotada por cada um. Isso não significa que não haja ingerências externas que influenciam no conceito individual de autonomia, já que essa noção é construída nos espaços compartilhados de intersubjetividade.

3. Sobre o tema, seja consentido remeter ao nosso Saúde, corpo e autonomia privada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

4. BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Parecer sobre o alegado comprometimento da liberdade individual dos fumantes em virtude de dependência causada pelo consumo de cigarros e a eventual responsabilidade civil decorrente*. Rio de Janeiro, 2007, p. 15, mimeo.

Dessa forma, existe um núcleo vinculado a questões existenciais que concerne à própria pessoa, principalmente quando esta decisão interfere apenas em sua própria esfera jurídica existencial, sem se referir a terceiros. A construção autônoma dessas escolhas é que acarreta legitimidade das mesmas, pois em matéria de tanta intimidade e de construção da vida privada, não é possível conceber-se imposições heterônomas, mesmo que essas venham do Estado ou do legislador. A imposição autoritária nesse espaço individual nega de forma veemente a autonomia e a responsabilidade individuais. Por isso, não é o médico, os familiares ou o legislador quem devem indicar como a experiência do morrer deve ser experienciada por cada pessoa... é ela própria, na maior medida possível, quem deve fazer escolhas sobre esse momento de despedida.

Tendo a autonomia como pano de fundo, a Prof^ª. Luciana Dadalto desenvolve de forma coerente argumentos justificadores da validade das Declarações Prévias de vontade para o fim da vida – DAV no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, parte do desenvolvimento da autonomia de pacientes no final da vida em “situações limite”, que pode ser expressa por meio do consentimento livre e esclarecido, no âmbito da relação médico/paciente. É nesse contexto, somado à experiência estrangeira que também foi objeto da pesquisa, que a autora dessa obra que se apresenta ao público em sua segunda edição defende a validade da projeção futura da autonomia privada para opções do fim da vida, em caso de impossibilidade da tomada de decisões naquele momento.

Bem desenvolvidas as premissas, é no capítulo 5 que a obra tem o seu auge, na medida em que, de forma corajosa, a autora defende, objetivamente e independente de iniciativa legislativa, a validade das Declarações Prévias de Vontade para o fim da vida. No âmbito médico, tal fato já é uma realidade, na medida em que a Resolução 1.995 do CFM autoriza e valoriza a manifestação de vontade do paciente. Com base nessa orientação das Ciências da Saúde atrelada à concepção de autonomia, a Prof^ª. Luciana sugere uma delimitação do conteúdo aceitável das DAVs no Brasil, tomando como referência os ordenamentos estrangeiros, no que se refere às disposições de recusa e/ou aceitação de tratamentos que prolonguem a vida artificialmente, doação de órgãos e a nomeação de um representante.

Demonstrando seu cuidado com o tema e, ao mesmo tempo, a profundidade da pesquisa desenvolvida, a Prof^ª. Luciana Dadalto estrutura um projeto de lei, a fim de pacificar quaisquer dúvidas que poderiam surgir a respeito da viabilidade do instituto das DAVs no ordenamento jurídico brasileiro, o que se justifica em face da nossa herança positivista. Além disso, também propõe as linhas mestras para um modelo de DAV, que possa abarcar de forma mais ampla possível os desejos autônomos sobre o próprio corpo projetados para o futuro, que desejos e valores do paciente, decisões sobre o fim da vida, outras disposições sobre esse momento, diretrizes para a equipe médica e revogação do documento.

Logo, a autora defende a possibilidade da própria pessoa definir como será o final da sua vida caso esteja gravemente doente e sem condições de manifestar escolhas, de forma condizente com as próprias concepções, pois se configuraria ilegítima a decisão de um terceiro sobre aspectos atinentes à identidade que singulariza cada pessoa humana, já que violaria o comando normativo do respeito à pessoa humana, intrínseco à dignidade. Logo, a dignidade – conceito intimamente relacionado com a autonomia – tem como função limitar a atuação do legislador, do juiz, do médico, da família e de outras entidades intermediárias em situações existenciais, para que seja garantido tal espaço único de decisão pessoal, principalmente quando afetas à própria saúde. Afinal, o princípio moderno da dignidade exige que todos os indivíduos sejam igualmente respeitados em suas liberdades, para que possam, autonomamente, construir-se a si mesmos, a agir segundo seus próprios valores. Isso significa que uma vez existente uma DAV, é ela que deverá conduzir o tratamento – ou a ausência deste – bem como o destino da pessoa no momento do morrer.

Em face da delicadeza e importância do tema, é louvável o esforço da autora em se embrenhar em seara de notório interesse social, principalmente em virtude do envelhecimento da população e do proliferamento de doenças tidas como incuráveis. Prova disso foi o término acelerado da primeira edição desse livro, que demonstra a relevância do conteúdo aqui tratado.

A obra é fruto das reflexões feitas quando da dissertação de mestrado da autora, que não se deu por satisfeita com a pesquisa concluída à época, vez que a Prof^a. Luciana continua a estudá-lo, agora no âmbito do seu doutorado na Faculdade de Medicina da UFMG. Estou certa que ainda teremos outros desdobramentos deste estudo, para que comunidades jurídica e médica possam desenvolver ainda mais o debate sobre o assunto.

Fico orgulhosa por ter acompanhado o expressivo desenvolvimento profissional da autora, principalmente no âmbito acadêmico, que jamais se contentou com respostas simplistas às suas mais variadas questões de interface entre Direito e Medicina. Foi essa curiosidade e o instinto de pesquisadora – iniciado no ambiente familiar e incentivado pelos seus pais – que têm motivado a Prof^a. Luciana a galgar novos passos, cujo objetivo primordial é contribuir para uma realidade mais inclusiva e humanitária em situações tão difíceis e delicadas, inerentes à nossa finitude.

Belo Horizonte, março de 2013.

ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA

Doutora em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Pesquisadora do Centro de Estudos em Biodireito – CEBID. Professora de Direito Civil. Advogada.

PREFÁCIO À 1ª EDIÇÃO

“O homem inventou as eternidades e o futuro para escapar da morte, porém cada um destes inventos foi uma armadilha mortal. O agora nos concilia com nossa realidade: somos mortais. Só diante da morte nossa vida é realmente vida. No agora nossa morte não está separada de nossa vida: são a mesma realidade, o mesmo fruto”. Paulo Mendes Campos não foi um poeta fúnebre ou mórbido, tal como Augusto dos Anjos, mas foi um daqueles que na literatura questionou quando a vida deixa de ser vida e passa a ser outra coisa.

A terminalidade da vida sempre foi tratada pelo direito privado em seu enfoque patrimonial na lógica do indivíduo abstraído como polo de relações jurídicas. A preocupação do ordenamento jurídico com a pessoa humana “moribunda” se limitava à descrição de regras que lhe garantissem a elaboração de um negócio jurídico unilateral e solene, o testamento. Criam-se, assim, as condições necessárias para a tranquila transmissão de bens e direitos para herdeiros e legatários.

Em seu debut literário, a Professora e Mestre em Direito Civil Luciana Dadalto enfoca a terminalidade da vida sobre um outro viés. O ser humano, sujeito de situações existenciais, exercita a sua liberdade para praticar um ato de declaração prévia de vontade, no qual manifesta diretivas antecipadas sobre os tratamentos a que deseja ser submetido caso seja portador de uma doença terminal e não possua nesse instante a consciência para exercitar um ato de autonomia.

A nomenclatura living will surge nos Estados Unidos, sendo adotada em diversas legislações, ora como testamento vital ou como testamento biológico. No Brasil não há legislação ferindo a temática, daí a essencialidade e o pioneirismo deste trabalho, cujo mérito é discutir sobre a vida e a morte a luz da ética, em termos de persuasão, adotando-se a retórica como forma de exortação do direito à diferença em uma sociedade plural e democrática, considerando-se cada pessoa em sua concretude, na plenitude do exercício do consentimento em consonância aos seus projetos de vida. Esta é a premissa de um ordenamento jurídico comprometido com a dignidade da pessoa humana.

A autora inicia os seus estudos abordando a autonomia privada nas situações de terminalidade da vida. Adotando a concepção de Dworkin do Direito como Integridade, demarca a existência de limites ao poder de autodeterminação para a emissão da declaração prévia de vontade do paciente terminal, sobremaneira a sua conformação à ordem pública e, em uma perspectiva Habermasiana, à intersubjetividade, manifestada em ação comunicativa através do consentimento informado.

Para tanto, crucial é a distinção entre os modelos jurídicos da eutanásia – ativa e passiva, distanásia, suicídio assistido e ortotanásia. As diretivas antecipadas do paciente que venha a ser privado de potência guardam conexão com a prática da ortotanásia, método que privilegia a autonomia do paciente terminal e capaz, assegurando-lhe cuidados paliativos e a opção da dispensa de tratamentos fúteis e desproporcionais.

Verticalizando a temática da autonomia existencial às situações de risco médico e de terminalidade, a autora minudencia o consentimento informado na relação médico-paciente como processo de diálogo e colaboração, consubstanciado no esclarecimento para a tomada de livre decisão por parte do ser humano portador de discernimento. Em contrapartida, nas diretivas antecipadas – objeto central da obra – não há de se falar em aceitação a uma determinada proposição médica, erige-se um documento vazado em instruções acerca dos futuros cuidados médicos aceitos por uma pessoa incapaz de expressar sua vontade ao tempo da terminalidade. Recomenda-se a coexistência entre a declaração prévia de vontade do paciente terminal com a nomeação de um procurador de saúde, pela via de um mandato duradouro, a fim de que uma pessoa próxima ao paciente possa funcionar como decisor substituto em todas as situações em que aquele não tenha condições de consentir, mesmo que temporariamente. Valioso é o debate sobre o conteúdo da declaração prévia de vontade, distinguindo-se os tratamentos ordinários para amenizar o sofrimento, daqueles tidos como extraordinários e que remetem à distanásia.

Uma construção desbravadora invariavelmente demanda um olhar crítico sobre a experiência estrangeira no trato das diretivas antecipadas. Luciana Dadalto investiga a prática pioneira norte-americana bem como legislações e doutrina da Espanha, Itália, Portugal e Argentina.

A seguir a doutrinadora realiza valoroso exame sobre a validade da declaração prévia de vontade do paciente terminal no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira abordagem é centrada na avançada Resolução n. 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina, norma que defere ao médico a limitação consentida de tratamentos desproporcionais, preservados os cuidados paliativos. Não se olvida ainda de considerar o novo Código de Ética Médica, que defere ao médico a realização da ortotanásia, sendo esta a escolha de seu paciente. Por fim, a autora evidencia com êxito a desnecessidade de norma específica para a validação e eficacização da declaração prévia de vontade do paciente terminal em nosso sistema jurídico. Os princípios da dignidade da pessoa humana e a proibição de tratamento desumano são arcabouços suficientes para a legitimação desta modalidade de diretrizes antecipadas.

A nota de operabilidade surge na parte derradeira do trabalho, momento em que é sugerida uma norma específica sobre o tema. Investe-se aqui no conteúdo e na forma de um projeto de lei para instituir as Diretivas Antecipadas no Brasil, restringindo-se o documento as disposições concernentes à recusa de tratamentos fúteis por parte de pessoa portadora de discernimento – sem prazo de validade –, lavrado por escritura

pública em Cartório de Notas, com a criação de um banco nacional de declarações de vontade de pacientes terminais, tendo como marco de eficácia a inscrição da declaração prévia no prontuário médico do paciente.

A grande contribuição da obra Testamento vital consiste na desmistificação do excesso terapêutico e na afirmação da autonomia existencial do ser humano para eleger, dentre os seus projetos de vida, o desejo de que a natureza possa agir naquilo que a medicina não possa remediar. Em sua obra “Domínio da vida”, Ronald Dworkin diferencia o dogma da santidade (intocabilidade) da vida, da sacralidade da vida, como princípio laico que assegura o valor moral da existência humana. “A maioria das pessoas trata a vida como uma responsabilidade sagrada, e essa responsabilidade parece mais intensa quando elas refletem sobre a morte, tanto a sua própria quanto a dos outros. Os que desejam uma morte prematura e serena para si mesmos ou para seus parentes não estão rejeitando ou denegrindo a santidade da vida; ao contrário, acreditam que uma morte mais rápida demonstra mais respeito para com a vida do que uma morte protelada”.

A obra está lançada, indubitavelmente, uma bela contribuição da jovem autora Luciana Dadalto e da Editora em prol do elevado debate acadêmico.

Belo Horizonte, Janeiro de 2010

NELSON ROSENVALD

Doutor e Mestre em Direito Civil – PUC/SP. Professor de Direito Civil do Curso Praetorium. Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais.

INTRODUÇÃO

O presente estudo caracteriza-se metodologicamente como uma pesquisa bibliográfica, realizada na literatura médica e jurídica, nacional e internacional, a fim de verificar a validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, sob uma perspectiva principiológica.

A relevância do tema resta comprovada na análise detida do rápido desenvolvimento médico-científico pelo que a sociedade mundial tem passado nas últimas décadas. Se outrora, a morte era encarada como um processo natural, atualmente, este processo – ainda que natural – é tido como uma derrota, um acontecimento que demonstra a fragilidade da Medicina e a fraqueza dos médicos.

Em razão dessa mudança de perspectiva, o Direito tem-se defrontado, quotidianamente, com questionamentos acerca dos direitos dos pacientes, especialmente dos pacientes em fim da vida. De tais, emerge o “direito de morrer”, direito que ampara os defensores da eutanásia, do suicídio assistido, e de demais institutos que visam garantir o direito do paciente em fim da vida a morrer com dignidade, como as diretivas antecipadas.

Assim, as diretivas antecipadas são 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 esteja em fim da vida. Ao longo das edições anteriores, optou-se por substituir esse termo por Declaração Prévia de Vontade do Paciente Terminal, na primeira edição, e Declaração Prévia de Vontade para o fim da vida, na segunda edição. Em realidade, essas escolhas são justificadas pela literalidade da tradução de “living will”, denominação primeva deste instituto, que surgiu no EUA, em 1967, presente também em outros idiomas: *testamentobiológico* (italiano), *testament de vie* (francês), *instrucciones previas* (espanhol) etc.

Na verdade, o estudo detalhado deste instituto provoca o questionamento da tradução literal de “living will”, pois o dicionário Oxford apresenta como traduções de *will* três substantivos, quais sejam, vontade, desejo e testamento. Por outro lado, a tradução de *living* pode ser o substantivo sustento, o adjetivo vivo ou o verbo vivendo. Assim, é possível perquirir se a tradução literal mais adequada seria “desejos de vida”, ou ainda “disposição de vontade de vida”, expressão que também designa testamento – vez que este nada mais é do que uma disposição de vontade. Posto isso, torna-se questionável se, originalmente, este instituto foi realmente equiparado a um testamento ou se tal confusão foi provocada por um erro de tradução para outro idioma, que foi perpetuado.

Entretanto, testamento vital não é a melhor denominação, vez que remete ao instituto do testamento, negócio jurídico unilateral de eficácia *causa mortis*, o que, de todo, não é adequado.

Em verdade, assemelha-se ao testamento, pois também é um negócio jurídico, unilateral, personalíssimo, gratuito e revogável, todavia, distancia-se deste em duas características essenciais do testamento, a produção de efeitos *post mortem* e a solenidade.

Assim, resta clara a inadequação da nomenclatura “testamento vital” para designar uma declaração de vontade de uma pessoa com discernimento acerca dos cuidados e tratamentos aos quais deseja ou não ser submetida quando estiver em estágio de fim da vida e impossibilitada de manifestar sua vontade.

Todavia, a crítica à nomenclatura, ao invés de fazer surgir um estudo para decidir qual o melhor nome para substituir *testamento vital*, acabou por tornar o testamento vital sinônimo de Diretivas Antecipadas de Vontade, caminho mais fácil para aqueles que desconheciam a origem e a história do instituto e queriam apenas, “resolver” o problema da nomenclatura.

Infelizmente, é comum hoje ler artigos científicos, artigos de opinião e decisões judiciais tratando os dois institutos como sinônimos. Assim, para evitar maiores confusões e reafirmar que testamento vital e diretivas antecipadas de vontade não são sinônimos, essa edição não trabalhará mais com os nomes outrora utilizados para substituir testamento vital.

Ultrapassada a questão terminológica, este trabalho, atento à escassez legal, doutrinária e jurisprudencial do tema no Brasil, pretende apresentar os fundamentos principiológicos, formais e materiais do testamento vital nos países em que este instituto já está regulamentado por lei, bem como em alguns países nos quais as discussões acerca da positivação deste já estejam avançadas, a fim de pormenorizar as questões afetas a este e verificar a aplicação do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, torna-se indispensável a análise da autonomia privada nas situações de fim da vida, bem como os estados clínicos que geram estas situações. Prioriza-se, nesta obra, a evolução da autonomia no ordenamento jurídico brasileiro com a finalidade de entender como se dá, atualmente, a aplicação desta no Brasil para, por fim, trabalhar a autonomia privada dos pacientes terminais, enfocando conceitos médicos e jurídicos, o que trará a este estudo o arcabouço teórico necessário para o entendimento da validade do testamento vital.

O segundo capítulo partirá da autonomia privada do paciente em fim da vida – cunhada no primeiro – para delinear como essa se manifesta no âmbito do consentimento livre e esclarecido e das diretivas antecipadas. Na primeira parte, analisar-se-á como se dá a relação médico-paciente e os deveres que advêm desta, pesquisar-se-á como o Conselho Federal de Medicina (CFM) tem trabalhado o consentimento livre

e esclarecido e a utilização deste instituto como protetor da autonomia do paciente. Na segunda, verificar-se-á a diferença entre consentimento livre e esclarecido e diretivas antecipadas e analisar-se-ão as modalidades de diretivas antecipadas – mandato duradouro e testamento vital –, a fim de verificar como se dá o exercício da autonomia privada do paciente terminal.

No terceiro capítulo, será apresentada a experiência estrangeira, no que tange ao testamento vital. Para tanto, analisar-se-ão a legislação, a doutrina e a jurisprudência dos EUA, da Austrália do Sul, da Espanha, de Portugal, da Itália e da Argentina, bem como a Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, com o escopo de fornecer subsídios para a análise da validade do testamento vital no Brasil.

Por fim, o quarto e último capítulo partirá das premissas estabelecidas nos capítulos anteriores com o intuito de alcançar o objetivo geral deste estudo, qual seja, verificar a validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste ponto, discutir-se-á as Resoluções do CFM n. 1.805 e 1.995 e suas implicações na garantia da autonomia dos pacientes em fim de vida, bem como a validação do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, sem olvidar das situações médicas que envolvem a temática. Posto isso, verificar-se-á se a ausência de norma específica no Brasil impede a validade do testamento vital neste país, e sob quais fundamentos normativos esse instituto poderia ser considerado válido. Com a finalidade de contribuir para o debate, apresentar-se-á, ao final, uma proposta legislativa sobre o tema e um modelo de testamento vital e do mandato duradouro.

Enfim, o que se propõe nesta pesquisa é uma análise apurada do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, por meio de uma interpretação crítica e construtiva deste instituto perante o atual complexo normativo brasileiro.

1

AUTONOMIA DO PACIENTE NAS SITUAÇÕES DE FIM DA VIDA

“Se qualquer um pode tirar a vida de um homem, mas ninguém pode lhe tirar a morte, porque todos os caminhos nos levam a ela, eis a pergunta a ser respondida: há um direito fundamental à imortalidade? Se a resposta for sim, devemos criar todos os mecanismos possíveis e impossíveis contra a morte. E os estamos criando. Se a resposta for não, devemos compreender a morte como a única certeza da consciência humana. Nesse caso, viver e morrer serão pedaços de uma mesma vida, um mesmo ser, uma mesma pessoa. Haveremos, pois, de respeitar o seu último direito: o direito à dignidade, à autonomia, à autodeterminação.”

Diaulas Costa Ribeiro

1.1. EVOLUÇÃO DA AUTONOMIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A origem etimológica da palavra autonomia é latina, *auto* – para si; *nomos* – norma. Ou seja, é a norma que o próprio indivíduo estabelece para si, razão pela qual a autonomia sempre esteve atrelada ao indivíduo. Contudo, o conceito de autonomia é fluido, se modifica com o passar do tempo e se molda a aspectos sociais, culturais e religiosos¹

Em verdade, autonomia não é um fenômeno eminentemente jurídico, mas sim uma característica do ser humano com repercussões jurídicas².

A fim de balizar essas repercussões, a autonomia é, historicamente, tratada como um princípio jurídico. No Estado Liberal, convencionou-se utilizar o termo *autonomia da vontade* para tratar da esfera jurídica de autonomia do indivíduo tendo em vista que preponderava a vontade do sujeito. Frise-se que esse modelo estatal “estabeleceu-se sobre a base da justiça formal, ou seja, estando formalmente garantida em lei, não importava ao Estado que, material ou concretamente, a justiça não

-
1. No Estado Liberal, modelo em que havia preponderância da vontade do indivíduo sobre o Estado, a autonomia era vista como autos-suficiência. No Estado Social a autonomia do indivíduo é, em parte, suprimida pelo Estado, que agora visa o “bem comum”. Por sua vez, no Estado Democrático de Direito, a autonomia do indivíduo passa a coexistir pacificamente com as funções estatais.
 2. A autonomia é um tema recorrente na filosofia, na psicologia, na sociologia e na antropologia, entre outras ciências. Recentemente, os estudos de neurociência têm questionado a existência da autonomia como nós, operadores do Direito, estudamos e defendemos. Daniel Eagleman afirma que “em nossa atual compreensão da ciência, não podemos encontrar o hiato físico em que se encaixa o livre arbítrio – o causador sem causa – porque não parece haver nenhuma parte da maquinaria que não siga uma relação causal com outras partes.” (EAGLEMAN, David. Incógnito: as vidas secretas do cérebro. Rio de Janeiro: Rocco, 2012, p.179).

existisse”³. A pouca interferência estatal favorecia a realização de negócios jurídicos entre particulares, de modo que estes eram livres para decidir o conteúdo destes negócios bem como os parceiros contratuais. Assim, o Estado não tinha como objetivo proteger os indivíduos, partia-se do pressuposto de que todos eram autônomos e tinham condições de se autorregular.

Entretanto, após a Primeira Guerra Mundial, com o aumento da industrialização, o Estado aumentou sua intervenção na esfera privada, objetivando a justiça material, de modo que essas relações começaram a ser regidas por princípios como a função social. Por esta razão, a autonomia da vontade começou a ser superada pela autonomia privada.

Na realidade, não há o abandono da autonomia da vontade, mas sim uma releitura desse princípio, em face das mudanças sociais ocorridas nos últimos séculos, que conduziram a uma modificação na análise dos principais institutos e princípios do Direito Civil⁴.

Quanto a essas duas vertentes da autonomia, Ferri⁵ afirma que a autonomia da vontade está ligada a uma vontade psicológica dos sujeitos, de modo que os adeptos dessa nomenclatura entendem que essa vontade é causa dos efeitos jurídicos, enquanto a autonomia privada está ligada com a manifestação de vontade objetiva, como fonte dos efeitos jurídicos.⁶ No Brasil, é esta também a opinião de Amaral⁷.

A autonomia tem por fundamento a liberdade do indivíduo, liberdade esta que se respalda “na garantia de uma formação abrangente da vontade e da opinião, processo no qual cidadãos livres e iguais chegam a um entendimento em que objetivos e normas se baseiam no igual interesse de todos”⁸.

3. FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Autonomia da Vontade e Autonomia Privada: uma distinção necessária. In: FIUZA, César; NAVES; Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire. *Direito Civil: Atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 57.
4. FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Autonomia da Vontade e Autonomia Privada: uma distinção necessária. In: FIUZA, César; NAVES; Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire. *Direito Civil: Atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 60-61.
5. FERRI, Luigi. *La Autonomía Privada*. Granada: Editora Comares, 2001.
6. Igualmente criticável me parece a opinião que prefere falar da autonomia da vontade melhor do que autonomia privada. As duas expressões poderiam parecer, à primeira vista, sinônimas, mas não o são. Quem fala de autonomia da vontade desconhece o problema da autonomia privada e dá relevo à vontade real ou psicológica do sujeito que, segundo esta opinião, é a raiz ou a causa dos efeitos jurídicos, em oposição a quem, pelo contrário, vê na declaração ou na manifestação da vontade, como feito objetivo, ou na lei, a fonte dos efeitos jurídicos. (FERRI, 2001, p. 5, tradução nossa). Texto Original: Igualmente criticable me parece la opinión que prefiere hablar de autonomía de la voluntad mejor que de autonomía privada. Las dos expresiones podrían parecer a primera vista sinónimas, pero no lo son. Quien hablan de autonomía de la voluntad en realidad desconocen el problema mismo de la autonomía privada y dan relieve a la voluntad real o psicológica de los sujetos que, según esta opinión, es la raíz o la cauda de los efectos jurídicos, en oposición a quien, por el contrario, ven más bien en la declaración o en la manifestación de voluntad, como hecho objetivo, o en la ley, la fuente de los efectos jurídicos.
7. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006
8. HABERMAS, Junger. *Três modelos normativos de democracia*. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, v. 3, jan-jun 1995,

Entretanto, deve-se verificar que este conceito se distancia do conceito trazido por Ferri⁹ e por Amaral¹⁰, vez que enquanto para estes autores o conceito de autonomia privada é permeado pelo aspecto econômico, a conformação do conceito habermasiano ao Estado Democrático de Direito impõe a verificação dos aspectos existenciais da autonomia, bem como a intersubjetividade, o exercício do discurso entre os sujeitos.¹¹

A despeito dessas discussões, fato é que a nomenclatura autonomia da vontade foi sendo substituída pela autonomia privada e, atualmente, sob a égide do Estado Democrático de Direito, esta encontra maior aceitação, razão pela qual é o termo utilizado nesta obra.

Mais importante do que essa dicotomia terminológica é a verificação de que o conceito de autonomia é vazio se não for lido e conformado com os conceitos de dignidade e de alteridade. No ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana foi alçada à condição de princípio fundamental da Constituição da República do Brasil.

O princípio da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõem a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual.¹²

Essa necessidade de ler a autonomia privada à luz da dignidade da pessoa humana é, em outras palavras, o entendimento de Habermas¹³ sobre a superação da dicotomia “autonomia pública” x “autonomia privada”, ou seja, a leitura de que autonomia pública e autonomia privada são princípios cooriginários, que se complementam e se interrelacionam de forma harmônica, não excludente.¹⁴ A autonomia privada está

9. Op. Cit.

10. Op. Cit.

11. Galuppo em um estudo sobre o Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas, afirma que para este autor a linguagem “é o mecanismo que assume, desde outras, a função de produzir a integração social”. Essa integração se dá por meio do agir comunicativo, ou seja, o ato em que uma pessoa procura convencer outra de suas pretensões, que, pode ser também denominado de discurso. Por isso, assume que no Estado Democrático de Direito a eficácia das normas jurídicas dependem do consenso, conseguido pelo agir comunicativo. GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.117.

12. FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem, versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 63.

13. HABERMAS, Junger. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 1, 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 113- 168.

14. A co-originariedade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo de autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. (Op. Cit., p. 139). Interessante notar que Barbosa afirma que, para Habermas, “autonomia privada e pública tornam-se lados de uma mesma moeda.” BARBOSA, Rogério Monteiro. *O poder familiar e a legitimidade da educação domiciliar: uma necessária releitura da autonomia privada no marco do estado democrático de direito*. 2008. 46 f. Projeto Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, p.35.

ligada ao agir individual e a autonomia pública relaciona-se com ações coordenadas por meio de leis coercitivas, que limitam este agir individual.

De um lado, o sistema de direito conduz ao arbítrio dos interesses dos sujeitos singulares que se orientam pelo sucesso para os trilhos de leis cogentes, que tornam compatíveis iguais liberdades subjetivas de ação; de outro lado, esse sistema mobiliza e reúne as liberdades comunicativas de civis, presumivelmente pelo bem comum, na prática da legislação¹⁵.

Habermas entende a autonomia privada como o poder do sujeito de direito de tomar suas decisões por uma ação comunicativa com outros sujeitos por meio do diálogo. Este autor trabalha com o conceito de liberdade comunicativa, que é a “possibilidade de tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas, que dependem de um reconhecimento intersubjetivo”¹⁶.

Posto isso, a autonomia deve ser entendida sob uma perspectiva dialógica, conformada pela dignidade da pessoa humana e, portanto, dirigida a aspectos públicos e privados, patrimoniais e existenciais. Razão pela qual Naves e Sá afirmam que “autonomia não é autossuficiência, mas relação com os outros e consigo mesmo”¹⁷.

Nota-se, assim, a necessidade de conformação da alteridade e da dignidade humana na autonomia. A alteridade¹⁸ está na intersubjetividade, no que Habermas nomeou de ação comunicativa; a dignidade, por sua vez, está na relação consigo mesmo.

Partindo desta concepção, é possível verificar o papel da Constituição no Estado Democrático de Direito, vez que, segundo Habermas¹⁹, os princípios do Estado Constitucional são concebidos como resposta à dúvida quanto à forma de institucionalização das “formas comunicativas de uma formação democrática da vontade e da opinião”. Assim, estes princípios devem orientar o exercício da autonomia privada do sujeito, o que reforça a necessidade de se coadunar o seu exercício com a dignidade da pessoa humana – princípio fundamental da Constituição da República do Brasil.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, instituiu no país o Estado Democrático de Direito, conforme o disposto no *caput* do artigo 1º:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como seus fundamentos: [...] ²⁰.

15. HABERMAS, Junger. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 1, 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 167.

16. Op. Cit, p. 155.

17. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Relação médico-paciente e responsabilidade civil do médico. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 87.

18. Acerca da alteridade recomenda-se a leitura de CAMPOS, Diogo Leite de. Nós. Estudos sobre os direitos das pessoas. Coimbra: Almedina, 2004.

19. HABERMAS, Junger. *Três modelos normativos de democracia*. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, v. 3, jan-jun 1995, p.107.

20. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 18 jan. 2018.

Dias assim conceitua este modelo:

[...] Tem-se, portanto, um Estado submetido às normas do direito e estruturado por leis, sobretudo a lei constitucional, um Estado no qual se estabeleça estreita conexão interna entre dois grandes princípios jurídicos, *democracia e Estado de Direito*, ou seja, um *Estado Constitucional Democrático*²¹.

Sinteticamente, é possível dizer que o Estado Democrático de Direito é marcado “pela articulação do poder político legitimado pelo povo com a limitação do poder estatal”²². Neste, o indivíduo torna-se partícipe da Constituição, que agora se volta à proteção de interesses coletivos e de liberdades individuais e, por consequência, do multiculturalismo,²³ garantindo a coexistência de diferentes projetos de vida nas sociedades plurais.²⁴

Sob esta perspectiva, os projetos individuais de vida, expressão da autonomia privada, não podem sobrepor-se aos dos demais indivíduos, razão pela qual Habermas afirma que:

Naturalmente, os projetos individuais de vida não se formam independentemente dos contextos partilhados intersubjetivamente. [...] num Estado constitucional democrático, a maioria não pode prescrever às minorias a própria forma de vida cultural – na medida em que estas se distanciam da cultura política comum do país – como uma suposta cultura de referência²⁵.

É possível verificar que a Constituição vigente representa um marco no trato normativo da autonomia privada no ordenamento jurídico brasileiro, vez que coexistem normas públicas e privadas, com a garantia de direitos individuais, como o direito à liberdade, e de direitos sociais, como o direito à saúde. Tepedino afirma que

[...] a interpenetração do direito público e do direito privado caracteriza a sociedade contemporânea, significando uma alteração profunda nas relações entre o cidadão e o Estado. [...] Daí a inevitável alteração dos confins entre direito público e direito privado, de tal sorte que a distinção

21. DIAS, Ronaldo Betas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pelo Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 99.

22. Op Cit., p.103.

23. A pluralidade das identidades sociais ou o multiculturalismo é um fenômeno típico da modernidade contemporânea e um dos mais importantes temas do debate político e jurídico atual. No seu sentido mais amplo, o multiculturalismo se expressa de várias formas: pela variedade de estilos de vida e de concepções do “bem viver”, pelas distintas opções sexuais, religiosas ou pela diversidade étnico-cultural. VILANI, Maria Cristina Seixas. *Cidadania moderna: fundamentos doutrinários e desdobramentos históricos*. *Cadernos de Ciências Sociais*, Belo Horizonte, v. 8, n. 11, dez. 2002, p.58.59.

24. Assim, Habermas afirma que “o direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e o transfere para as leis que garantam a compatibilidade das liberdades de ação”. Com isso ele quer dizer que é o direito que garante a integração social, em substituição à ‘moral universal’. HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p.103.

25. HABERMAS, Jünger. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.5.

deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado²⁶.

A coexistência entre esses direitos preserva a autorregulamentação do indivíduo, garantindo seus direitos fundamentais e protegendo os distintos projetos de vida de cada cidadão, proteção esta apenas efetivada quando observado o caráter relacional da autonomia, trabalhado por Naves²⁷.

Desse modo é que a Constituição deverá ser compreendida como a institucionalização de condições processuais para a formação da vontade e da opinião políticas como instância de reconhecimento reflexivo de espaços públicos e privados abertos à interpretação que, presente a tensão entre faticidade e validade, pretendem garantir o exercício das autonomias pública e privada dos co-associados jurídicos²⁸.

Posto isso, trabalhar-se-á nessa obra com o conceito de autonomia privada como sendo aquele que legitima a ação do indivíduo, conformada à ordem pública e permeada pela dignidade da pessoa humana e pela alteridade. Ou, em outras palavras, a autonomia privada como sendo aquela que garante que os indivíduos persigam seus interesses individuais, sem olvidar da intersubjetividade.²⁹ e da alteridade. Significa dizer que a autonomia privada não é o poder do indivíduo de fazer tudo o que quiser, não se traduz em uma ampla liberdade,³⁰ muito pelo contrário, significa que a autonomia privada garante ao indivíduo o direito de ter seu próprio conceito de “vida boa” e de agir buscando tal objetivo, direito este que encontra barreiras na alteridade, de modo que a autodeterminação do indivíduo deve ser balizada pelas relações interpessoais³¹ e tal balizamento é feito pelas normas jurídicas.

26. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 20.

27. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Relacionalidade e autonomia privada: o princípio da autonomia privada na Pós-Modernidade*. 2003. 138f. Dissertação (Mestrado) Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte.

28. OLIVEIRA, José Ricardo de. *Bioética e atenção ao paciente sem perspectiva terapêutica convencional: estudo sobre o morrer com dignidade*. 2007. 147f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Medicina, Belo Horizonte, p.117.

29. A autonomia deve ser compreendida, portanto, como de natureza social, e o indivíduo só pode apreender o seu significado a partir da interação social com os demais. A validação intersubjetiva é necessária para a realização da condição de autonomia. Em face disso, torna-se inadmissível a interpretação da autonomia no sentido de auto-suficiência, entendida esta como necessidade do indivíduo isolado e que se auto-satisfaz no isolamento. GUSTIN, Miracy B. S. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.32.

30. A autonomia privada não é só nem principalmente liberdade. Texto original: La autonomía privada no es solo ni principalmente libertad. FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Granada: Editora Comares, 2001.

31. Uma pessoa só é autônoma em relação ao outro justamente quando, através de formas discursivas, for capaz de justificar suas escolhas e decisões de ação perante o outro. Isso porque os indivíduos não nascem autônomos. [...] Ser autônomo é *saber* que se está agindo com um caráter autônomo em relação aos valores e regras do *outro*. Nesse sentido, entende-se que a autonomia é uma necessidade humana que se desenvolve de forma dialógica. GUSTIN, Miracy B. S. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.31-32.