

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

MARIANA FORBECK CUNHA

A TUTELA JURISDICIONAL DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

CURITIBA

2018

MARIANA FORBECK CUNHA

A TUTELA JURISDICIONAL DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, área de concentração Direito Econômico e Socioambiental, linha de pesquisa Justiça, Democracia e Direitos Humanos, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Jussara Maria Leal de Meirelles

CURITIBA

2018

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

Cunha, Mariana Forbeck
C972t A tutela jurisdicional das diretivas antecipadas de vontade / Mariana Forbeck
2018 Cunha; orientadora: Jussara Maria Leal de Meirelles. – 2018.
123 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2018
Bibliografia: f. 102-110

1. Direito. 2. Diretivas antecipadas (cuidados médicos). 3. Tutela
jurisdicional. 4. Vontade. 5. Legitimidade (Direito). 6. Poder judiciário.
I. Meirelles, Jussara Maria Leal de. II. Pontifícia Universidade Católica do
Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDD 20. ed. – 340

MARIANA FORBECK CUNHA

A TUTELA JURISDICIONAL DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, área de concentração Direito Econômico e Socioambiental, linha de pesquisa Justiça, Democracia e Direitos Humanos, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profa. Dra. Jussara Maria Leal de Meirelles
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Vladimir Passos de Freitas
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Clayton Maranhão
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, de de 2018.

Aos meus avós Manoel, Maria Helena, Ciro (*in memoriam*) e Maria
Lúcia (*in memoriam*) por me ensinarem que o conhecimento é
o que impulsiona o ser humano a ser melhor.

AGRADECIMENTOS

A Deus e aos meus guias espirituais pela presença diária em minha vida, por guiarem meus passos em todos os caminhos que eu trilho, me dando coragem para seguir, fé para acreditar, amor para alcançar, e humildade para caminhar.

Aos meus pais, Manoel Fernando e Márcia, e minha irmã Maria Fernanda, por todo amor, carinho, ensinamentos, exemplos, conselhos, risadas e incentivos nos momentos difíceis, que me fizeram sempre acreditar que posso conseguir tudo que eu efetivamente batalhar para alcançar.

Aos meus avós Maria Helena e Manoel que sempre estiveram ao meu lado em todos os momentos que precisei, seja com conselhos imperiosos, broncas amorosas, ou simplesmente palavras de afeto que me ajudam a seguir diariamente, e a compreender que “sem amor eu nada seria”.

À minha amada orientadora Profa. Dra. Jussara Maria Leal de Meirelles, não só por me propiciar um profundo ensinamento durante esta caminhada, mas também por compartilhar suas experiências de vida de forma tão inspiradora, e sempre me tratar da forma mais amável e carinhosa possível.

De igual forma, agradeço à equipe do escritório Hapner e Kroetz, em especial Dr. Carlos Eduardo Manfredini Hapner, Dra. Fabiola Polatti Cordeiro e Paulo Afonso Manfredini Hapner, pelo apoio incondicional, compreensão e suporte nos momentos de ausência. Da mesma forma, agradeço à equipe do Hospital Angelina Caron, em especial Dr. Marco Antônio Caron, Dr. Pedro Ernesto Caron, Bernardo Caron, Stephanie Caron, Paola Caron, Vânia Caron e Angélica Iarcherski pelo amor e acolhimento, que me possibilitaram visualizar que meus estudos refletem o dia a dia e as necessidades de familiares e pacientes tão vulneráveis quando perto da morte.

Agradeço à todos os meus amigos que entenderam minha ausência e respeitaram o meu momento durante todo este período, em especial à Mariana Moreira Neves pelos conselhos e pelo incentivo para ingressar no programa: se não fosse por você eu sequer teria iniciado este trabalho; bem como aos meus familiares, em especial minhas tias Yara, Silvia e Andreia, pela mais pura e verdadeira amizade, amor, torcida pelo meu sucesso, e pelas palavras de incentivo quando inúmeras vezes pensei em desistir.

Por fim, mas não menos importantes, agradeço às novas amigadas (e também àquelas que foram aprofundadas durante este período) que compartilharam comigo esses dois anos de mestrado, Maria Augusta, Janaína, Tayuri, Carmem e Rullyan, assim como à Eva e à Glair que sempre estiveram prontas a me atender e auxiliar em tudo que foi necessário dentro do PPGD.

Levar alguém a morrer de uma maneira que outros aprovam, mas que para ele representa uma terrível contradição de sua própria vida, é uma devastadora e odiosa forma de tirania.

(RONALD DWORKIN, 2009, p. 307)

RESUMO

A morte digna e o envelhecimento da população são questões que tem demandado maiores estudos tanto nas áreas de Medicina como do Direito. Neste contexto, surgiram as Diretivas Antecipadas de Vontade, instrumentos por meio do qual o paciente poderá, antecipadamente, quando capaz e consciente, externar como deseja ser tratado quando acometido por doença que o deixe impossibilitado de se expressar no futuro. Ainda que a vontade tenha sido anteriormente manifestada, no momento da aplicação da diretiva antecipada, poderá ocorrer conflito entre a vontade do paciente e o que desejam os parentes, médico, hospital e o próprio Ministério Público, sendo necessária a busca pela tutela jurisdicional adequada para solucionar a questão. Partindo-se da premissa de que não há qualquer vício ou nulidade na diretiva, o presente estudo tem como objeto a discussão acerca de qual é a tutela adequada para ver cumprida a vontade do paciente externada na Diretiva Antecipada de Vontade, bem como sobre como deverão ser preenchidos os requisitos da demanda, legitimidade e interesse de agir, para que haja a efetiva análise do direito material e a solução justa para o conflito. Para tanto, foi realizado estudo das modalidades de tutela ressarcitória e específica, o princípio do acesso à justiça e o da efetividade da tutela, bem como o que é necessário para que haja legitimidade e interesse de agir. Após, o surgimento das diretivas, conceito, características gerais, enquadramento no ordenamento jurídico brasileiro, requisitos de eficácia e principais espécies, testamento vital e mandato duradouro, também foram abordados, para que o direito material relativo às diretivas não possua qualquer nulidade, possibilitando a propositura de ação para forçar o cumprimento do disposto pelo paciente. Por fim, foi realizado o cotejo entre o direito processual, a melhor técnica envolvendo a modalidade mais adequada de tutela, para fim de que o direito material seja analisado, e a vontade do paciente cumprida. Além disso, a legitimidade ativa e passiva de cada um dos envolvidos em eventual conflito quanto ao cumprimento da diretiva foi averiguada, sendo escolhidos, para tanto, o próprio paciente, o curador, o procurador de saúde, os parentes, o médico e o hospital, bem como o Ministério Público. No mesmo sentido foi realizada a análise quanto ao interesse de agir dos mesmos sujeitos, tudo em prol da propositura de uma demanda, a fim de ver cumprida a vontade do paciente, ainda que através da força estatal do Poder Judiciário. A pesquisa foi realizada por meio de revisão bibliográfica, bem como decisões judiciais que já envolvem o tema debatido, no intuito de que se evidencie a relevância no respeito à autonomia e dignidade do paciente, mesmo que necessária a propositura de demanda neste sentido.

Palavras-chave: diretivas antecipadas de vontade; tutela jurisdicional; tutela específica; legitimidade de agir; interesse de agir; efetividade da tutela.

ABSTRACT

The dignified death and the aging of the population are issues that have demanded greater studies in the areas of Medicine and Law. In this context, the Advance Directives have emerged, being an instruments through which the patient can, beforehand when able and conscious, express how he wishes to be treated when he is affected by illness that makes him unable to express himself in the future. Even if the will has been previously expressed, at the moment of applying the advance directive there may be a conflict between the patient's wishes and what the relatives, doctor, hospital and the Public Prosecutor's own wish for, and it is necessary to seek adequate judicial protection for solve the issue. Based on the premise that there is no nullity in the directive, the present study has as its object the discussion about which is the adequate legal protection to see fulfilled the patient's will expressed in the Advance Directive, as well as on how they should the requirements of the lawsuit, legitimacy and interest must be fulfilled, so that there is an effective analysis of the substantive law and a fair solution to the conflict. In order to do so, the modalities of jurisdictional legal protection and specific were analyzed, the principle of access to justice and the effectiveness of the legal protection, as well as what is necessary for legitimacy and interest. Afterwards, the emergence of the directives, concept, general characteristics, framework in the Brazilian legal system, efficacy requirements and main species, living will and lasting mandate, were also addressed, so that the material law related to the directives does not have any nullity, proposition of action to force compliance with the dispositions of the patient. Finally, after analyzing all the aforementioned items, a comparison was made between the procedural law, the best technique involving the most appropriate modality of jurisdictional legal protection, so that the material right is analyzed, and the patient's will fulfilled. In addition, the active and passive legitimacy of each of those involved in an eventual conflict regarding compliance with the directive was analyzed, and the patient, the curator, the health care provider, the relatives, the doctor and the hospital were chosen, as well as the Public Prosecutor's Office. In the same sense, the analysis of the interest of the same subjects was carried out, all in favor of filing a lawsuit in order to comply with the will of the patient, albeit through the State force of the Judiciary. The research was carried out by means of a bibliographical review, as well as an analysis of judicial decisions that already involve the debated topic, in order to show the relevance in respect to the patient's autonomy and dignity, even though it is necessary to bring suit in this sense.

Key-words: Advanced directives; jurisdictional legal protection; special legal protection; legitimacy; interest; effectiveness of the legal protection.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A TUTELA JURISDICIONAL	14
2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	17
2.1.1 Acesso à Justiça	19
2.1.2 Efetividade da Tutela	22
2.2 MODALIDADES DE TUTELA JURISDICIONAL.....	23
2.2.1 Tutela Ressarcitória	26
2.2.2 Tutela Específica	27
2.3 REQUISITOS DA DEMANDA	29
2.3.1 Legitimidade de agir	32
2.3.2 Interesse de agir	36
3 AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	39
3.1 HISTÓRICO	43
3.2 CARACTERÍSTICAS GERAIS.....	45
3.3 ENQUADRAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	47
3.4 REQUISITOS LEGAIS	56
3.5 PRINCIPAIS ESPÉCIES	61
3.5.1 Testamento Vital: <i>Living Will</i>	61
3.5.2 Mandato Duradouro	63
4 A TUTELA JURISDICIONAL E A PROTEÇÃO DA VONTADE DO PACIENTE EXTERIORIZADA NAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	65
4.1 A PROTEÇÃO E A TUTELA ESPECÍFICA	67
4.2 LEGITIMIDADE E INTERESSE: QUEM PODE REQUERER, A QUEM INTERESSA DEFENDER O CUMPRIMENTO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E QUEM PODERÁ SER DEMANDADO?.....	71
4.2.1 Paciente: a questão do curador e do procurador de saúde	75
4.2.2 Parentes: a solidariedade e a afetividade	78
4.2.3 Médico e Hospital: o dever jurídico de cuidado	84
4.2.4 Ministério Público	89
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	94
REFERÊNCIAS	102

ANEXOS	111
---------------------	------------

1 INTRODUÇÃO

As questões que envolvem vida e morte sempre estiveram em pauta desde os primeiros tempos e trazem consigo não só argumentos biológicos, mas também éticos, religiosos e jurídicos. A única certeza universal que ainda persiste, levando-se em consideração a tecnologia hoje existente, é que todo o ser humano nasce, vive e morrerá um dia.

Os avanços da tecnologia e da medicina trouxeram melhorias nos tratamentos, possibilidades de cura de diversas doenças, além de alívio àqueles enfermos que sofrem. Com isso, a cultura ocidental de postergar a morte ao máximo foi sendo alimentada cada vez mais, e as discussões acerca deste importante momento deixadas de lado.

O passar dos anos, a melhoria na qualidade de vida da população e o aumento das garantias e direitos sociais dos cidadãos trouxeram como consequência o aumento da expectativa de vida.

O envelhecimento da população fez ressurgir questões que envolvem não só o direito à vida, constitucionalmente garantido pelo artigo 5º, *caput*¹, da Constituição Federal de 1988, mas também o direito a uma morte digna, a atenção à vontade do paciente, à qualidade de vida, e em essencial à sua dignidade.

Diante do aumento da expectativa de vida, e das discussões acerca da morte digna, surgiram as Diretivas Antecipadas de Vontade² (DAV), documentos utilizados quando o paciente não puder, livre e conscientemente, expressar-se, mesmo que por uma situação transitória (DADALTO, 2015a, p.88).

Por meio das DAV, o paciente expressará sua vontade previamente (desde que possua discernimento para tanto no momento em que a expressar), quanto aos tratamentos a que quer ou não ser submetido no futuro, bem como quanto às disposições relativas à sua morte (como disposições sobre seu enterro), em exercício de sua autonomia privada.

A discussão jurídica acerca do direito à vida e à morte digna ainda precisa ser melhor delineada e debatida, tendo em vista que nem sempre as vontades são unânimes e levam ao mesmo fim, que, inclusive, poderá ser necessária intervenção judicial para solução de tais conflitos.

¹ Íntegra do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”.

² As Diretivas Antecipadas de Vontade serão tratadas no decorrer do texto como Diretivas ou DAV.

O presente estudo tem como objeto a análise da tutela jurisdicional quanto ao cumprimento forçado do disposto nas Diretivas Antecipadas de Vontade, em caso de conflito quanto ao atendimento ou não do que fora disposto pelo paciente anteriormente.

O problema a ser discutido partirá da premissa de que a DAV foi redigida sem qualquer vício ou nulidade, e buscará responder qual é a tutela jurisdicional adequada para forçar seu cumprimento pela via judicial.

Na primeira seção será analisado o conceito de tutela jurisdicional, os princípios constitucionais de acesso à justiça e efetividade da tutela, as modalidades de tutela jurisdicional ressarcitória e específica, e ainda os requisitos da demanda, quais sejam a legitimidade ativa e passiva e o interesse de agir.

A análise dos princípios constitucionais de acesso à justiça e efetividade da tutela jurisdicional, positivados no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, possibilitará sustentar o argumento do cabimento de propositura de ação a fim de fazer cumprir as determinações postas nas diretivas antecipadas de vontade, quando houver divergências entre família, médico e hospital.

Da mesma forma, as modalidades de tutela jurisdicional serão conceituadas e devidamente analisadas, em especial a tutela ressarcitória e específica. Isso porque sem a escolha da modalidade correta de tutela jurisdicional, o autor da demanda não poderá sequer ter o mérito (cumprimento da diretiva) analisado.

Ainda, serão analisados o conceito de legitimidade e interesse de agir, a sua importância na verificação de quem poderá defender o cumprimento das diretivas judicialmente, bem como quem poderá ser réu nesta demanda.

A segunda seção trará o conceito de diretiva antecipada de vontade, seu histórico e surgimento nos Estados Unidos da América em 1969, analisando de forma objetiva as principais características, o enquadramento no ordenamento jurídico brasileiro, requisitos de eficácia e as duas principais espécies: o testamento vital (*living will*) e o mandato duradouro.

Por fim, após a compreensão acerca da tutela jurisdicional e dos requisitos da demanda, bem como das diretivas antecipadas de vontade, a terceira seção terá como objeto a análise sobre qual é a tutela jurisdicional adequada a ser escolhida para o cumprimento da vontade do paciente, levando-se em consideração as modalidades escolhidas no primeiro capítulo.

Ainda, serão analisadas a legitimidade ativa e o interesse de agir de quem poderá propor a demanda para forçar o cumprimento da DAV, e também a legitimidade passiva, levando em consideração os principais envolvidos neste tipo de conflito: paciente, representante de saúde, curador, parentes, médico, hospital e Ministério Público.

A pertinência e atualidade do tema em voga, qual seja a possibilidade de cumprimento forçado da DAV mediante a escolha da tutela jurisdicional adequada, quando houver divergência entre hospital, médico e parentes, é exatamente o ponto relevante da presente pesquisa, uma vez que cada dia mais a vida é prolongada e a prática da medicina no fim da vida é uma realidade já visível, eis que com o envelhecimento da população, conflitos acerca do cumprimento da vontade predefinida poderão surgir.

O direito deve acompanhar a evolução da medicina, reconhecendo que o não cumprimento do que fora anteriormente determinado pelo próprio paciente sobre sua condição futura viola a sua autonomia e sua dignidade. Em alguns casos, tanto a família quanto o próprio médico cerceiam o cumprimento da DAV sob diversos motivos, tais como, obstinação terapêutica e interesses sucessórios, divergindo quanto à aceitação e cumprimento do que foi disposto pelo principal interessado: o próprio paciente.

Ressalvados os casos em que há vício na DAV, o que não será analisado no presente estudo já que a principal premissa é de que a diretiva não possui qualquer nulidade, o conflito acerca do cumprimento ou não da vontade do paciente poderá tornar-se judicial.

Por conta disso, a discussão acerca da aplicação dos princípios processuais constitucionais do acesso à justiça e da efetividade da tutela jurisdicional, são fundamentais para motivar o cumprimento judicial da vontade externada na diretiva.

Para sustentar tal discussão, o plano metodológico se baseia principalmente na busca de uma visualização prática do tema central, que é a tutela jurisdicional da vontade posta na DAV.

O método a ser utilizado é a revisão bibliográfica ampla, eis que a questão envolve Direito Processual, Direito Civil, Biodireito, além de questões Éticas e Bioéticas, cuja conclusão se dará após a análise de todas as premissas discutidas, levando-se em consideração as pesquisas realizadas de forma indisciplinar.

Serão utilizados livros, artigos publicados em revistas científicas especializadas, tanto na área do Direito quanto na área de Bioética diante da multidisciplinariedade do tema em debate, decisões judiciais, dissertações de mestrado e legislação específica, além de Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

2 A TUTELA JURISDICIONAL

A tarefa primordial do Direito é tratar as relações sociais existentes, sejam elas expressamente reguladas ou não, as condutas transgressoras e os conflitos oriundos destas relações, que devem ser objeto de resolução mediante julgamento (DINAMARCO, 2013a, p. 39).

Mesmo que alguns conflitos possam ser resolvidos dentro do próprio âmbito da sociedade, muitos ainda precisam ser analisados pelo Poder Judiciário que, mediante o emprego da força, dará o desfecho legalmente autorizado à questão.

Verificado um problema cuja solução pacífica não foi encontrada entre os interessados, poderá ser o judiciário a via eficaz para se chegar ao fim da questão, mediante uma decisão judicial final. Por isso, parece viável a discussão judicial com o objetivo de resolver o conflito sobre o cumprimento das diretivas antecipadas de vontade e da vontade do paciente

A discussão judicial poderá ocorrer uma vez que o Estado disponibiliza aos interessados serviço público outorgando direito à tutela jurídica (ASSIS, 2016a, p. 63) o que se dá por meio da propositura de uma demanda e instauração de uma lide³, iniciando-se um processo.

O Direito Processual, definido por Dinamarco (2013a, p. 39) como o conjunto de princípios e normas destinados a reger a solução de conflitos mediante o exercício do poder estatal, tem como ponto de partida a compreensão da controvérsia social cuja solução é judicialmente buscada (MEDINA, 2015, p. 83).

A solução dos litígios judiciais poderá ser encontrada com a aplicação das normas jurídicas e princípios, em especial aqueles constitucionalmente garantidos, devendo o processo ser apto a realizar materialmente os direitos subjetivos, amoldando-se às variações sociais (MEDINA, 2015, p. 102).

A despeito de ser antiga, ainda se mantém viva e atual a discussão acerca da relação existente entre direito material e a efetividade de sua tutela jurisdicional, que aqui pode ser traduzida como o direito à aplicação da vontade do paciente, externalizada na diretiva antecipada e o efetivo cumprimento das disposições da DAV judicialmente.

³ A lide é conceituada por Carnelutti, devidamente citado por Dinamarco (2013b, p. 305) como o *conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida*. A lide seria, segundo o autor (DINAMARCO, 2013b, p. 305) o objeto do processo, a pretensão da qual se busca em juízo a sua satisfação, e que será objeto de tutela jurisdicional e provimento final. No presente trabalho, a lide poderá ser compreendida como a pretensão de cumprimento da DAV que encontra óbice e deverá ser objeto de tutela jurisdicional.

O moderno Processo Civil, considerado em seu momento atual como ciência instrumentalista (DINARMACO, 2010, p. 127), busca a legitimação dos resultados produzidos, utilizando-se do aumento do acesso aos meios de tutela, da simplificação dos procedimentos e da aceleração da defesa, em prol da efetividade da tutela jurisdicional.

Novas questões surgem na sociedade a todo momento, diante da rapidez e da complexidade que permeiam as relações e interações sociais e, por isso, nem todas as relações sociais estão expressamente regradas no ordenamento, e nem poderiam.

A elaboração das leis traz ao legislador a preocupação de que as normas tratem dos objetivos do sistema como um todo, e não somente que tenham a função de reger e prever condutas específicas, motivo pelo qual sugere Medina (2015, p. 83), que quanto mais genéricas forem as normas, mais situações concretas poderão ser abarcadas.

Os conflitos integram a vida em sociedade e sua resolução pode se dar a partir do processo, instrumento utilizado quando a sociedade busca impor à crise uma resolução mediante o julgamento, cujo desfecho será apontado com o emprego da força (ASSIS, 2016a, p. 58).

Para isso, é necessária a garantia da tutela dos direitos, sejam eles materiais ou processuais, sendo o processo o meio utilizado para que se chegue a resolução final, a efetiva tutela jurisdicional do direito.

A tutela jurisdicional do direito, desdobramento da instrumentalidade do processo⁴, trará a proteção mediante o exercício da jurisdição (DINAMARCO, 2010, p. 361) na busca pela solução mais favorável e adequada da questão envolvendo autor e réu, e analisada pelo magistrado.

O artigo 2^o da Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, o Código de Processo Civil⁶, prevê que a ela é de iniciativa da parte e deverá ser prestada pelo juiz.

Depreende-se que somente uma das partes obterá a tutela jurisdicional favorável, ou autor ou réu, tendo em vista a dialética do próprio processo: o autor apresenta sua tese, o réu sua antítese, e o juiz a síntese final (DINAMARCO, 2013b, p. 108) trazida na sentença e que será englobada por ela.

⁴ A instrumentalidade do processo é definida por Dinamarco (2013a, p. 41) como uma das características do processo civil moderno, tratado por ele como o “repúdio ao formalismo”, mediante a “flexibilização das formas e interpretação racional” destas, exemplificado na máxima de que não há nulidade sem prejuízo. Para o autor (DINAMARCO, 2013a, p. 41) o que realmente importa é “o resultado obtido e não tanto a regularidade no emprego dos meios”.

⁵ Íntegra da redação do art. 2º do CPC: “O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

⁶ A Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, o Código de Processo Civil será tratada no decorrer do texto como CPC.

A nova sistemática processual civil traz o direito à ação não mais como o direito a mera possibilidade de ingresso em Juízo, mas sim como direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva mediante o processo justo (MARINONI, 2017, p. 211).

Para Marinoni (2015b, p. 39) ainda que haja a prestação da tutela jurisdicional pelo Juízo, esta somente será efetiva quando a sentença declarar que a técnica processual foi adequada e também julgar procedente o pedido. Caso contrário, haverá tutela jurisdicional mas não haverá efetividade.

Em sendo o direito à ação, conforme ensina Marinoni (2017, p. 211), o direito à tutela adequada, efetiva e tempestiva, de nada adianta o acesso à justiça sem que os envolvidos tenham a possibilidade de discutir a questão de forma ampla, em busca da melhor resolução do caso concreto.

Citando Robert Alexy e Jorge Miranda, Marinoni (2017, p. 219), ressalta que não basta que a lei declare direitos, mas também é preciso que sejam instituídos meios organizatórios para a realização dos procedimentos adequados, sem os quais também não haverá efetividade.

Esses meios organizatórios seriam o processo e os procedimentos processuais que, pelo exercício da função jurisdicional com a formulação e atuação prática da norma jurídica ser aplicada, terão como finalidade disciplinar a controvérsia (MOREIRA, 2012, p. 3).

Em outras palavras, o processo é o sistema por meio do qual a solução adequada da controvérsia será produzida para a realização dos direitos subjetivos via jurisdição estatal (MEDINA, 2017, p. 79).

A definição acerca das necessidades do direito material a ser tutelado e, posteriormente, a adequação da modalidade de tutela jurisdicional e da melhor técnica processual, se presentes de forma conjunta, podem ser instrumento para auxiliar que a tutela seja efetiva.

Sem técnica adequada, o direito material pode sequer ser analisado, o que demonstra a importância da escolha da tutela mais adequada ao caso concreto.

De nada adiantaria a previsão da vontade do paciente na DAV se no momento da sua aplicação não houver concordância entre as partes. Também não seria possível a busca da tutela jurisdicional da diretiva sem a escolha da técnica adequada, condizente com o direito a ser tutelado.

Importante ressaltar que, conforme ensina Marinoni (2015b, p. 42-48), a tutela pode ser classificada de diversas formas, como tutela contra o ilícito e o contra o dano⁷; satisfativa e

⁷ Segundo ensina Fiuza (2010, p. 739) “dano é diminuição ou subtração de bem jurídico, lesão de interesse” que deve ocorrer contra a vontade do prejudicado.

cautelar; de cognição e execução; mediante procedimento comum ou diferenciado; definitiva fundada em cognição exauriente e tutela provisória fundada em cognição sumária.

O objeto deste estudo será a análise da modalidade mais adequada para o cumprimento da vontade do paciente, levando-se em consideração a classificação de Marinoni de tutelas contra o ilícito e contra o dano, bem como a sua adequação ao direito material em voga.

Além da escolha da modalidade adequada de tutela, é importante a compreensão das garantias constitucionais de acesso à justiça e efetividade da tutela, eis que fundamentais para justificar a possibilidade de busca da melhor solução ao problema acerca do cumprimento das diretivas antecipadas de vontade pela via jurisdicional.

A previsão dos princípios constitucionais processuais auxilia a compreensão do processo na forma como é entendido hoje: um instrumento para a obtenção da solução da controvérsia.

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O Direito Processual Civil possui princípios processuais que se conectam aos institutos processuais da jurisdição, da ação e do processo⁸. Tais princípios encontram-se na própria Constituição Federal, e nas leis processuais (Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, o Código de Processo Civil Código de Processo Civil; a Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995, Lei dos Juizados Especiais; a Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985, a Lei da Ação Civil Pública; a Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor; dentre outros), garantem a organização técnica para o desenvolvimento do processo em si, e também instituem direitos fundamentais. Possuem caráter normativo e, juntamente às normas jurídicas, formam o sistema jurídico (MEDINA, 2017, p. 87).

⁸ Conforme define Dinamarco (2013b, p. 305) a ação é o *direito ou poder de exigir o provimento jurisdicional final*, de exigir a sentença que julgue o mérito; o processo é a imposição de *necessidade de serviço jurisdicional*, é o *resultado da soma de todas as disposições constitucionais legais que delimitam e descrevem os atos que cada um dos sujeitos processuais (juiz, autor e réu) realiza ao exercício de seus poder fundamentais*, abrange o procedimento a relação jurídica processual; e, por fim, a jurisdição é a função estatal de *realizar os escopos do processo* (DINAMARCO, 2013b, p. 315), é o exercício do poder estatal para fim de solucionar as controvérsias. Ainda que tais institutos possuam diversas ramificações, compreensões e matérias a serem discutidas, no presente ensaio somente serão tratadas para fins de ajudar a defender o cumprimento das DAV em juízo.

Os princípios processuais são considerados como fontes primárias do Direito e do Estado de Direito, noções fundamentais de qualquer organização e sistema jurídico e dão efetividade ao ordenamento (THAMAY; RODRIGUES, 2016, p. 352).

Dentre todos os princípios processuais, os dispostos na Constituição Federal são norteadores de todo o sistema processual, e tem como função limitar o poder do Estado-juiz, organizar a atuação das partes no processo, e garantir que o direito material será devidamente analisado sem qualquer prejuízo às partes (THAMAY; RODRIGUES, 2016, p. 352), sendo de organização técnica de todo o sistema processual (MEDINA, 2017, p. 115).

A máxima regra de Chiovenda (1993, p. 110) de que *“Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há um diritto tutto quello e próprio quello ch’egli há diritto di conseguire”*⁹ retrata que o Estado deve oportunizar forma que garanta a efetividade dos direitos.

O artigo 5º¹⁰ da Constituição Federal elenca os direitos fundamentais processuais (MARINONI, 2017, p. 243) do devido processo legal (inciso LIV), acesso à justiça (inciso XXXV), ampla defesa e contraditório (inciso LV), e efetividade da tutela (inciso XXXV). Especificamente as garantias do acesso à justiça e efetividade da tutela serão tratadas em itens específicos, contudo, cumpre mencionar que o devido processo legal, ampla defesa e contraditório são princípios constitucionais de grande importância para o Direito Processual.

O devido processo legal, inserido no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, é definido por Dinamarco (2013a, p. 252) como a garantia que tem o *“(...) mérito de traçar o perfil democrático do processo e atrair à órbita das medidas de tutela constitucional certas garantias não caracterizadas como verdadeiros princípios ou lançadas de modo genérico em outros dispositivos constitucionais mais que tem com ele pertinência”*.

Continua o autor (DINAMARCO, 2013a, p. 252) afirmando que este perfil do processo é a garantia do processo justo, assegurado pelo acesso à justiça. Acerca da garantia da ampla defesa e contraditório, afirma Dinamarco (2010, p. 517) que tal princípio é direito das

⁹ Tradução livre: “O processo deve dar, quando for possível praticamente, a quem tem um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de conseguir”.

¹⁰ Íntegra da redação do art. 5º da Constituição Federal e dos mencionados incisos:

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

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

partes e dever do juiz, cabendo à lei instituir meios para a participação dos interessados no processo, e o dever do juiz de possibilitar a utilização desses meios.

O juiz tem como dever zelar pela aplicação das garantias processuais constitucionais, o que, se não for observado, tornará o provimento jurisdicional viciado (ASSIS, 2016a, p. 393).

Elencam-se dois princípios fundamentais que garantem a análise do direito material, e para a solução da controvérsia surgida na sociedade que precisa da resposta do poder estatal: o acesso à justiça (inafastabilidade da tutela jurisdicional) e a efetividade do processo.

A garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, ou princípio do acesso à justiça, positivado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, determina que as pretensões devem ser aceitas judicialmente, processadas e julgadas de forma a trazer um resultado prático efetivo ao processo (DINAMARCO, 2013a, p. 204).

Em prol de um processo civil de resultados (DINAMARCO, 2010, p. 127) o primordial objetivo é a efetivação da universalização da tutela jurisdicional, com observância dos princípios processuais, dentre eles o acesso à justiça e a efetividade da tutela.

2.1.1 Acesso à justiça

Constitucionalmente tratado como garantia da inafastabilidade e universalidade da tutela jurisdicional, o princípio do acesso à justiça preconiza que todos que sofrem ameaça ou lesão aos seus direitos individuais podem socorrer-se do Poder Judiciário. O Direito Processual trata de forma ampla o princípio do acesso à justiça, inserido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, e repetido no artigo 3º do CPC¹¹.

É mais do que a mera possibilidade de ingresso com um processo, sendo a garantia de acesso eficiente ao processo e ao judiciário, em busca de uma solução que por outros meios que não o judicial, não se poderia obter (DINAMARCO, 2013a, p. 334).

É acesso à ordem jurídica justa e universal, sendo irrestrito e ilimitado, e cujo complemento é o princípio da efetividade da tutela (WAMBIER, 2016, p. 75), que será delineado adiante.

¹¹ Íntegra da redação do art. 3º do CPC: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

Envolve a defesa dos direitos individuais e coletivos *lato sensu* (direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos¹²), e possibilita a propositura imediata de uma ação, sem condicionamento de análise prévia de uma instância administrativa¹³ (MARINONI, 2017, p. 188).

Para Câmara (2012, p. 58) qualquer norma que proíba ou dificulte o acesso à tutela jurisdicional será inconstitucional, uma vez que não podem ser excluídos da apreciação do Judiciário, contra a vontade das partes, quaisquer tipos de conflitos, e nem sequer criados obstáculos à propositura da ação (WAMBIER, 2016, p. 74)¹⁴.

Para Dinamarco (2013a, p. 359), tamanha sua importância, que o acesso à justiça seria a síntese de todos os princípios e garantias do processo em todas as esferas (Constitucional, infraconstitucional, administrativa, doutrinária e jurisprudencial).

Isso porque, para o autor Dinamarco (2013a, p. 359), a soma de todas as garantias de ingresso em Juízo, sejam elas relativas ao contraditório e ampla defesa (inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal), devido processo legal (inciso LIV, do art. 5º da Constituição Federal), juiz natural, igualdade entre as partes, entre outros, visam um único fim, a síntese de todos e do propósito do Direito Processual Constitucional, que é o acesso à justiça.

Marinoni (2017, p. 242) vai mais longe e entende que o acesso à justiça, para ele também chamado de direito à ação, é um princípio fundamental, uma vez que permite a tutela de direitos de várias categorias: liberdade, sociais, fundamentais de proteção, e até mesmo servir de canal para reinvidicação de direitos fundamentais (como a ação coletiva e ação popular), e continua pontuando que (MARINONI, 2017 p. 243)

O direito de ação é um direito fundamental processual e não direito fundamental material, como são os direitos de liberdade, à educação e ao meio ambiente. Portanto, é imprescindível à efetiva concreção de todos eles.

O direito de ação aparece exatamente no momento em que o Estado proíbe a tutela privada ou o uso da força privada para a realização e a proteção dos direitos. A partir

¹² A Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, trata da defesa dos interesses dos consumidores de forma individual e coletiva. O parágrafo único do mencionado artigo, esclarece que a defesa coletiva será exercida para os interesses e direitos difusos, coletivos, e individuais homogêneos, assim diferenciados pelos incisos I, II e III: (i) *interesses e direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;* (ii) *interesses e direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;* e (iii) *interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.*

¹³ Marinoni (2016, p. 189) lembra que: “O único caso em que a Constituição *difere* a tutela jurisdicional é o da Justiça Desportiva” conforme previsto no art. 217, §1º.

¹⁴ Importante mencionar aqui que, conforme ensina Marinoni (2017, p. 189), o único caso no qual é necessário o esgotamento da instância administrativa é o da Justiça Desportiva, regulada de forma específica, nos moldes do que determina o art. 217, §1º, da Constituição Federal.

daí o Estado assume o monopólio da solução dos conflitos e da tutela dos direitos e, por consequência lógica, dá ao privado o direito de acudir a ele.

Mas a menção acerca do acesso não expressa somente o direito à propositura de uma demanda mas também ao direito de defesa do réu, sendo garantia que assegura o direito de exigir do Estado a tutela jurisdicional (MEDINA, 2017, p. 133). É direito à tutela por meio de um processo e acesso adequados ao Judiciário, e ao processo justo, em sentido amplo.

Quando se trata do direito de ação, inicialmente se vincula acesso à justiça ao ingresso no judiciário de uma ação pelo autor. Contudo, também envolve o direito de defesa do réu, já que traduz o direito a prestação estatal justa, bem como a possibilidade de que as partes possam participar efetivamente do processo (MARINONI, 2017, p. 357/358).

E a participação efetiva das partes no processo é o que se compreende como direito ao contraditório (art. 5º, LV, da Constituição Federal), direito das partes (autor e réu) de utilização dos meios adequados para auxiliar o convencimento do juiz (MARINONI, 2017, p. 316), o que não será objeto de discussão específica neste estudo.

Esta garantia pode justificar a possibilidade de propositura de uma ação para que se determine judicialmente o cumprimento da diretiva, bem como a possibilidade de defesa daquele que é contrário a este cumprimento. Caso não houvesse a determinação constitucional de acesso irrestrito à justiça, a vontade do paciente não poderia ser objeto de ação judicial, uma vez que as diretivas antecipadas de vontade padecem de regulamentação específica, o que será melhor discutido posteriormente¹⁵.

Sintetizando os entendimentos dos diversos autores citados, compreende-se que o acesso à justiça (direito à inafastabilidade da tutela jurisdicional) deve ser compreendido como mais do que uma garantia constitucional ao alcance do processo, como um direito fundamental à ação e ao acesso ao Judiciário sem qualquer óbice externo, a fim de que a controvérsia seja solucionada pelo Estado.

¹⁵ Esta discussão sobre o regimento específico das diretivas antecipadas de vontade será objeto de análise do item 3.4, página 56.

2.1.2 Efetividade da tutela

Da mesma forma como é constitucionalmente autorizado o acesso à justiça para a discussão judicial acerca do cumprimento das diretivas antecipadas de vontade, a efetividade da tutela pode ser considerada como a garantia de que esse acesso se dará da melhor forma, para o melhor fim, que é a solução da questão.

Está intrinsecamente ligada ao princípio do acesso à justiça, uma vez que também é extraída da interpretação do inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal.

É compreendida como princípio que reforça o acesso à justiça, seja qual for o direito material a ser tutelado, sendo garantia de que o processo deve alcançar a ordem jurídica justa de formar efetiva, ou melhor, é garantia de que o processo tenha mecanismos, procedimentos, meios instrutórios, decisões eficazes, meios executivos, e atos aptos a propiciar decisões justas, tempestivas e úteis, com o fim de assegurarem concretamente a tutela dos bens jurídicos (WAMBIER, 2016, p. 75).

A efetividade do processo é a aptidão de eliminar as insatisfações através da justiça e do cumprimento do direito, o que servirá também como educação geral para o respeito aos direitos, assegurando a todos liberdade (DINAMARCO, 2013a, p. 320).

Destes princípios depreende-se que: a) as normas legais devem estabelecer procedimentos e técnicas adequadas para a tutela das pretensões; b) os juízes e os auxiliares da Justiça devem estar preparados; e c) o Poder Judiciário deve possuir todos os recursos materiais suficientes (WAMBIER, 2016, p. 75). Segundo Wambier (2016, p. 75) somente com o cumprimento da fórmula que soma as técnicas adequadas, o preparo dos auxiliares da justiça e os recursos materiais suficientes é que a tutela será efetiva, caso contrário haverá tutela, mas não efetividade.

É intrinsecamente relacionada com os atos processuais em si, a técnica processual e a participação do juiz, em prol da resolução da questão objeto do litígio, e envolve, também, o respeito ao contraditório e a ampla defesa, possibilitando-se a todos os envolvidos no processo sua participação efetiva para que a sentença proferida traduza a aplicação do direito ao caso concreto (MARINONI, 2017, p. 254).

Possibilitado o acesso à justiça para fim de requer o cumprimento da diretiva, de nada adianta a mera garantia do ingresso em Juízo, sendo necessária a utilização das técnicas adequadas, o que pode ser compreendido como a escolha adequada da tutela jurisdicional que melhor tutelará o direito, bem como a garantia de que a participação efetiva das partes nas

discussões do processo ocorrerá. Com a oportunização da discussão judicial, da ampla defesa, das manifestações, e da possibilidade de utilização de todos os meios legais disponíveis seja para atuação como autor ou réu, é que se poderá chegar a uma decisão justa e efetiva.

Segundo defende Wambier (2016, p. 76) sem que se garanta às partes o respeito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa a tutela jamais será justa, eis que retirada da parte envolvida a discussão da questão à luz dos direitos e garantias fundamentais.

A utilização de técnicas processuais adequadas também é de extrema importância, sejam elas técnicas referentes aos procedimentos em si (escolha da modalidade de tutela correta ao direito material, seja individual ou coletivo *lato sensu*), como também técnicas quanto à inversão do ônus da prova, antecipação de tutela, julgamento, diferentes sentenças, e os meios de execução (MARINONI, 2017, p. 319).

Para que haja a efetividade da tutela deve ser considerada a situação real em litígio, os valores principiológicos, a aderência do processo ao próprio direito material por meio de técnicas que possibilitem concretamente a realização do direito tutelado, e a prestação adequada da tutela jurisdicional adequada quando ausente legislação específica para tanto (VIOLIN, 2013, p. 58).

Por isso, pode se compreender que a tutela efetiva somente será possível de ser alcançada se o acesso à justiça respeitar as cominações legais, em especial as garantias constitucionais processuais.

Conforme depreende-se dos entendimentos mencionados, o acesso à justiça é universal e o processo deverá ser efetivo, contudo, existem normas processuais que precisam ser respeitadas para que este acesso seja efetivo, sendo a escolha da modalidade de tutela jurisdicional de suma importância para a proteção do direito, em especial para que se possibilite a discussão acerca do cumprimento da diretiva antecipada de vontade.

2.2 MODALIDADES DE TUTELA JURISDICIONAL

Para o exercício do direito de ação, e concretização dos princípios de acesso à justiça e efetividade da tutela jurisdicional, o processo é o meio idôneo a produzir o fim maior: a solução da controvérsia.

Para que a tutela jurisdicional seja efetiva, a adequação da modalidade correta e da técnica processual é de fundamental importância, sob pena de que o direito material objeto da discussão sequer seja analisado.

Marinoni (2017, p. 255) entende que, para que a tutela seja adequada, é necessária a previsão de “procedimentos com nível de cognição apropriado à tutela do direito pretendida”, seja ela preventiva, cujo objetivo é de prevenir a prática de um ato ilícito¹⁶ por exemplo, ou repressiva, cujo objetivo é reprimir aquele que já praticou a conduta ilícita.

A inexistência, no plano processual, de tutela correspondente à reclamada pelo direito material, significaria tornar inócuo o próprio direito substantivo, motivo pelo qual o direito de ação deve ser compreendido como não apenas o direito à tutela jurisdicional adequada, mas também a um processo adequado (MEDINA, 2017, p. 133).

O acesso à justiça e à tutela efetiva podem ser traduzidos, em linhas gerais por Marinoni (2017, p. 267-268) como direitos a

(i) o autor tem o direito de afirmar lesão ou ameaça a direitos; (ii) o autor tem o direito de ver essa afirmação apreciada pelo juiz quando presentes os requisitos para a apreciação do mérito; (iii) o autor tem o direito de pedir a apreciação desta afirmação, ainda que um desses requisitos esteja ausente; (iv) o autor tem direito à técnica antecipatória; (v) as partes têm direito à adequada distribuição do ônus da prova; (vi) o autor tem direito à sentença e ao meio executivo capaz de dar plena efetividade à tutela jurisdicional do direito; e (vii) o autor tem o direito ao procedimento adequado à situação de direito substancial carente de proteção.

Assim, para a melhor análise do conflito, é fundamental a escolha da melhor solução (MEDINA, 2017, p.118) e da melhor técnica processual, sob pena de que o próprio direito à ação seja cerceado, o que evidencia que a tutela jurisdicional da DAV será melhor realizada através da técnica processual adequada ao caso concreto e ao direito tutelado.

O princípio da demanda, inserido no CPC nos arts. 2^o¹⁷ e 312¹⁸, prevê que “o processo começa por iniciativa da parte” que deverá propor a demanda adequada, em oposição ao princípio inquisitório¹⁹. A demanda, por sua vez, é o veículo para trazer ao juiz a controvérsia, fato estritamente processual, e entendida por Dinamarco (2010, p. 315) como pressuposto de existência do processo.

¹⁶ O ato jurídico será ilícito quando a sua prática for contrária ao Direito (FIUZA, 2010, p. 733).

¹⁷ Íntegra do artigo 2º do CPC: “O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

¹⁸ Íntegra do artigo 312 do CPC: “Considera-se proposta a ação quando a petição inicial for protocolada, todavia, a propositura da ação só produz quanto ao réu os efeitos mencionados no art. 240 depois que for validamente citado”.

¹⁹ O princípio inquisitório determina que o processo se inicie por impulso do juiz (MARINONI, 2017, p. 276).

Por isso, a técnica adequada deve levar em consideração a demanda adequada para que o cumprimento da vontade do paciente tenha sua análise possibilitada: se é a parte quem tem a iniciativa de começar o processo, cabe à ela a melhor escolha para defesa do seu direito.

Isso, contudo, não significa que é necessária a previsão de demanda específica, tipo de ação determinado, para a tutela de um direito. Ainda que não exista uma previsão exata neste sentido, o acesso à justiça é garantido, e a efetividade poderá ser alcançada com a escolha da modalidade já existente que seja mais adequada.

Anteriormente, os direitos estavam subordinados à existência de ações típicas para sua tutela (MARINONI, 2017, p. 286); atualmente, o conceito autônomo de ação, entendido como direito amplo e que não necessita de tipificação, possibilitou que a ausência de ação típica para tutela do direito não seja obstáculo para a obtenção da tutela específica (MARINONI, 2017, p. 280).

Para melhor compreensão da questão, Marinoni (2017, p. 286) esclarece a diferença entre a tipificação das formas processuais e atipicidade das ações: as formas processuais devem ser tipificadas, definidas por lei em atenção ao devido processo legal, efetividade da tutela e demais garantias constitucionais processuais; já a atipicidade das ações pode ser traduzida com a possibilidade de ingresso em Juízo ainda que a tutela específica não possua ação própria definida por lei para sua proteção.

Por conta disso, a ausência de previsão legal de ação típica para a proteção da vontade do paciente e o cumprimento da DAV faz com que diversos tipos de demandas possam ser propostas para este fim, motivo pelo qual importa a análise acerca das tutelas jurisdicionais que melhor atende o direito subjetivo, a vontade do paciente, e não dos tipos de ação individualmente, já que a efetividade da tutela, conforme compreensão de Marinoni (2017, p. 137) é o “resultado jurídico-substancial do processo, representando o impacto do processo no plano do direito material”.

Importante a menção de que, conforme nomenclatura adotada por Marinoni (2017, p. 279), a tutela jurisdicional do direito material pode ser dividida em específica e ressarcitória: a primeira está preocupada com a integridade do direito e a segunda com o recebimento do valor monetário equivalente ao lesado.

Para Medina (2017, p. 154) essa divisão seria classificada como tutela preventiva ou repressiva; a primeira, como o próprio nome esclarece, busca prevenir um ato ilícito²⁰ ou uma

²⁰ O ato ilícito é conceituado por Fiuza (2010, p. 733) como sendo “toda a atuação humana, omissiva ou comissiva, contrária ao Direito”, sendo que no Direito Civil podem ser de origem contratual, quando “consistirem em conduta antijurídica na celebração ou execução de contrato”; de origem no campo dos atos unilaterais de vontade, podendo

prática, sendo mais abrangente, recebendo a nomenclatura de tutela inibitória por grande parte da doutrina; a segunda é sancionatória e possui como variações as formas de tutela ressarcitória, reparatória, pelo equivalente e em forma específica.

Será adotada aqui a nomenclatura de Marinoni, que prevê como modalidades a tutela específica e a tutela ressarcitória, cujas principais características e a efetividade para a proteção do direito material serão adiante analisadas.

Pode-se compreender, então, que a necessidade de análise da modalidade de tutela que melhor se enquadre na defesa do cumprimento das diretivas antecipadas se dá uma vez que somente com a escolha da tutela mais adequada é que haverá efetividade do processo.

2.2.1 Tutela Ressarcitória

A tutela jurisdicional ressarcitória prevê a atuação estatal referente a fato danoso já ocorrido, mediante o recebimento de valores ou do bem equivalente, tendo como função primordial a compensação do dano sofrido (MARINONI, 2015a). Ou seja, violado o direito, surge o direito à tutela jurisdicional ressarcitória.

Conforme entendimento de Medina (2017, p. 155), a tutela ressarcitória poderá ser de dois tipos: i) pelo equivalente, quando o dano/bem violado puder ser ressarcido por outro de igual natureza ou então pelo valor em pecúnia do equivalente; ou ii) de forma específica quando o dano/bem violado não puder ser ressarcido em dinheiro, sendo necessário se retomar a igualdade formal das partes antes do dano, como nos casos em que há dano ao meio ambiente, no qual é impossível o ressarcimento financeiro para o retorno da situação inicial.

Possui como fim restabelecer a situação anterior, repará-la, e não preveni-la, contudo, o cumprimento da tutela ressarcitória específica não inibe que também haja o ressarcimento em pecúnia quanto ao dano sofrido (DINAMARCO, 2013b, p. 157).

Essa modalidade de tutela, apesar de recorrente, tem sido preterida quando possível a prevenção ou paralisação do ilícito, uma vez que a garantia do direito, em si, deve prevalecer

ocorrer “na declaração ou na execução” do ato de vontade; ou atos ilícitos desde o momento em que surgem eis que causadores de dano, como o homicídio, as lesões corporais, dentre outros. O artigo 186 do Código Civil determina que comete ato ilícito “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral”.

ao ressarcimento do dano ocorrido. Se o processo deve ser efetivo, a tutela do direito também, motivo pelo qual a prevenção ou paralisação da continuidade do ilícito devem ser priorizadas.

No caso em que a tutela jurisdicional tem como objeto o cumprimento da vontade do paciente, o ressarcimento em valor pecuniário de eventual dano causado, como o não atendimento à determinação formalmente mencionada na diretiva antecipada de vontade, mostra-se um pouco inócuo. Isso porque, se o que se busca é que a diretiva seja obedecida, não há valor monetário envolvido, e nem sequer bem ou objeto físico a ser reparado.

Por conta disso, a tutela ressarcitória, nos casos em que o objeto de discussão judicial será exclusivamente o cumprimento de uma disposição do paciente, não aparenta ser a modalidade mais adequada. Contudo, quando o objeto de tutela envolver também algum tipo de reparação por um dano sofrido em virtude do descumprimento, a tutela ressarcitória poderá ser útil ao fim do processo.

No presente estudo, conforme já mencionado inicialmente, o recorte do direito material envolve única e exclusivamente a tutela jurisdicional da vontade do paciente, mediante o pedido judicial de cumprimento do disposto na diretiva, o que não parece, ao menos para a finalidade que se busca, ser passível de tradução monetária.

2.2.2 Tutela Específica

Como visto, a tutela ressarcitória garante a intervenção jurisdicional em caso de violação de um direito ou bem, e que tenha gerado um dano. Ainda que esta previsão abarque muitas das discussões que são trazidas a Juízo, com a evolução das relações sociais e jurídicas houve a necessidade de se conceber o processo não mais como mero instrumento de recebimento do equivalente violado, seja em pecúnia ou não, mas sim como meio para garantir o exercício do direito e a sua não violação.

A função primordial do ressarcimento é de tutela após a violação do direito e ocorrência do dano, o que, por si só, não envolve a possibilidade de proteção também dos atos ilícitos que não geram danos mas sim situação antijurídica²¹, e da ameaça de prática de atos ilícitos.

²¹ A antijuridicidade pode ser compreendida como sendo a conduta contrária ao Direito, existindo o ato antijurídico quando houver uma ação ou omissão humana que atente contra os objetivos do próprio Direito (FIUZA, 2010, p. 737).

O processo civil de resultados tem como mote a efetividade e o acesso justo e adequado à justiça, motivo pelo qual a prevenção mostra-se adequada para a garantia do direito. Neste sentido é que a tutela específica é adequada quando se busca a prevenção e a proteção do direito antes da ocorrência do ilícito, ou quando a tutela terá como função cessar o ilícito praticado, conforme ensina Marinoni (2015a)

Para a efetiva proteção desses direitos, ou melhor, para a realização das normas que objetivam lhes dar proteção, é indispensável a tutela contra o ato contrário ao direito, ou seja, a tutela da norma, vista como tutela jurisdicional destinada a inibir a violação da norma ou a remover os efeitos concretos derivados da sua violação. Ora, se o ordenamento jurídico dos dias de hoje deve proteger determinados bens mediante a imposição de certas condutas, e por esta razão são editadas normas de direito material, é necessário que o processo civil seja estruturado de modo a atuá-las.

A tutela específica é sustentada, inclusive, pela garantia de acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), uma vez que evita que a violação ocorra e mantém a integridade do direito (MEDINA, 2017, p. 727).

A prevenção se dará por meio de veto a conduta específica praticada e violadora de direito, devendo o sujeito ser condenado a abster-se desta prática ou, ainda, a não a continuar praticando. É modalidade de tutela que compele o obrigado a uma prestação positiva ou não, como a de praticar (fazer) ou não praticar (não fazer) algo, evitando a lesão aos bens jurídicos (MEDINA, 2017, p. 728).

O Código de Processo Civil prescreve em seu art. 497²², parágrafo único, a possibilidade de tutela jurisdicional a fim de inibir prática, reiteração, continuação ou remoção de um ilícito, destinando-se a um ato comissivo (fazer) ou omissivo (não fazer).

O texto legal reconhece que a tutela específica poderá ocorrer para situações passadas, presentes e futuras, e também de forma cumulativa (WAMBIER, 2016, p. 1409), podendo inibir a ocorrência do ilícito ou removê-lo, bastando a comprovação da probabilidade de ocorrência para possibilitar a sua concessão.

Para a concessão da tutela específica não há necessidade de discussão acerca da existência de dolo ou culpa²³ do potencial ou já causador do dano: o que se busca, aqui, é evitar

²² Íntegra do artigo 497 do CPC: “Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.”

²³ Em uma definição simples e concreta de culpa e dolo, Fiuza (2010, p. 737) afirma que “o dolo é ação ou omissão voluntária, e a culpa é a ação ou omissão negligente, imprudente e imperita”, sendo negligência a falta de cuidado,

a violação ou eliminar o ilícito (MARINONI, 2015a), conforme redação do próprio parágrafo único do art. 497, CPC.

Para o autor (MARINONI, 2015b, p. 479), a tutela inibitória possui relação com a probabilidade da prática de um ilícito, não importando se a culpa está presente naquele que está na iminência de praticar, continuar ou repetir ato contrário ao direito.

Contrário *sensu*, Medina (2017, p. 731) entende que em casos de conflitos entre direitos fundamentais, é possível que a discussão efetiva sobre o dano seja necessária, o que envolverá, por conseguinte, a análise do dolo ou culpa do agente, contrariando texto legal neste sentido.

Aqui o entendimento de Marinoni parece ser o mais adequado, uma vez que no caso de violação ao direito do paciente, sendo descumprida a sua vontade, a discussão sobre dolo ou culpa daquele que cerceia o direito não trará nenhum resultado prático imediato.

Por todo o entendimento mencionado, a tutela específica parece ser adequada à obtenção do cumprimento da vontade do paciente da forma judicial, o que será melhor discutido na terceira seção do presente estudo²⁴.

A tutela específica que busca prevenir o ilícito ou cessá-lo é reconhecida por Marinoni (2015b, p. 478) como tutela inibitória; para Medina (2017, p. 728) é chamada de tutela preventiva. A nomenclatura a ser adotada será de tutela inibitória, seguindo os ensinamentos de Marinoni.

2.3 REQUISITOS DA DEMANDA

Novamente, é importante mencionar que o Direito Processual possui três institutos fundamentais, categorias jurídicas objeto de estudo da ciência processual que são a jurisdição, a ação e o processo (THAMAY; ANDRADE; 2016, p. 261).

Em linhas gerais, i) a jurisdição é a atividade pública e exclusiva do Estado (poder estatal) que, para a resolução das controvérsias substitui as pessoas envolvidas no litígio e através da vontade do direito promove a solução justa e adequada ao caso concreto (DINAMARCO, 2010, p. 286); ii) a ação é a condicionante do início da atividade jurisdicional, a manifestação da esfera da liberdade individual frente ao Estado (MEDINA, 2017, p. 137); e,

imprudência a assunção de risco desnecessário e imperícia a falha técnica daquele que possui habilidade necessária.

²⁴ Vide página 67.

por fim, iii) o processo é o instrumento de cooperação entre os agentes do poder estatal e as pessoas interessadas (DINAMARCO, 2010, p. 297).

Importante a ressalva de que, para Dinamarco (2010, p. 286) seriam quatro institutos, com a inclusão da defesa reconhecida por ele como a faculdade de resistir a pretensão judicialmente deduzida através da ação (DINARMARCO, 2010, p. 295). Ainda que Dinamarco assim compreenda, aqui será adotado o entendimento da maioria dos estudiosos do Direito Processual, reconhecendo-se os três grandes institutos: jurisdição, ação e processo.

Cada instituto processual referido possui diversos desdobramentos e infindáveis nuances, contudo, para fim de que o acesso à justiça seja efetivo, além da necessidade de que se verifique qual a modalidade de tutela mais adequada para o cumprimento da vontade do paciente, é importante também o preenchimento dos chamados por Dinamarco (2009, p. 635) como pressupostos de admissibilidade do provimento jurisdicional.

Sem o preenchimento de tais pressupostos, a serem verificados ao longo do processo e que condicionam o julgamento do mérito, o juiz não está autorizado legalmente a conceder a tutela jurisdicional, seja para a autor (com a sentença de procedência) ou ao réu (com a sentença de improcedência) (DINAMARCO, 2009, p. 635).

Os pressupostos de admissibilidade do provimento jurisdicional são formados pelas condições da ação e pressupostos processuais, conforme definição de Dinamarco (2009, p. 635-636).

Recentemente, as condições da ação sofreram substancial alteração. Isso porque a Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, o Código de Processo Civil de 1973, revogada com o advento da Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015 (o chamado novo Código de Processo Civil), previa que para a regular continuidade do processo as condições da ação deveriam ser preenchidas.

O art. 267, inciso VI²⁵, do diploma revogado determinava a extinção do processo sem resolução do mérito quando não estivessem presentes as condições da ação, que, conforme texto legal oriundo de classificação de Liebman (1980, p. 154) eram a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade para a causa e o interesse processual.

As três condições da ação, hoje tendo a legitimidade e o interesse sido reconhecidos com a nomenclatura de requisitos processuais, são intrinsecamente relacionados com os elementos da ação, partes, pedido e causa de pedir, estando entre as questões de mérito e as de admissibilidade (DIDIER, 2016, p. 306). Seriam requisitos exigidos para que o processo

²⁵ Íntegra do art. 267, inciso VI, do revogado pela Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil: “Extingue-se o processo sem resolução do mérito: VI – quando não ocorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.”

pudesse levar a um provimento final de mérito (CÂMARA, 2012, p. 148) e que se não estiverem presentes acarretariam a carência de ação e a extinção o feito sem resolução do mérito.

Com a reforma processual o instituto sofreu total alteração. Em seu artigo 485, inciso VI²⁶, o Código de Processo Civil trata da extinção do processo pela ausência de legitimidade ou interesse processual, não havendo mais a menção da possibilidade jurídica do pedido.

Não há mais, também, a terminologia condições da ação ou carência de ação e, para Marinoni (2017, p. 142) a melhor definição seria a de requisitos da demanda, pressupostos processuais ou de mérito.

Com as alterações legislativas, a legitimidade e o interesse passaram a constar da exposição sistemática dos pressupostos processuais de validade: o interesse, como pressuposto de validade objetivo extrínseco; a legitimidade, como pressuposto de validade subjetivo relativo às partes (DIDIER, 2016, p. 308). Desde a vigência do CPC em 18 de março de 2016²⁷, para a postulação em Juízo é necessária a comprovação, então, de interesse e legitimidade, conforme determina o art. 17²⁸ do CPC.

Importante ressaltar que os pressupostos processuais e de regularidade do processo, reconhecidos por Dinamarco (2009, p. 635) como fundamentais para a possibilidade de julgamento de mérito, diferem dos requisitos da demanda.

O artigo 485, IV²⁹, do CPC determina que o processo deverá ser extinto sem resolução do mérito quando “ausentes os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”.

Por isso, os pressupostos processuais devem estar presentes para que o processo seja válido e se desenvolva de forma regular, cujas espécies são de duas categorias: pressupostos de existência e validade do processo (MARINONI, 2017, p. 550).

Para Assis (2016a, p. 326), podem ser classificados como sendo de existência, validade e eficácia quanto à admissibilidade do processo, e o efeito de sua inobservância será diferente em cada classificação. Exemplo de um pressuposto de eficácia é a regularidade na representação da parte, e o cumprimento do pressuposto da capacidade postulatória (ASSIS, 2016b, p. 1143).

Aprofundando o tema, Marinoni (2017, p. 563) afirma que os pressupostos processuais não podem ser concebidos como meros requisitos lógicos e formais da constituição e validade

²⁶ Íntegra do art. 485, do CPC: “O juiz não resolverá o mérito quando: VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual.”

²⁷ A vigência em 18 de março de 2016 se deu com base no que define o artigo 1045 do CPC, que determina que o Código “entra em vigor após decorrido 1 (um) ano de sua publicação oficial”.

²⁸ Íntegra do art. 17 do CPC: “Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.”

²⁹ Íntegra do inciso IV, do art. 485 do CPC: “verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.”

de um processo. Para o autor, os pressupostos são mais do que isso, são requisitos que devem ser cumpridos para que o processo seja justo, e siga conforme os direitos fundamentais e o Estado Constitucional.

Admitir o prosseguimento de um processo sem que haja, por exemplo, comprovação da capacidade postulatória que é capaz de comprometer a análise do mérito, seria o mesmo que violar o direito fundamental à efetividade da tutela (MARINONI, 2017, p. 561).

Para Dinamarco (2009, p. 636) são pressupostos processuais

(d) a propositura de demanda regular perante órgão investido de jurisdição, (e) a tríplice capacidade do demandante (capacidade de ser parte, de estar em (sic) juízo e postulatória), (f) a personalidade jurídica do demandado, (g) a não-ocorrência de certos fatos obstativos, como a litispendência, coisa julgada, *etc.* e (h) em geral, a realização regular e ordenada de todos os atos do procedimento.

Por isso, os pressupostos processuais e as condições da ação quando somados devem ser reconhecidos como requisitos para a análise do mérito, ou, como chamados por Cintra (2009, p. 310), pressupostos de admissibilidade de julgamento de mérito.

Diante disso, mostra-se relevante a análise acerca dos requisitos da demanda, legitimidade e interesse, para viabilizar o julgamento do mérito do pedido de cumprimento das diretivas antecipadas de vontade.

2.3.1 Legitimidade de agir

A verificação da legitimidade de agir somente poderá ser possível após a definição do conceito de parte no processo como sendo: “aquele que demanda em seu nome, ou em cujo nome é demandado”. A definição é de Chiovenda, citada por Marinoni (2016, p. 79), e evidencia que é parte o sujeito que está no polo ativo ou passivo da demanda.

A mera identificação das partes no processo não enseja, necessariamente, a legitimidade de agir de qualquer uma delas, isso porque o conceito de parte no processo se restringe àquele que está no polo passivo ou ativo da demanda, ainda que não possua capacidade para tanto.

Para o transcurso regular do processo, sem que se verifique qualquer nulidade, vício ou efeito prejudicial, é imprescindível que as partes possuam capacidade processual, capacidade para estar em Juízo, e capacidade postulatória. Tais conceitos devem ser delineados, ainda que em linhas gerais, para que a compreensão acerca da legitimidade seja mais completa, bem como

haja a necessária diferenciação entre o requisito da demanda legitimidade e o pressuposto processual de capacidade do demandante, formado pela capacidade de ser parte, de estar em Juízo e postulatória.

A capacidade processual é definida por Assis (2016b, p. 109) como

(...) a aptidão da pessoa, derivada da capacidade de exercício para os atos da vida civil, para figurar por si só em determinado processo, embora tecnicamente representada ou intrinsecamente habilitada (advogado em causa própria), promovendo os atos processuais que competem à parte, e, assim, submetendo-se aos seus efeitos e aos dadas resoluções tomadas pelo órgão judiciário. A capacidade processual se relaciona, em princípio, com a capacidade de exercício para os atos da vida civil. Em outras palavras, a pessoa dotada de capacidade de exercício tem, necessariamente, capacidade de direito ou personalidade processual.

Compreendida também como sinônimo de capacidade para ser parte³⁰, é, em linhas gerais, a possibilidade de alguém de estar no processo sem que isso gere qualquer nulidade ou vício, e provém da capacidade de direito. A relação existente entre o direito material e o sujeito é a capacidade para ser parte, condição do sujeito para ser titular de uma pretensão jurídica (MEDINA, 2017, p. 193).

Tem capacidade processual quem tem personalidade jurídica (MARINONI, 2016, p. 81): se ausente, haverá nulidade quanto à validade do processo, e conseqüentemente a extinção da demanda sem julgamento do mérito (ASSIS, 2016b, p. 109).

A capacidade processual também envolve a capacidade postulatória, que é a capacidade para postular em nome próprio ou de outrem em Juízo; tem essa capacidade, no processo civil, o advogado, defensor público e os membros do Ministério Público (MARINONI, 2016, p. 81).

O art. 70³¹ do CPC, define que toda pessoa em exercício de seus direitos, com capacidade de exercício do direito, tem capacidade para estar em Juízo, que é denominada por Marinoni (2016, p. 81) como sendo a *legitimatío ad processum*, traduzida na capacidade para praticar os atos do processo.

³⁰ Necessária a ressalva acerca dos conceitos de capacidade processual e capacidade para ser parte. Conforme entende Marinoni (2015b, p. 81) a capacidade processual é gênero que comporta os conceitos de capacidade para ser parte, capacidade para estar em Juízo e capacidade postulatória. Assis (2016b, p. 110), por sua vez, trata como sinônimos a capacidade processual e para ser parte, o que será adotado neste trabalho. Por fim, Silva (2011, p.128), entende que a “capacidade para ser parte é ter capacidade para ser sujeito de uma dada relação processual”, correspondente à capacidade jurídica, de direito civil. Para o autor, a capacidade para ser parte em uma situação litigiosa determinada é a *legitimatío ad causam*, e a capacidade para estar em Juízo é equivalente a legitimação processual e a *legitimatío ad processum*.

³¹ Íntegra do art. 70 do CPC: “Toda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo.”

Para que haja capacidade para estar em Juízo, a parte deverá ter capacidade jurídica (de exercício do direito), nos moldes do que determinam os arts. 5^{o32} da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, Código Civil, e 70 do CPC.

A definição de capacidade jurídica, para exercício do direito, transita em torno do regime das incapacidades do Direito Civil, que envolve a capacidade plena, incapacidade relativa e a incapacidade absoluta para os atos da vida civil.

O Código Civil define, em seus artigos 3^o a 5^o, que são absolutamente incapazes para exercício pessoal dos atos da vida civil os menores de 16 anos (art. 3^{o33}); relativamente incapazes aqueles entre 16 e 18 anos, ébrios habituais, viciados em tóxicos, aqueles que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade, e os pródigos (art.4^{o34}); reconhecendo que após os 18 anos todos são capazes para os atos da vida civil (art. 5^o).

A Lei n. 13.146 de 6 de julho de 2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, trouxe diversas e substanciais alterações no regime das incapacidades. Em seu art. 6^{o35}, considera que a deficiência não afeta a capacidade civil da pessoa, motivo pelo qual poderá a pessoa com deficiência, inclusive, casar, constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, definir sobre o planejamento familiar, exercer direito à família, guarda, tutela, curatela e adoção.

Para exercício da capacidade para estar em Juízo, a parte deverá ser absolutamente capaz, conforme redação do próprio art. 70 do CPC; sendo absolutamente ou relativamente incapaz, deverá ser representada (àqueles) ou assistida (estes) no processo por seus pais, curador ou tutor (art. 71³⁶ do CPC)³⁷.

A parte em Juízo que comprova sua necessidade de promover ou defender seus direitos adquire sua legitimidade ou *legitimatio ad causam* conforme ensinam Assis (2016b, p. 177) e Medina (2017, p. 140).

³² Íntegra do art. 5^o do Código Civil: “A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”.

³³ Íntegra do art. 3^o do Código Civil: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”.

³⁴ Íntegra do art. 4^o do Código Civil: “São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos.”

³⁵ Íntegra do art. 6^o do Estatuto da Pessoa com Deficiência: “A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.”

³⁶ Íntegra do art. 71 do CPC: “O incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei.”

³⁷ A discussão acerca da capacidade civil será melhor analisada no item 3.2 do presente estudo, página 45.

A legitimidade é definida por Didier (2016, p. 345) reportando-se à Alfredo Buzaid, como a pertinência subjetiva da ação, requisito de admissibilidade que investiga os sujeitos, sendo elemento subjetivo da demanda disciplinada nos artigos 17³⁸ e 485, VI³⁹, do CPC.

Também chamada de legitimidade de agir, conforme teoria das condições da ação de Liebman, é a capacidade de estar em Juízo como autor, réu ou interveniente, conduzindo o processo de forma válida e eficaz, possuindo relação com a capacidade para o sujeito conduzir o processo (MEDINA, 2017, p. 140).

Se não há capacidade para estar em Juízo, não haverá a prática válida e eficaz dos atos processuais, e, por conseguinte, não há legitimidade da parte, uma vez que a legitimidade necessita da comprovação da capacidade para conduzir o processo e forma válida e eficaz, a *legitimatío ad causam* (ASSIS, 2016b, p. 177).

A legitimidade deve ser objeto de análise prévia ao mérito da ação, cabendo ao juiz realizar a comparação entre àquele que tem capacidade para conduzir o processo, e a pessoa habilitada a realizar a reclamação ou defesa em Juízo do direito material (ASSIS, 2016a, p. 660).

Em grande parte dos casos, a capacidade de estar em Juízo (*legitimatío ad processum*) confunde-se com a capacidade de conduzir o processo de forma válida e eficaz e com relação ao direito material (legitimidade *ad causam*), uma vez que o titular do direito também poderá ser titular da ação⁴⁰.

Contudo, em alguns casos, essas figuras podem ser claramente diferenciadas, uma vez que aqueles que não podem defender seus próprios direitos em Juízo deverão fazê-lo através da substituição adequada (DINAMARCO, 2013a, p. 328) conforme mencionado anteriormente no caso da representação e assistência dos relativamente e absolutamente incapazes.

O art. 18⁴¹ do CPC determina que ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, ressalvada a possibilidade de autorização pelo ordenamento jurídico.

³⁸ Íntegra do artigo 17 do CPC: “Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”.

³⁹ Íntegra do artigo 485, e inciso VI do CPC: “O juiz não resolverá o mérito quando: VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual.”

⁴⁰ Isso ocorre, por exemplo, nos casos em que condutor de veículo que sofre um dano (teve seu carro batido em um acidente automobilístico por exemplo) ingressa em Juízo contra quem causou o acidente. O condutor possui capacidade de estar em Juízo (vez que plenamente capaz para exercer os atos da vida civil), bem como é proprietário do veículo que sofreu o dano, o que evidencia sua relação com o objeto litigioso.

⁴¹ Íntegra do art. 18 do CPC: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

Ou seja, possui legitimidade de agir aquele que pleiteia direito próprio em Juízo, sendo a exceção a essa regra a substituição processual⁴², uma forma de legitimidade extraordinária, uma vez que não é o próprio titular do direito que ingressará em Juízo (ROCHA, 2013, p. 167).

Em sendo excepcional, a substituição somente ocorrerá por força de lei, nunca por vontade entre as partes, sendo primordial a comprovação da relação jurídica entre o substituto e o substituído que justifique o pleito em nome de terceiro.

É importante ressaltar que a substituição processual é figura diferente da representação e assistência processual já mencionadas. O substituto atua em nome próprio direito alheio; já a representação ou assistência verificam-se quando alguém (o representado/assistido) atua por intermédio de outrem (representante/assistente) (GRECO FILHO, 2013, p. 102).

A representação e a assistência processual estão dispostas no art. 71 do CPC, e possuem intrínseca relação com a capacidade jurídica da parte e de estar em Juízo. Por força da representação processual é que o pai poderá demandar representando seu filho, ou aquele que possui poderes via procuração atuará em nome do outorgante.

A legitimidade de agir (*ad causam*) possui, então, intrínseca relação com a capacidade processual e a capacidade para estar Juízo (*legitimatío ad processum*), uma vez que aquele que possui capacidade para conduzir o processo de forma válida e eficaz será legítimo quando comprovar sua relação com o objeto litigioso, preenchendo requisito da demanda que possibilitará a análise do mérito.

2.3.2 Interesse de agir

O interesse de agir⁴³ é a necessidade do provimento jurisdicional e a utilidade para quem o demanda (DINAMARCO, 2010, p. 513), sendo o interesse que tem qualquer pessoa de recorrer ao próprio Estado a fim de obter proteção de direito violado ou ameaçado, devidamente disciplinado no art. 17, do CPC.

⁴² Exemplos de substituição processual são citados por Greco Filho (2013, p. 102): legitimidade do gestor de negócios que atua em nome próprio e em nome do gerido (art. 861, Código Civil); possibilidade do credor de propor ação revocatória em benefício da massa falida concorrentemente com o síndico ou administrador judicial (art. 132, da Lei de Falências).

⁴³ Importante a ressalva de que o interesse de agir para Assis (2016a, p. 662) é chamado de interesse processual, nomenclatura que não será adotada.

Requisito da demanda, o interesse de agir deve ser analisado como a necessidade e utilidade da tutela jurisdicional: i) necessidade sempre que o processo puder propiciar ao requerente um resultado favorável, que lhe traga proveito, e que seja a última forma para a resolução do seu conflito (DIDER, 2016, p. 362); e ii) utilidade entre o procedimento escolhido e a tutela pretendida.

A necessidade e utilidade, esta última também entendida como adequação (DINAMARCO, 2009, p. 311), do provimento devem estar presentes, vez que é preciso que o próprio procedimento escolhido seja o correto para a obtenção da tutela jurisdicional.

É inútil a provocação da tutela jurisdicional se a medida não for capaz de corrigir ou evitar a lesão trazida na inicial (GRECO FILHO, 2013, p. 106), havendo falta de interesse caso a forma como a tutela foi pleiteada não seja adequada para a situação.

É definido por Assis (2016a, p. 665) como a tradução da oportunidade “atual e concreta do autor formular a pretensão processual perante a autoridade judiciária e, no caso de acolhimento do pedido, obter vantagem, o proveito ou a utilidade que lhe corresponde no plano substancial”.

Difere do interesse quanto ao direito material, cuja tutela será objeto da ação, e só surge quando o direito material merecer proteção. Exemplo disso é o interesse substancial do credor em receber valores, e o interesse processual de agir no caso de inadimplemento do devedor (THAMMY; ANDRADE, 2016, p. 269).

Para Alvim (2013, p. 430) o interesse no campo do direito privado dependerá da prática de um ato, ou sua omissão, que trará alguma repercussão na esfera jurídica do autor.

Reconhecendo ser mais do que mero requisito da demanda, Thammy e Andrade (2016, p. 270) trazendo ensinamento de Liebmann, afirmam que o interesse não é só para a ação em si, mas para a prática de todos os direitos processuais como direito de defesa, impugnação de sentença, dentre outros.

O art. 19⁴⁴ do CPC determina que o interesse é amplo, de forma que poderá o autor limitar-se a requerer declaração de existência, inexistência ou modo de ser de uma relação jurídica, e até mesmo de autenticidade ou falsidade de um documento.

Não é necessário que a tutela seja condenatória e que gere atos expropriatórios (como em casos de ações de execução e indenização): a mera ação declaratória, desde que comprovada a necessidade e adequação da declaração, já são suficientes.

⁴⁴ Íntegra do art. 19 do CPC: “O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica; II - da autenticidade ou da falsidade de documento”.

Para que a demanda possa ser admitida judicialmente possibilitando a análise integral do mérito, devem estar presentes e devidamente comprovados a legitimidade processual da parte e o seu interesse na propositura da ação, sob pena de que o mérito do direito subjetivo sequer seja analisado.

A tutela jurisdicional das diretivas antecipadas de vontade somente poderá ser efetiva quando preenchidos os requisitos da demanda (legitimidade e interesse), caso contrário, a análise quanto ao cumprimento da vontade do paciente sequer ocorrerá, e a tutela não será alcançada.

3 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

O ser humano busca, desde os primórdios, métodos que perpetuem a vida a todo custo e posterguem a hora da morte, prolongando situações em que esta manutenção se mostra apenas como a permanência de um corpo físico.

Durante toda a história, o corpo sempre foi considerado uma dádiva divina, merecedor de proteção superior, não passível de intervenções externas (SCHREIBER, 2014, p. 32).

A medicina sempre foi utilizada para a manutenção do corpo físico o maior tempo possível e, com o avanço da tecnologia, tem sido instrumento científico apto a auxiliar no afastamento da morte com tratamentos que somente mantêm um corpo físico ligado a máquinas que executam as funções vitais que tal corpo não é mais capaz sozinho de executar.

Com o decorrer dos anos, o pensamento moderno trouxe a necessidade de rompimento com essa ideologia de eterna permanência do corpo físico, colocando a integridade do corpo na autonomia do próprio sujeito, fazendo surgir o direito ao próprio corpo (SCHREIBER, 2014, p. 32).

A partir de então, garantias acerca da possibilidade de escolha do sujeito quanto ao próprio corpo foram incorporadas ao ordenamento jurídico, tanto nacional quanto internacional, a fim de garantir a autonomia frente a atuação de terceiros e do próprio Estado.

A Constituição Federal de 1988 determina em seu preâmbulo que a destinação institucional da Carta Magna é promover a segurança, harmonia, e solução pacífica das controvérsias. Em seu art. 1º, inciso III⁴⁵, a Constituição Federal preconiza que a dignidade é fundamento da República, alicerce do Estado Democrático de Direito.

Mais do que um simples princípio, a dignidade da pessoa humana é o elemento aglutinador das regras e princípios constitucionais, devendo nortear as interpretações de todos os ditames constitucionais (SERTÃ, 2005, p. 65).

O princípio da dignidade vem sendo construído através de grande evolução da própria humanidade, e, após a Primeira Guerra Mundial, sobrepõe-se a discussão acerca dos direitos sociais, mecanismos de realização dos direitos individuais da população (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 47).

⁴⁵ Íntegra do art. 1º da Constituição Federal: “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 fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político”.

A internacionalização dos direitos humanos somada a maior preocupação com a dignidade, passam a ser efetivamente objeto de direito a ser respeitado e garantido a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, tendo o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) estabelecido em seu artigo 4º, n. 1, que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida”.

No Direito Brasileiro, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República, alicerce do Estado Democrático de Direito, e está inserida no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.

A dignidade do paciente e o direito ao corpo tem sido um assunto cada vez mais estudado, ainda que de forma recente, uma vez que a evolução da medicina e das técnicas de saúde trouxeram um considerável aumento da expectativa de vida da população (SERTÃ, 2005, p. 5). Esse aumento da expectativa de vida causa o prolongamento dos tratamentos e até mesmo a cura de doenças antes sem qualquer perspectiva de melhora.

Ressalta Sertã (2005, p. 6), que o que era antes exceção (a manutenção do paciente em sofrimento) hoje tem se tornado regra geral, vez que muitos pacientes ficam em sofrimento não por dias, mas meses até que encontrem a morte.

Muitas dessas técnicas de prolongamento da vida afrontam a própria dignidade do paciente, além do direito ao seu próprio corpo, uma vez que, ao não poder se manifestar, tem velada sua própria vontade que, muitas vezes, é de não se submeter a tais tratamentos.

O paciente, cuja capacidade de responder por si próprio está debilitada, tem o direito de não sofrer indignidade, e de ser tratado dentro dos padrões de respeito da sociedade (SÁ, 2012, p. 147).

A prática da medicina não deve violar a dignidade do paciente, mas sim ser sempre exercida considerando-se a condição de hipervulnerabilidade do paciente, sem preferir àqueles que têm melhores condições sociais e econômicas (LEMOS PEREIRA, 2011, P. 75).

Tais métodos que buscam única e exclusivamente o prolongamento da permanência do corpo físico trouxeram discussões acerca da vida e morte do paciente, da dignidade de morrer e das diretivas antecipadas de vontade.

O artigo 1º da Resolução n. 1.995 de 31 de agosto de 2012 do Conselho Federal de Medicina define que as diretivas antecipadas de vontade são “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamento que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar livre e autonomamente, sua vontade”.

Conforme definição de Dadalto (2015a, p. 88) as Diretivas Antecipadas de Vontade são documentos utilizados quando o paciente não puder livre e conscientemente se expressar, mesmo que por uma situação transitória.

Por meio da DAV, o paciente expressará sua vontade previamente (desde que possua discernimento para tanto no momento em que a expressará), quanto aos tratamentos a que quer ou não ser submetido no futuro, bem como quanto às disposições relativas à sua morte (como disposições sobre seu enterro) (DADALTO, 2014, p. 89).

Para Kfoury (2013, p. 308), a Resolução 1.995 do Conselho Federal de Medicina⁴⁶ respeita a autonomia do paciente, e assegura ao doente “terminar seus dias de forma digna e natural, sem se submeter a tratamentos invasivos e desnecessários”.

Segundo definição de Meirelles (2016, p. 720) as diretivas antecipadas de vontade

Consistem em manifestações de vontade direcionadas à consecução de um fim de natureza extrapatrimonial, existencial, objetivado pelo emitente, qual seja, o de escolher, de modo livre e antecipado, quando ainda tem condições de expressar autonomamente a sua vontade, se pretende se submeter (ou não) a este ou aquele cuidado e/ou tratamento médicos.

As diretivas possuem relação com a própria dignidade do paciente, o direito ao próprio corpo, e sua autonomia, já que é o documento no qual o paciente poderá decidir quanto ao seu tratamento e disposições relativas à sua morte previamente, em um exercício de sua autonomia privada.

O princípio da autonomia privada é uma das mais claras formas de expressão de liberdade individual que encontra proteção pelo Direito. No sistema jurídico brasileiro, o princípio é evidenciado no disposto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, que determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Trata-se a autonomia de um agir individual, que legitima a ação do indivíduo, conformada à ordem pública e permeada pela dignidade da pessoa humana, conforme ensina Dadalto (2015a, p.17).

A autonomia também possui implicações na Bioética, ramo no qual é estudada com intrínseca relação com a capacidade, responsabilidade, busca pelo que constitui o bem e o racionalmente ético para si mesmo e aos outros (DURAND, 2003, p. 177).

⁴⁶ A íntegra da Resolução n. 1.995 do Conselho Federal de Medicina encontra-se anexa ao presente trabalho, na página 118.

A pessoa que possui autonomia está livre de coações internas e externas e escolhe as alternativas que lhe são apresentadas, através da liberdade de opção e ação (COSTA, 1998, p.57).

Ou seja, para a Bioética, a pessoa autônoma pode escolher livremente dentre as opções que possui, sendo capaz de agir com discernimento, disfrutando das escolhas que fez, sendo que uma ação que carece de liberdade de opção, ou realizada através de uma única opção não é autônoma, mas sim viciada, vez que não reflete a possibilidade e liberdade de opção.

A ação autônoma deverá ser realizada de forma moralmente justa ou correta, uma vez que a autonomia pode ser compreendida eticamente como a capacidade de decidir, ter uma ação livre e autônoma, que siga o sentido do respeito a cada e todo ser humano (DURAND, 2003, p. 177).

Além de suas implicações bioéticas, o princípio da autonomia possui fundamental relação com o Direito, motivo pelo qual é conceituado juridicamente como o reconhecimento da capacidade para se autogovernar, de modo livre, sem influências externas, respeitando-se a capacidade de decisão e ação do ser humano (SÁ; MOUREIRA, 2015, p.36).

O princípio da autonomia da pessoa representa a capacidade que tem a racionalidade humana de governar-se, ou seja, de escolher, dirimir e avaliar as situações sem quaisquer restrições internas ou externas (MEIRELLES, 2008, p. 335).

É imperativa e atua como diretriz para outras normas e como solucionadora direta de problemas jurídicos, com aplicação imediata a um caso concreto (SÁ; MOUREIRA, 2015, p.105).

As DAV representam a possibilidade que - ainda que o paciente esteja incapacitado de se manifestar naquele determinado momento em que está enfermo ou em estado terminal - possa o paciente redigir disposição antes, enquanto era plenamente capaz, quanto a sua vontade de ser tratado em caso de ulterior incapacidade. Dworkin (2009, p. 255) suscitou essa questão e já a respondeu em seguida:

Os juristas e juízes também têm decisões a tomar. Os norte-americanos têm o direito *constitucional* de morrer? No caso de Nancy Cruzan⁴⁷, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos pareceu reconhecer, ao menos em princípio, que os estados devem

⁴⁷ Caso emblemático utilizado por Dworkin (2009, p. 276-280) que trata da disputa judicial entre os pais de Nancy Cruzan e o estado do Missouri para desligarem os aparelhos da filha, em estado vegetativo permanente por conta de acidente sofrido. A paciente não possuía nenhuma diretiva antecipada formalizada, contudo já havia expressado aos seus parentes a vontade de não ser mantida por aparelhos caso estivesse em situação vegetativa permanente. Após diversas discussões judiciais em todas as instâncias possível das cortes americanas, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos entendeu que a autonomia da paciente deveria persistir, autorizando que os aparelhos fossem desligados, vindo Nancy a falecer em 1990, 7 anos após o acidente sofrido.

honrar os testamentos de vida. Que dizer, porém, de um paciente que ainda não fez tal testamento e cujos parentes ou médicos agora pensam que a morte está entre seus interesses fundamentais? Que poderes tem o estado que se defronta com uma decisão dessas? E qual é o limite entre o que uma pessoa pode solicitar, para si mesma e para os outros, e aquilo que o estado pode recusar? **As pessoas podem exigir, mediante o disposto em seus testamentos de vida, que não querem ser mantidas vivas artificialmente.** Mas não podem exigir, como determina o direito atual, que alguém as mate. (grifo nosso)

O não cumprimento do que fora anteriormente determinado pelo próprio paciente sobre sua própria condição futura viola a sua autonomia, sua dignidade e seu direito ao próprio corpo, e poderá ser objeto de tutela jurisdicional para fim de cumprimento forçado da vontade do paciente disposta na diretiva.

A fim de melhor compreender as DAV, mostra-se imperiosa a análise acerca do seu histórico e surgimento, delineando-se os motivos para a definição do instituto e sua utilização, culminando na sua aplicação irrestrita, ainda que seja necessária a propositura de uma medida judicial neste sentido.

3.1 HISTÓRICO

As DAV têm origem em 1969, nos Estados Unidos da América (EUA), recebendo a nomenclatura inicial de *living will*, tendo sido propostas por Luis Kutner com o intuito de proteger o direito individual à morte (DADALTO; TUPINAMBÁ, 2013, p. 464).

Em 1976 o *living will* já havia sido legalizado no estado da Califórnia, pelo *Natural Death Act*, que, por ser pioneiro no tema, redigiu uma legislação mais restritiva, limitando a validade do documento a cinco anos (KFOURI, 2013, p. 311-312).

Na década de 90, todos os estados norte-americanos já haviam reconhecido de forma expressa duas modalidades de DAV, quais sejam: i) o *living will* (traduzido como testamento vital), que consistia em instrumento no qual o indivíduo recusava expressamente os tratamentos os quais não gostaria de ser submetido em caso de diagnóstico de terminalidade ou comprovação de estado vegetativo permanente; e ii) o *durable power of attorney for health care* (DPAHC) (traduzido como mandato duradouro) que consistia na nomeação de pessoa para tomar decisões relativas a tratamentos médicos pelo indivíduo quando este não mais fosse capaz, permanente ou temporariamente (DADALTO, 2013, p.464).

Em 1º de dezembro de 1991, entrou em vigor lei aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos e assinada pelo presidente George Herbert Walker Bush, *The Patient Self-Determination Act (PSDA)* ou Ato de Auto-Determinação do Paciente, que positivou e tratou das Diretivas Antecipadas, denominadas de *Advanced Directives* (BOMTEMPO, 2012, p.24).

A redação da lei do *The Patient Self-Determination Act* foi iniciada em outubro de 1989 após a discussão do caso Nancy Cruzan⁴⁸ que trouxe grande repercussão nacional sobre o tema e a necessidade de maior educação e conhecimento sobre as diretivas antecipadas (CLARKE, 2009).

Através do *The Patient Self-Determination Act* a autonomia do enfermo foi reconhecida como absoluta, cabendo aos centros de saúde, quando da admissão do paciente, registrar as opções e objeções do próprio doente a tratamentos em caso de incapacidade superveniente de exercício da própria autonomia (SÁ; NAVES, 2015, p.107).

A importância da autodeterminação do paciente foi o mote central do *The Patient Self-Determination Act*, e a partir de então, reconheceu-se como legalmente aceitas as determinações acerca da recusa de tratamentos, bem como a possibilidade de nomeação de pessoa para tomar decisões quanto a tratamentos.

De acordo com a lei americana o *The Patient Self-Determination Act* consistia em três documentos, conforme ensinam Sá e Naves (2015, p.107):

- (i) *living will*: também chamado de testamento em vida ou vital, é documento por meio do qual se estabelecem os tratamentos médicos indesejados em caso de estado de inconsciência ou terminalidade. Exemplo: recusa de intubação e de ressuscitação.
- (ii) *durable power of attorney for health care*: também chamado de mandato duradouro, é documento por meio do qual se nomeia um representante para decidir pelo paciente.
- (iii) *advanced care medical directive*: é a diretiva do centro médico avançado, que trata dos procedimentos pelo qual o paciente não quer se submeter quando estiver em estado de terminalidade, nomeando um representante.

Em todas as suas modalidades, as DAV possuem como conteúdo principal o respeito à vontade do paciente expressada anteriormente ao estado de incapacidade.

Atualmente, as DAV já são aceitas em diversos ordenamentos jurídicos europeus, como Espanha (nominadas como *instrucciones previas*), França (nominadas como *relative aux droit des malades et à la fin de vie*), Bélgica (nominadas como *relative aux droit du patient*), Alemanha (nominadas como *Patientenverfügung* ou *Patiententestament*), Áustria (nominadas

⁴⁸ Caso já devidamente mencionado na nota de rodapé n. 47, página 42.

como *Patientenverfügungsgesetz – PatVG*), e também latino-americanos como Uruguai (nominadas como *Voluntad Antecipada*). (DADALTO, 2014, p. 117/121, 170, 201).

3.2 CARACTERÍSTICAS GERAIS

As Diretivas Antecipadas de Vontade envolvem a relação médico-paciente, uma vez que é relação obrigacional complexa que demanda a existência de boa-fé, confiança, equidade, e transparência, durante toda a prestação dos serviços.

O juramento de Hipócrates⁴⁹, promessa realizada pelos médicos na ocasião de sua formatura, traz a visão do profissional como um Deus, que deve tomar todas as decisões pelo paciente, pela família, sem que fosse necessários esclarecimentos acerca dos tratamentos e opções adotadas, em atuação extremamente paternalista.

Com a evolução dos meios digitais, o acesso dos pacientes à informação se dá de modo fácil e rápido, ainda que muitas vezes as respostas não estejam corretas, o que fez com que o médico tenha que estabelecer um diálogo esclarecedor com paciente e familiares que agora devem obrigatoriamente participar da tomada de decisões sobre os tratamentos e opções clínicas (EFING; NEVES, 2014, p. 70).

Esta evolução da relação médico-paciente é patente nos últimos tempos, sendo cada vez mais evidente que a transparência é imprescindível, cabendo em especial ao médico agir sempre de acordo com os princípios mencionados, e de forma mais contundente cumprindo seu dever de informação (art. 5º, XIV, Constituição Federal⁵⁰).

⁴⁹ Íntegra do Juramento de Hipócrates: “Eu juro, por Apolo médico, por Esculápio, Hígia e Panacea, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue: Estimar, tanto quanto a meus pais, aquele que me ensinou esta arte; fazer vida comum e, se necessário for, com ele partilhar meus bens; ter seus filhos por meus próprios irmãos; ensinar-lhes esta arte, se eles tiverem necessidade de aprendê-la, sem remuneração e nem compromisso escrito; fazer participar dos preceitos, das lições e de todo o resto do ensino, meus filhos, os de meu mestre e os discípulos inscritos segundo os regulamentos da profissão, porém, só a estes. Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva. Conservarei imaculada minha vida e minha arte. Não praticarei a talha, mesmo sobre um calcioso confirmado; deixarei essa operação aos práticos que disso cuidam. Em toda casa, aí entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e de toda a sedução, sobretudo dos prazeres do amor, com as mulheres ou com os homens livres ou escravizados. Àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto. Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça.” (CFM, 2017)

⁵⁰ Íntegra do inciso IV, do art. 5º, da Constituição Federal: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

O instrumento para registrar a transparência e informação nesta relação médico-paciente é o consentimento esclarecido que, em linhas gerais, traduz-se no dever do médico de fornecer ao doente suficiente informação – de modo compreensível e leal – sobre o diagnóstico, o tratamento proposto, probabilidades de êxito, os riscos e efeitos colaterais daí resultantes, as alternativas disponíveis, o porquê do tratamento escolhido e, por fim, quais os riscos pela escolha de não se submeter a qualquer tratamento (CARVALHO, 2013, p.126).

O consentimento deve ser o resultado de um diálogo claro e objetivo entre médico e paciente, vez que não mais subsiste relação de mera subordinação do paciente, devendo a escolha do tratamento ser realizada após a devida e necessária orientação do médico (EFING; NEVES, 2014, p. 77).

Sá e Naves (2009, p.34) ensinam que,

A relação médico paciente sofre substancial transformação com a consideração desse princípio (autonomia). A relação de autoridade perde espaço para a consideração do paciente como sujeito participe do processo de tratamento. Para tanto, o processo de intervenção deve ser transparente, permitindo que o paciente tenha o máximo de informações antes de decidir.

O consentimento esclarecido diferencia-se das DAV uma vez que se dirige a um pré-determinado ato médico, proposto por um certo profissional e para um fim específico; já as DAV tratam de todas e das mais diversas situações médicas, independente do profissional que irá realizá-las e de quando serão aplicadas (SCHAEFER, 2013, p.7).

É com base nas DAV que os profissionais médicos e sua equipe direcionarão os trabalhos com o intuito de que sejam empregados o tratamento e os cuidados previamente escolhidos pelo próprio paciente, e expressos por ele.

É importante ressaltar que as DAV devem ser redigidas anteriormente ao estado de impossibilidade de livremente se expressar do paciente. Isso porque, caso não haja redação anterior e o paciente não for capaz de exprimir sua vontade, será necessária a reconstrução da sua vontade analisando sua concepção de vida, seus comportamentos pregressos, e as circunstâncias concretas em que se encontra (SCHREIBER, 2014, p.67), na busca de uma morte digna.

3.3 ENQUADRAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Direito Brasileiro pouco ainda se discute quanto as DAV, mesmo sendo um tema tão atual e urgente. O Conselho Federal de Medicina iniciou a discussão formal sobre o tema por meio da edição da Resolução n. 1.805 de 28 de novembro de 2006⁵¹, que trata da permissão de limitação ou suspensão de procedimentos/tratamentos médicos que prolonguem a vida do paciente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável (denominada ortotanásia⁵²), e que pode até mesmo ser formalizada diretamente no prontuário.

Segundo os termos da Resolução, o médico poderá suspender o tratamento e manter somente os cuidados necessários (cuidados paliativos⁵³) para aliviar o sofrimento, caso seja a vontade do paciente ou de seu procurador.

Posteriormente, a Resolução n. 1.955 de 31 de agosto de 2012 do Conselho Federal de Medicina insere a denominação diretiva antecipada de vontade como direito do paciente, outorgando aos médicos o dever de cumpri-la e respeitá-la, salvo existência de motivo limitador da diretiva, que será melhor delineado no item acerca dos requisitos legais⁵⁴.

De acordo com a Resolução, caberá ao médico consultar a DAV independente da forma em que esteja formalizada, se por documento escrito, orientação do representante, ou até mesmo vontade registrada em prontuário.

Ainda que a Resolução traga a nomenclatura diretiva antecipada de vontade, não há legalização do instituto (edição de lei federal), já que a Resolução não possui força de lei mesmo sendo a regulamentação que trata especificamente do tema no país (DADALTO, 2015a, p. 164)⁵⁵.

⁵¹ A íntegra da Resolução n. 1.805 do Conselho Federal de Medicina encontra-se anexa ao presente trabalho, na página 111.

⁵² A distanásia é a tendência de investir-se todos os meios e recursos possíveis a fim de prolongar a vida do paciente, através de métodos de obstinação terapêutica/futilidade terapêutica (PESSINI, 2009, p. 01). A ortotanásia, por sua vez, conforme ensina Villa-Bôas (2008, p. 64), visa prover o conforto ao paciente sem interferir no momento da morte, sem encurtar o tempo natural de vida, nem o adiar indevida e artificialmente, o que possibilita que a morte chegue na hora certa.

⁵³ Os cuidados paliativos são definidos pela Organização Mundial de Saúde como “uma abordagem, uma forma diferenciada de avaliar necessidades e propor ações terapêuticas para o paciente e sua família”, não sendo uma condição clínica e diagnóstico (MACIEL, 2014, p. 51). A resolução 1805 do Conselho Federal de Medicina permite ao médico a suspensão de tratamento que prolongue a vida do paciente, o que possibilitou a prática dos cuidados paliativos que, segundo Maciel (2014, p. 64) trazem “uma morte paliada, onde o doente e sua família recebem o cuidado e atenção devidos, cujo objetivo é oferecer a melhor qualidade de vida possível”.

⁵⁴ Discussão na página 55.

⁵⁵ Apenas a fim de sanar eventuais dúvidas, qualquer Resolução redigida pelo Conselho Federal de Medicina não possui força de lei. Isso porque, a lei possui formas e regras para ser editada e promulgada, devendo obedecer os comandos legais para sua redação, aprovação e publicação, possuindo processo legislativo específico e obrigatório, que não convém, no presente ensaio, ser pontuado de forma específica. Ensina Reale (2002, p. 155) que a “ lei é

O Código de Ética Médica (Resolução n. 1.931 de 24 de setembro de 2009 do Conselho Federal de Medicina), também dispõe acerca da questão em seus artigos 13⁵⁶, 22⁵⁷, 24⁵⁸, 31⁵⁹, 34⁶⁰, tratando como infração ética qualquer ato que mitigue a autonomia do paciente quanto à ciência de sua condição e quanto aos tratamentos aos quais será submetido.

Diante da ausência de lei específica acerca do tema surge a discussão: é necessária a promulgação de ato normativo neste sentido ou já existem no Direito Brasileiro mecanismos legais que justifiquem a importância e sustentem a aplicabilidade das DAV?

Para que a resposta seja concreta, e levando em consideração o melhor interesse do paciente, os atos normativos existentes devem ser analisados de forma separada, ainda que este não seja o tema central deste estudo.

Iniciando-se pela Constituição Federal, tem-se que podem ser aplicados às DAV o art. 5º e seus incisos II⁶¹, III⁶² e IV⁶³, já que constitucionalmente assegurado a todos os cidadãos o direito a não serem compelidos a fazer aquilo que não são legalmente obrigados, a não serem submetidos a tratamentos desumanos ou degradantes, e a pensarem de forma livre. Tais

sempre certa e predeterminada. Há sempre um momento no tempo, e um órgão do qual emana o Direito legislado. Se se trata de uma lei federal, por exemplo, será o Congresso, através de suas duas Casas, a Câmara dos Deputados e o Senado, o órgão elaborador da lei a ser sancionada pelo Presidente da República, que integra o processo legislativo, pelo poder de iniciativa, pela sanção ou pelo veto. A origem da lei, portanto, não sofre qualquer dúvida, porquanto o órgão, que tem competência para editá-la, já está anteriormente previsto, com sua linha de atividade claramente marcada no espaço e no tempo”. Fiuzza (2010, p. 79), de forma simples, afirma que lei é a norma escrita que traduz a vontade expressa do Estado por intermédio do legislador. A Resolução não pode ser considerada lei uma vez que não passou pelo processo legislativo necessário, e por não possuir o Conselho Federal de Medicina autorização para legislar. Por conta disso, a Resolução não é de obrigatório atendimento, não possuindo força coercitiva e, se descumprida, gera apenas uma violação ética àqueles que são a ela subordinados, neste caso, os médicos. Neste sentido ensina Meirelles (2016, p. 721) que a Resolução do Conselho Federal de Medicina é “ato normativo de aplicabilidade restrita (aos profissionais regidos pelo Conselho Federal de Medicina), não tendo caráter de lei formal; por isso, não tem força normativa geral para impor a forma das diretivas, o seu conteúdo, a capacidade de quem as emite, eventual prazo de eficácia, etc”.

⁵⁶ Íntegra do artigo 13 da Resolução 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina: “Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença”.

⁵⁷ Íntegra do artigo 22 da Resolução 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina: “Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”.

⁵⁸ Íntegra do artigo 24 da Resolução 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina: “Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”.

⁵⁹ Íntegra do artigo 31 da Resolução 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina: “Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”.

⁶⁰ Íntegra do artigo 34 da Resolução 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina: “Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

⁶¹ Íntegra do inciso II, do art. 5º, da Constituição Federal: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

⁶² Íntegra do inciso III, do art. 5º, da Constituição Federal: “Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

⁶³ Íntegra do inciso IV, do art. 5º, da Constituição Federal: “É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

dispositivos constitucionais trazem, de forma geral, a força da autonomia do paciente e a necessidade de que sua vontade seja respeitada.

São garantias constitucionais que possibilitam e justificam o direito ao exercício de sua própria autonomia e autodeterminação, justificando a possibilidade de utilização das DAV quando o paciente estiver incapaz de expressar livremente sua vontade.

Não há lei que obrigue o paciente a submeter-se à determinado tratamento, sendo totalmente cabível a aplicação do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, a fim de justificar a DAV, uma vez que ninguém poderá ser constrangido a fazer algo se não em virtude de lei. A recusa do tratamento, por exemplo, é claro exercício do que dispõe o inciso II.

Ensina Streck (2017, p.50) que quando um indivíduo, maior de idade e em pleno gozo de suas faculdades mentais, deseja a morte natural para não prolongar seu sofrimento por meio de tratamentos inúteis, que apenas aumentariam o peso de sua dor, o Estado não pode obrigá-lo a se tratar. Ou seja, não pode o paciente ser obrigado a fazer aquilo que não quer, mesmo que inconsciente.

O inciso III, do art. 5º, Constituição Federal, aplicam-se as DAV uma vez que obrigar um paciente a se submeter a um determinado tratamento é o mesmo que constrangê-lo e submetê-lo a um tratamento para ele tido como degradante, violando sua dignidade e tornando a situação, até mesmo, desumana.

O respeito à livre escolha do paciente, inserido no inciso IV, art. 5º, Constituição Federal, também é fundamento que pode justificar a aplicação das DAV. Isso porque, a escolha de submeter-se ou não a determinado tratamento é do próprio paciente, não do médico, familiares ou hospital, sob pena de que o seu direito de livre manifestação seja violado.

A escolha do tratamento deve ser livre e espontânea, e as DAV são o instrumento para documentar tal vontade. O Código Civil, em seu art. 15⁶⁴, trata da autonomia do paciente de não ser constrangido a sofrer tratamento com o qual não concorde, o que também legitima e possibilita o reconhecimento da aplicabilidade das DAV.

Possui como fundamento o dever de informação (constitucionalmente garantido pelo art. 5º, inciso XIV) traduzido como o dever do paciente ser informado pelo médico acerca do procedimento e também da gravidade da doença que lhe acomete, para que possa então decidir acerca do tratamento a que será submetido (KFOURI, 2013, p. 40)

⁶⁴ Íntegra do artigo 15, Código Civil: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

O médico deve informar ao paciente diagnóstico, prognóstico, riscos e objetivos do tratamento. Haverá, também, de aconselhá-lo, informando-o dos riscos e prescrevendo o comportamento que o enfermo deverá adotar. Deve-se valor da melhor diligência e cuidado, de acordo com o estado contemporâneo da sua ciência.

O paciente tem o direito de saber sobre todo seu tratamento, desde fatos corriqueiros, até mesmo sobre questionamentos aprofundados e opções de tratamento (SERTÃ, 2005, p. 94), conforme já afirmado anteriormente quando analisado o consentimento livre esclarecido e sua diferenciação com as diretivas.

Não basta a mera menção aos procedimentos. Deve o paciente compreender o que lhe foi explicado para que possa refletir e compreender o que é melhor no seu tratamento (SERTÃ, 2005, p. 96).

O dever do profissional da saúde quanto à informação acerca da patologia e também dos tratamentos disponíveis é essencial, já que, somente após ser informado e instruído, é que o paciente poderá escolher qual tratamento deseja ou até mesmo se não irá se submeter a nenhum.

Importante a ressalva realizada por Schreiber (2014, p. 53) quanto à aplicação do mencionado artigo. Entende o autor que o constrangimento para a realização de tratamento ou intervenção que não se deseja, não pode ser aceito jamais: seja quando há risco de morte ou não. Segundo o autor, o consentimento do paciente é imperioso em todos os momentos do tratamento, sob pena de violação ao dever fundamental de informação dos médicos e estabelecimentos hospitalares (SCHREIBER, 2014, p. 55).

A Lei n. 14.254 de 2003 do Estado do Paraná, na mesma linha, dispõe sobre o direito do paciente de recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para prolongar a vida, bem como o direito de ter uma morte digna e serena. A importância do tema já vem sendo observada pelo legislador, e a legitimidade das DAV como forma de exteriorização dessa vontade de não prolongamento se faz presente no ato normativo estadual⁶⁵.

Além dos atos normativos mencionados, outro instrumento que ressalta a importância das DAV é o Enunciado n. 37 da I Jornada Nacional de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizada em 2014:

⁶⁵ Miguel Reale (2002, p. 118/119) ensina que há hierarquia entre as regras federais, estaduais e municipais, para que uma norma não incida no âmbito de aplicação de outra, e não a exclua. Fiuza (2010, p. 80) esclarece que as normas federais aplicam-se a todo o país, excetuando-se as normas federais que possuam caráter regional sendo claras neste sentido como a legislação referente à SUDENE; as normas estaduais limitam-se ao território deste estado especificamente; e as normas municipais restringem-se ao território da cidade em questão.

Enunciado n. 37: As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.

O Conselho Nacional de Justiça através do enunciado busca delimitar o tema e a forma como devem ser realizadas as DAV, e para Dadalto (2015a, p. 177) chega até mesmo a contrariar os estudos sobre o tema, diante da confusão quanto à nomenclatura, ausência de disposição acerca das manifestações de vontade não médicas (disposições sobre enterro por exemplo) e por não esclarecer quanto ao prazo de validade, declaração de incapazes, dentre outros.

Ainda que o enunciado não trate de forma clara essa questão, verifica-se que o Conselho Nacional de Justiça não buscou esgotar o tema, mas sim tratar de forma geral as DAV, como uma sugestão sobre alguns requisitos para sua formalização. Contrariamente ao que entende Dadalto, o enunciado não é taxativo, mas sim uma sugestão sobre a formalização das DAV.

Em sentido diverso é importante ressaltar o art. 13⁶⁶ do Código Civil, que dispõe acerca dos atos de disposição do próprio corpo, sendo amplamente criticado por Schreiber. Entende o autor (SCHREIBER, 2014, p. 34) que

Três críticas importantes têm sido dirigidas ao dispositivo. Podem ser assim resumidas: (i) primeiro, ao autorizar qualquer disposição do próprio corpo por “exigência médica”, o art. 13 parece elevar a recomendação clínica a um patamar superior a qualquer avaliação ética ou jurídica; (ii) segundo, ao vedar a disposição do próprio corpo que importe “diminuição permanente da integridade física”, o art. 13 sugere, a contrário *sensu*, que estariam autorizadas reduções não permanentes, o que se mostra extremamente perigoso; (iii) terceiro, o art. 13 alude à noção de “bons costumes”, ideia vaga e imprecisa, que pode causar sérias dificuldades em um terreno que sofre decisiva influência de inovações tecnológicas e científicas.

Mencionado artigo não respeitaria, conforme ressalta Schreiber, a vontade do paciente, sendo impreciso acerca da diminuição permanente *versus* não permanente, além de trazer conceito aberto ao extremo quanto aos “bons costumes”⁶⁷.

⁶⁶ Íntegra do artigo 13 do Código Civil: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.

⁶⁷ Alguns dos problemas da aplicação do artigo 13 seriam, conforme exemplos de Schreiber (2014) as tatuagens (*bodyart*), modificações do corpo por razões não médicas (*body modification*), colocação de *piercings*, lutas como vale-tudo e competições de UFC (*Ultimate Fighting Championship e Pride*), inclusão de microchips subcutâneos, realização de cirurgias de mudanças de sexo.

Segundo o autor (SCHREIBER, 2014, p. 38), o direito não deve se prestar a proibir aquilo que não seja costumeiro, sob pena de tornar-se em um óbice a própria transformação da sociedade. Continua afirmando que (SCHREIBER, 2014, p. 38), a previsão legal que possibilite qualquer coação estatal às pessoas quanto aos seus próprios corpos faz crescer o risco de que estas pessoas sejam forçadas e compelidas pelo Estado a praticar algo que não queiram e não haja obrigação para que o façam, violando até mesmo sua própria dignidade, devendo o artigo 13 do Código Civil ser utilizado com muita cautela, sob pena de violar direitos básicos de todas as pessoas, vez que anda na contramão de diversas garantias já conquistadas pela sociedade.

Como visto, diversos são os dispositivos legais em vigência que autorizam e sustentam as DAV, seja somente com a menção dos tratamentos aos quais o paciente deseja ou não se submeter e não da diretiva em si, mas ainda assim todos são unânimes quanto ao respeito à autonomia e autodeterminação do paciente.

Contudo, parte da doutrina ainda entende que é necessária a redação de lei específica acerca do tema. Para França (2014, p.543), enquanto não sobrevier lei específica acerca do tema, não há obrigatoriedade no cumprimento das DAV.

No mesmo sentido entende Barros Junior (2011, p. 244): “inexistindo legislação específica, cabe ao médico empregar todos os meios possíveis e a seu alcance para curá-lo⁶⁸, seja clinicamente ou utilizando-se de tratamentos disponíveis”.

Dadalto (2015a, p. 164) também entende que é necessária lei específica que trate do tema, já que questões como discernimento do outorgante, exemplificação dos tratamentos e cuidados que podem ou não ser recusados, critérios para aceitação e recusa destes, necessidade de registro, e extensão da participação do médico na elaboração das DAV, ainda precisam de maiores esclarecimentos legais.

Contudo, para a autora (DADALTO, 2014, p. 181) as diretivas antecipadas são válidas e legitimadas pelos princípios constitucionais, mas a lei específica poderá formalizar algumas questões ainda pendentes, conforme já afirmado por Dadalto, o que para ela facilitaria a implementação no país.

Kfoury (2013, p. 321) vai mais longe e menciona ser necessária a criação de um Código de Defesa do Paciente, no qual estariam inseridas todas as normas relativas ao consentimento informado e proteção dos doentes, sendo este Código fruto de estudos realizados entre o legislador e profissionais de diversas áreas, como bioeticistas, médicos, administradores

⁶⁸ Para sustentar seu argumento, Barros ressalta aplicação do art. 32 do Código de Ética Médica, que dispõe quanto ao tratamento dos pacientes, sendo vedado ao médico: “Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente”.

hospitalares, juristas, e ainda “todos os setores da sociedade organizada, que identificam o paciente não apenas com a doença que é portador, mas com a dignidade inarredável de ser humano”.

Ao contrário do que entendem os autores já mencionados, a evolução da relação médico-paciente trouxe maior diálogo, e, com isso, um dever do médico de esclarecer e direito do paciente de compreender quais as opções clínicas (por exemplo) para seu estado clínico. O prolongamento de uma situação com base unicamente na vontade do médico ou da família não é mais uma realidade, e o diálogo deve ser mantido sempre de acordo com o que espera e quer o paciente para seu tratamento.

A busca pelo atendimento do paciente com aplicação da melhor técnica médica, sempre e obrigatoriamente deve levar em consideração a sua vontade, e o argumento de que inexistente lei específica sobre o tema não pode ser obstáculo para o respeito e cumprimento das DAV.

Tanto não pode ser obstáculo que já podem ser visualizadas discussões judiciais acerca das diretivas antecipadas de vontade. A discussão judicial sobre o tema ainda é escassa, mas existem alguns julgados referentes ao assunto e que merecem destaque.

A primeira discussão que tratou das diretivas expressamente foi a Ação Civil Pública n. 1039-86.2013.4.01.3500, em trâmite para a Justiça Federal de Goiás, proposta pelo Ministério Público Federal de Goiás em face do Conselho Federal de Medicina objetivando a suspensão da Resolução nº 1.995/2012 e sua posterior declaração de lei inconstitucional (BRASIL, 2014).

Sustentou o *parquet* federal que a Resolução seria inconstitucional ao instituir as DAV, e, em especial, a prevalência do disposto pelo paciente sobre a vontade da família ou pareceres médicos. Dentre os argumentos jurídicos, o Ministério Público Federal ressaltou que o Conselho Federal de Medicina extravasou seu poder regulamentar, a família restou alijada de decisão que é de direito, e a resolução estabeleceu documento inidôneo para o registro das DAV (DADALTO, 2014, p. 276).

A ação foi julgada improcedente, reconhecendo-se que a Resolução respeitou a autonomia da vontade, o princípio da dignidade da pessoa humana e a proibição de submissão de quem quer que seja a tratamento desumano e degradante.

Em suas razões, a sentença reconheceu que não há “lei ou ato normativo de mesma hierarquia sobre a questão tratada” (BRASIL, 2014), sendo desejável que o legislador trate da matéria “inclusive de forma a fixar requisitos atinentes a capacidade para fazer sua declaração, sua forma, modo de revogação e eficácia”. Traz a decisão que (BRASIL, 2014): (...) “dado o vazio legislativo, as diretivas antecipadas de vontade do paciente não encontram vedação no

ordenamento jurídico. E o Conselho Federal de Medicina não extrapolou os poderes normativos outorgados pela Lei n. 3.268/57”.

Reconhece a sentença, ainda, que a Resolução trata da relação ético-disciplinar, e que “a família e o poder público não estarão impedidos de buscar a tutela judicial caso se oponham a diretivas antecipadas do paciente, nem a responsabilização dos profissionais de saúde por eventual ilícito” (BRASIL, 2014). A decisão afirma, ainda, que

Também poderá buscar a tutela judicial, a família que entender haver motivos para que a declaração de vontade do paciente não seja levada em conta (vício de consentimento, ausência de informação adequada dada ao paciente sobre a doença, prognóstico, tratamentos e riscos) (BRASIL, 2014).

Depreende-se, então, da leitura da sentença publicada em 02/04/2014 que as diretivas são válidas, e devem ser respeitadas, sendo viável a propositura de ação seja pelos parentes ou poder público quanto ao cumprimento do previamente determinado pelo próprio paciente.

Atualmente o processo aguarda julgando de Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público Federal, permanecendo concluso com o Desembargador do Tribunal Regional Federal da 1ª Região Jirair Meguerian desde 29/08/2014⁶⁹.

Em outro processo envolvendo as diretivas, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul analisou o Recurso de Apelação Cível nos autos n. 0223453-79.2013.8.21.7000 (BRASIL, 2013), originário de pedido de Alvará Judicial realizado pelo Ministério Público cujo objetivo é suprir a vontade de idoso de 79 anos em processo de necrose do pé esquerdo, resultante de uma lesão, para fim de que o Hospital autorize a amputação do membro sob pena de avanço da necrose e até morte, procedimento este que é recusado pelo paciente. O médico responsável pelo paciente procurou diretamente o Ministério Público para que a cirurgia fosse realizada mediante autorização judicial para salvar a vida do paciente.

A sentença julgou totalmente improcedente o pedido, ressaltando que o paciente, mesmo em quadro depressivo, possui capacidade para recusar o tratamento (DALDATO, 2014, p. 277). Contra a sentença foi interposta Apelação pelo Ministério Público, cuja ementa foi assim redigida (BRASIL, 2013):

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para “aliviar o sofrimento”; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia

⁶⁹ O recurso recebe o mesmo número da Ação originária (1039-86.2013.4.01.3500) e pode ser consultado no próprio site do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (www.trf1.jus.br).

mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida.

O acórdão reconhece expressamente que se o paciente não deseja realizar o procedimento cirúrgico o “Estado não pode invadir essa esfera e procedê-lo contra sua vontade, mesmo que o seja com objetivo nobre de salvar sua vida” (BRASIL, 2013). Continua a decisão (BRASIL, 2013) afirmando que o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana garantem não existir “obrigação constitucional de viver”, motivo pelo qual o paciente não pode ser obrigado a submeter-se a cirurgia ou tratamento que não queira. Por conta disso, a manifestação prévia, chamada no acórdão como Testamento Vital⁷⁰ de forma genérica, realizada pelo paciente deve ser respeitada.

A decisão reafirma a autonomia do sujeito e o respeito de sua vontade, mas trata, na essência, de um caso de recusa a tratamento e não na realidade de uma diretiva antecipada de vontade, padecendo de alguns vícios conforme ressalta Dadalto (2014, p. 278).

Ao analisar o acórdão, a autora (DADALTO, 2014, p. 278) afirma que a decisão é um retrocesso e que apresenta contradições acerca dos requisitos de redação de uma diretiva, que será analisado no próximo item; não há um testamento vital uma vez que não se está diante de declaração prévia à doença (infecção neste caso), mas sim uma recusa em tratamento; bem como o diagnóstico de depressão é fator que pode sim retirar a capacidade para o consentimento do indivíduo.

Percebe-se que as diretivas são tratadas de forma genérica e sem o devido aprofundamento no tema, confundindo-se o direito a não se submeter a tratamentos e a declaração prévia de vontade do paciente.

Verifica-se que a realidade da discussão judicial sobre as diretivas já ocorre, não sendo, ao menos de acordo com as análises realizadas, suficiente a afirmação de que a inexistência de lei específica do tema torna não obrigatório o cumprimento da DAV.

⁷⁰ A espécie Testamento Vital será devidamente tratada no item 3.5.1, página 61.

Assim, os fundamentos legais que sustentam a validade das diretivas no Direito Brasileiro são atos normativos já mencionados: art. 5º, incisos II, III e IV da Constituição Federal; art. 15 do Código Civil; Lei Estadual do Paraná n. 14.254 de 04 de dezembro de 2003; e Enunciado 37 do Conselho Nacional de Justiça.

A garantia constitucional de dignidade e o respeito à autonomia do paciente são fundamentais para justificar a validade das DAV, culminando no respeito ao paciente morrer com dignidade.

3.4 REQUISITOS LEGAIS

A DAV pode ser definida como um negócio jurídico unilateral, cuja finalidade é tratar dos cuidados futuros de saúde em caso de incapacidade, podendo ser revogada a qualquer tempo (SÁ; MOUREIRA, 2012, p.191).

Por sua vez, o negócio jurídico é “declaração de vontade dirigida à provocação de determinados efeitos jurídicos”, a “ação da vontade que se dirige, de acordo com a lei, a constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica” (GOMES, 1993, p. 280).

Para Gagliano (2013, p. 55), o negócio jurídico, de forma mais simples, seria a “manifestação de vontade, emitida em obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico, pretendidos pelo agente”.

Considerando-se a DAV como um negócio jurídico, deverão ser preenchidos, então, os requisitos de existência, validade e eficácia para que possa produzir todos os efeitos legais esperados (MEIRELLES, 2016, p. 721).

Os elementos de existência podem ser compreendidos como aqueles que fazem surgir o negócio jurídico, sendo, para tanto, imprescindível: i) a declaração de vontade manifestada por um agente; ii) um objeto a ser realizado; e iii) uma forma para se exteriorizar (GAGLIANO, 2013, p. 56-57).

No caso das diretivas antecipadas de vontade, o plano da existência pode ser considerado preenchido se levarmos em consideração a existência de uma declaração de vontade, qual seja a vontade do paciente (agente) acerca de como quer ser, ou não ser, tratado em caso futuro de incapacidade e impossibilidade de manifestar-se (objeto), e uma forma, que pode ser escrita (por exemplo).

Preenchidos os requisitos de existência, ainda é necessária a análise acerca dos requisitos de validade e eficácia da diretiva, levando-se em consideração que a DAV é um negócio jurídico.

O art. 104⁷¹ do Código Civil evidencia que os requisitos de validade do negócio jurídico são capacidade do agente, objeto lícito, possível ou determinável e a forma prescrita em lei ou não defesa em lei. Para Gagliano (2013, p. 58) os requisitos de validade seriam os requisitos de existência “adjetivados”.

Por fim, para que a diretiva seja válida, deverá ser redigida por agente capaz. Quanto à este item, é importante a menção de que no presente estudo o recorte inicial deixou claro que a DAV foi redigida por pessoa capaz, estando preenchido o primeiro requisito legal de validade necessário.

Quanto ao agente capaz, Godinho (2012, p.972) entende que a diretiva depende da comprovação de dois fatores: i) que o paciente não é mais capaz de tomar decisões sobre os cuidados da sua saúde, e ii) que não há perspectiva de que o paciente recobre discernimento para tomá-las.

O paciente deverá, então, ser plenamente capaz quando redigir a DAV, para que a sua vontade não seja distorcida posteriormente pela própria doença ou por situações externas.

Ausente determinação legal em sentido diverso, as diretivas possuem forma livre, consoante determina o art. 107⁷², do Código Civil, não havendo necessidade de ser um negócio jurídico solene, redigido de forma específica que se não for obedecida poderá causar uma nulidade. Por conta disso, poderá ser redigida de forma escrita (instrumento público ou particular), anotada no prontuário médico (conforme define Resolução n. 1.995/2012 do CFM), e até mesmo declarada de forma verbal, por gravação, filmagem, e até uso de linguagem de sinais (MEIRELLES, 2016, p. 723).

Para a autora (MEIRELLES, 2016, p. 721), apesar de a diretiva possuir forma livre, a forma escrita pode garantir maior segurança jurídica, em especial quando houver a nomeação de representante. No mesmo sentido defendem Sá e Moureira (2012, p.191) que as DAV devem ser realizadas primordialmente de forma escrita,

No Brasil, a manifestação /doutrinária, legal e jurisprudencial sobre o tema é incipiente. Optamos por defender a legitimidade das diretivas, como manifestação

⁷¹ Íntegra do art. 104 do Código Civil: “A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.”

⁷² Íntegra do artigo 107 do Código Civil: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

escrita, feita por pessoa capaz que, de maneira livre e consciente, determina suas opções, seus desejos e preferências, que devem ser respeitados quando ocorrerem situações clínicas que impeçam a comunicação da vontade pelo titular.

Isso porque se a diretiva for escrita, haverá maior facilidade de ser comprovada sua existência, diante da força probante dos documentos escritos, nos moldes do que determinam os artigos 408⁷³ e 411⁷⁴, do CPC.

Em sendo a diretiva de forma livre diante da ausência de determinação legal neste sentido, também não há qualquer obrigação legal acerca do prazo de validade. Por conta disso, entende Sá (2015, p. 401) que as disposições das DAV podem ser revogadas a qualquer tempo.

Não é necessário definir um prazo de validade para a diretiva, contudo, a declaração de vontade deve refletir o sentimento atual do paciente, motivo pelo qual a sua renovação de tempos em tempos seria um meio de reafirmar a vontade do paciente e outorgar maior validade à declaração.

Tanto o requisito quanto ao objeto lícito e de forma não defesa em lei são preenchidos quando se reconhece que os atos normativos brasileiros permitem a redação da DAV, ainda que não de forma expressa por lei específica, bem como não há qualquer óbice legal à declaração de vontade do paciente, conforme já mencionado.

Reconhecida a validade das DAV, necessária se faz a análise acerca do requisito de eficácia, para que a vontade do paciente esteja posta no instrumento adequado e possa produzir os efeitos desejados, uma vez que são documentos válidos e possuem eficácia *erga omnes*, mas podem sofrer limitações.

Os requisitos de eficácia do negócio jurídico são: i) termo – “evento futuro e certo, que protraí o começo da produção de efeitos (termo inicial) ou faz cessá-los (termo final); (ii) condição – “evento futuro e incerto eu, se ocorrente, poderá dar início à produção de efeitos (condição suspensiva) ou fazer cessá-los (condição resolutiva)”; (iii) modo/encargo – “determinação acessória acidental de negócios jurídicos gratuitos, que impõe ao beneficiário da liberalidade um ônus a ser cumprido em prol de uma liberalidade maior” (GAGLIANO, 2013, p. 60). Tais elementos estão disciplinados entre os artigos 121 e 137 do Código Civil.

⁷³ Íntegra do artigo 408 do CPC: “As declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário”.

⁷⁴ Íntegra do artigo 411 do CPC: Considera-se autêntico o documento quando: I - o tabelião reconhecer a firma do signatário; II - a autoria estiver identificada por qualquer outro meio legal de certificação, inclusive eletrônico, nos termos da lei; III - não houver impugnação da parte contra quem foi produzido o documento”.

A eficácia do negócio jurídico é diferida a um momento posterior, com o advento de uma condição, quando somente a partir de então o negócio será eficaz (MIRANDA, 2009, p. 67).

As três principais limitações, condições para eficácia da diretiva, são, para Dadalto (2015a, p. 100): i) disposições na DAV contrárias ao ordenamento jurídico; ii) disposições da DAV contraindicadas à patologia do paciente ou que indiquem tratamentos já superados pela Medicina, e iii) a objeção de consciência do médico.

A primeira delas, disposições contrárias ao ordenamento jurídico reafirmam que toda e qualquer vontade do paciente que vá de encontro à uma norma jurídica retira a eficácia da DAV. Essa previsão busca afastar, principalmente, qualquer determinação que justifique a eutanásia.

Isso porque a eutanásia é prática totalmente vedada pelo ordenamento jurídico pátrio que no artigo 121, § 1^o⁷⁵ do Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940, o Código Penal, criminaliza a conduta de matar alguém impelido por motivo de valor social ou moral ou sob domínio de violenta emoção.

A eutanásia seria, para Sá e Naves (2009, p. 302), a promoção do óbito por ação (eutanásia ativa; exemplo é a injeção letal) ou omissão (eutanásia passiva; exemplo é renúncia dos métodos de obstinação terapêutica⁷⁶) do médico ao empregar ou omitir-se quanto à um tratamento para produzir a morte do paciente que se encontra em sofrimento, abreviando-lhe a vida⁷⁷.

Entende Dadalto (2015a, p. 102) que as disposições contraindicadas à patologia do paciente ou a realização de tratamento já superados pela medicina também poderão retirar a eficácia da DAV, quando contrariarem o melhor interesse do próprio paciente.

⁷⁵ Íntegra do artigo 121, § 1º do Código Penal: “Matar alguém: pena – reclusão, de seis a vinte anos. §1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”.

⁷⁶ A obstinação terapêutica pode ser entendida como a utilização de todo e qualquer meio que possa prolongar a vida do paciente. A renúncia a esses meios, nos casos de eutanásia passiva, tem como exemplos deixar de realizar a alimentação enteral no paciente, não aplicar um antibiótico em um paciente doente sem qualquer perspectiva de cura, ou até mesmo não realizar a reanimação cardíaca, levando à morte natural.

⁷⁷ Importante a menção acerca do conceito de distanásia, completamente oposta à eutanásia passiva, reconhecida como o ato de prolongar ao máximo a vida humana (SÁ; NAVES, 2009, p. 303) mesmo quando não houver qualquer possibilidade de cura, com a utilização de qualquer meio de obstinação terapêutica. Para Sertã (2005, p. 32) o melhor conceito de distanásia é o de tratamento médico fútil, ministrado em pacientes com graves moléstias sem solução definitiva pela medicina. A palavra fútil vai além da inutilidade, sendo ato de persistir em um tratamento que não trará nenhum benefício ao paciente (SERTÃ, 2005, p. 33). O Código de Ética Médica ressalta em seus artigos 32 e 41, que é vedado ao médico não utilizar todos os meios reconhecidos e ao seu alcance a favor do paciente, bem como abreviar sua vida, ainda que este seja o pedido do próprio doente. Mencionadas disposições do Código de Ética Médica sustentariam a obrigação do médico em praticar distanásia, prolongando ao máximo a vida ainda que com sofrimento. A prática da distanásia poderá violar a dignidade do paciente, sua autonomia e até mesmo disposição da sua DAV, podendo ser considerada na categoria de prática que causa indignidade ao paciente.

Mencionadas disposições contrárias à patologia do paciente podem ser verificadas quando houver grande lapso temporal entre a redação da diretiva e a sua aplicação, uma vez que a ciência médica está em constante evolução e reformulação. No dia da redação da diretiva o tratamento recomendado era um; quando do seu cumprimento o tratamento anterior sequer é utilizado mais como forma terapêutica.

O não atendimento à vontade prévia do paciente, neste caso, deve ocorrer somente quando houver uma mudança significativa na eficiência ou variedade dos tratamentos médicos disponíveis e que poderiam ter alterado a vontade expressada anteriormente (SCHREIBER, 2014, p. 67).

O último limitador/condicionante da DAV seria a objeção de consciência, prevista no inciso IX, do Capítulo II do Código de Ética Médica, que determina expressamente que poderá o médico recusar-se a realizar atos médicos contrários à sua própria consciência.

A recusa, segundo entende Barros Junior (2011, p. 144), poderá ocorrer quanto à realização de um procedimento que, no entendimento do médico, viole uma norma moral interna, devendo o paciente ser encaminhado a outro profissional. O autor (BARROS JUNIOR, 2011, p. 144) traz como exemplo para recusa que viole uma moral interna do profissional, a não realização de laqueadura tubária, aborto ainda que legalmente permitido, e transfusões sanguíneas (testemunhas de Jeová).

A recusa deve ser devidamente fundamentada e também não seria absoluta. Em casos de urgência e emergência, ou quando somente há aquele profissional na localidade, a objeção não inibe a atuação do médico (BARROS JUNIOR, 2011, p. 144). Para Dadalto (2015a, p. 100/101) a recusa deve ser muito bem justificada:

Assim, é direito do médico, diante do testamento vital, não atender a vontade do paciente. Entretanto, esta recusa deve estar balizada por razões éticas, morais, religiosas ou qualquer outra razão de foro íntimo. Não é possível, desta forma, que a objeção de consciência do médico seja respaldada na recusa injustificada; é necessário externar o motivo pelo qual está recusando a cumprir a disposição de vontade do paciente e, neste caso, deverá encaminhá-lo para cuidados de outro médico.

Verifica-se que todos os requisitos dos negócios jurídicos nos planos da existência, validade e eficácia estão presentes na diretiva antecipada de vontade, motivo pelo qual é documento plenamente cabível para a documentação da vontade do paciente.

Por isso, a mera alegação de que não há ato normativo específico acerca das DAV não pode ser fundamento para negar seu cumprimento. Se ausente qualquer nulidade na diretiva (seja no âmbito da existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos) os dispositivos legais mencionados anteriormente sustentam sua aplicabilidade e cabimento no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que ignorar a vontade do paciente parece ser o mesmo que desrespeitar a capacidade de autodeterminação do indivíduo e sua dignidade.

3.5 PRINCIPAIS ESPÉCIES

A manifestação da vontade do paciente poderá ser realizada através das DAV, tratada como gênero por Dadalto (2015b), tendo como principais espécies o testamento vital e o mandato duradouro.

Importante a ressalva que, para Kfoury (2013, p. 318), haveria uma terceira espécie de diretiva chamada ordem de não ressuscitar (*do not resuscitate – DNR*). Para o autor (KFOURI, 2013, p. 318) esta modalidade existente nos Estados Unidos da América, prevê que os doentes terminais com pouca ou nenhuma chance de recuperação de “suas funções vitais, mediante a ressuscitação artificial, podem emitir a chamada ordem de não ressuscitar (DNR)”, cabendo aos médicos e profissionais em caso de emergência somente utilizar sedativos ou meios a proporcionar mais conforto ao paciente, sem aplicar as técnicas de ressuscitação.

Ainda que seja uma determinação de diretiva antecipada de vontade, como é pouco mencionada pelos estudiosos do assunto e pode ser objeto do próprio testamento vital, a ordem de não ressuscitar não será analisada a fundo neste ensaio.

3.5.1 Testamento Vital: *Living Will*

Denominado como Testamento Vital, o *living will* é a declaração unilateral de vontade do paciente, cujo conteúdo é a descrição dos tratamentos que lhe poderão ser dispendidos caso não possa se expressar quando estiver em situação de terminalidade de vida (DADALTO, 2014, p. 97).

A própria terminologia utilizada de Testamento Vital é questionada, eis que pode trazer a confusão entre o testamento disposto no art. 1.857⁷⁸ do Código Civil. Defendendo a utilização da nomenclatura Testamento Vital está Dadalto. (2015a, p. 97), que sustenta somente ser um erro de tradução realizada de forma literal

(...) o erro da tradução cinge-se basicamente à incompatibilidade das características do testamento vital com a característica principal o testamento, qual seja, a produção de efeitos mortis causa, pois o conceito apresentado acima deixa claro que essa declaração surtirá efeito durante a vida do paciente.

Contudo, conforme entendimento de Bomtempo (2012, p.25), Sá (2012, p.183/184) e Fernanda Schaefer (2013, p.6), a nomenclatura testamento vital é criticada já que não é um testamento conforme faz crer o nome.

Isso porque o conceito de testamento, conforme descrição de Lôbo (2013, p. 191), é de “negócio jurídico unilateral, formal e pessoal, cujos efeitos ficam suspensos até que ocorra o evento futuro e indeterminado no tempo, que é a morte do próprio testador”

Já o *living will* é negócio jurídico unilateral, cuja finalidade é tratar dos cuidados futuros de saúde em caso de incapacidade, produzindo efeitos em vida (SÁ; MOUREIRA, 2012, p.191).

Reside aí a maior diferença entre os institutos e o motivo pelo qual Bomtempo (2012, p.25), Sá (2012, p.183/184) e Fernanda Schaefer (2013, p.6) defendem ser a nomenclatura indevida: enquanto o testamento produz efeitos somente após a morte, o *living will* produz efeitos em vida.

De toda sorte, a terminologia testamento vital será aqui adotada para facilitar sua compreensão e diferenciação da outra modalidade de diretiva, mandato duradouro, que será analisada na sequência.

O testamento vital é diretiva que possui como característica principal ser um documento de manifestação de vontade cujo conteúdo deve obrigatoriamente ser redigido pelo paciente enquanto capaz, e que trate acerca da suspensão de tratamentos⁷⁹ em caso de estado terminal, estado vegetativo permanente ou doença crônica incurável (DADALTO, 2015a, P. 97), sendo

⁷⁸ Íntegra da redação do artigo 1.857 do Código Civil: “Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”.

⁷⁹ A suspensão de tratamento pode ser também compreendida como a Suspensão de Esforço Terapêutico (SET), que disporá acerca dos tratamentos extraordinários, que caracterizam a distanásia (prolongamento injustificado do estado do paciente e a sua vida). Para Maciel (2014, p. 58) a caracterização de um tratamento extraordinário deve levar em consideração a técnica médica mas principalmente os valores, bem estar, necessidades e vontade do paciente no fim de vida.

aplicado quando o paciente estiver impossibilitado de expressar livremente sua vontade no momento de fim da vida.

O documento também poderá ter em seu conteúdo disposições acerca da recusa ou possibilidade de doação de órgãos (SCHAEFER, 2013, p. 6), informações sobre tratamentos quando houver diagnóstico de doenças fatais (DADALTO, 2015a, p.99), além de disposições sobre os procedimentos de funeral e enterro.

As disposições acerca dos requisitos de existência, validade e eficácia permanecem, e segundo Dadalto (2015a, p.99), o documento produz efeitos *erga omnes* e deverá ser respeitado pelo médico, parentes do paciente e eventual procurador de saúde.

3.5.2 Mandato Duradouro

O mandato duradouro é documento de nomeação de um ou mais procuradores que deverão ser consultados pelos médicos em caso de incapacidade do paciente - definitiva ou não -, para que decidam sobre a realização ou não de procedimentos/tratamentos.

Caberá ao procurador de saúde decidir, de acordo com a vontade do paciente, (DADALTO, 2015a, p.91) em casos de terminalidade de vida ou não, sendo, para a autora, documento mais amplo que o testamento vital.

O mandato duradouro destina-se a toda e qualquer situação médica, e não somente aos casos de terminalidade de vida, o que evita qualquer incerteza quanto ao poder de decidir (SCHAEFER, 2013, p.7).

É tratado por Kfoury (2013, p. 316) com a nomenclatura de procurador para cuidados de saúde (PCS), sendo definido como sendo a nomeação de terceiro, decisor substituto com plena capacidade intelectual e volitiva, que tomará as decisões em nome do doente em caso de incapacidade futura deste.

É negócio jurídico no qual um terceiro (procurador de saúde) é nomeado para decidir acerca dos procedimentos aos quais o paciente poderá ser submetido, sempre de acordo com o melhor interesse e a vontade do outorgante (DADALTO, 2014, p. 93).

Diante da ausência de previsão legal específica acerca das diretivas, não há qualquer determinação legal acerca da forma e prazo de vigência do mandato duradouro, motivo pelo qual também se aplicam as disposições gerais⁸⁰ tratadas anteriormente quanto às diretivas.

⁸⁰ Vide página 45.

Sugere Godinho (2012, p.969) que a forma escrita, mediante a lavratura de documento por instrumento público, traria maior confiabilidade e presunção de veracidade. Para Kfourri (2013, p. 317), o mandato duradouro deve ser redigido de forma escrita e formal, na presença de um notário ou de três testemunhas, sugerindo a possibilidade de redação do documento de forma pública ou particular.

Entende Dadalto (2013, p. 470), que o mandato duradouro poderá ser revogado a qualquer tempo, sugerindo, ainda a inclusão de cláusula no documento atestando que o mandante estava ciente da possibilidade de revogação dos poderes a qualquer tempo.

A outorga de poderes a terceiro causa discussões como a questão de quem será nomeado como procurador do paciente, diante do possível conflito entre decisão de acordo com a vontade do procurador e não do paciente e a possibilidade de existência de conflitos sucessórios (nomeação de parente próximo por exemplo) (DADALTO, 2014, p. 93).

São conflitos cuja solução é mais complexa do que se imagina, uma vez que a nomeação de procurador deverá ser realizada para garantir o cumprimento da real vontade do paciente e não de outrem. O procurador deve ser uma pessoa próxima do mandatário e que deverá saber ao fundo qual sua real vontade e aplicá-la (DADALTO, 2015a, p.93), sempre respeitando o desejo e as convicções seguidas pelo paciente antes de encontrar-se naquela situação de incapacidade (SCHAEFER, 2013, p. 7)

A nomeação de um procurador familiar somente se legitimará se ele colaborar para o resgate da dignidade do paciente, valor que se encontra ameaçado em situações limítrofes à morte (SERTÃ, 2005, p. 106).

Explica Dworkin (2009, p. 272) que, nestes casos, os valores dos familiares podem ser considerados paternalistas e egoístas, eis que consideram que o paciente desconhece seus próprios interesses, motivo pelo qual aqueles que ali estão seriam os que realmente sabem o que é melhor e bom para o enfermo.

A isenção do procurador é fundamental para afastar quaisquer conflitos sucessórios, bem como resguardar a aplicação da vontade do paciente. Sem isenção, o que é muito possível que aconteça quando o procurador nomeado é familiar, os direitos e vontades do paciente podem ser viciados, e o mandato duradouro perderá sua razão de ser.

Por isso, a nomeação de procurador que efetivamente conhecia o paciente e que tinha com ele proximidade, a fim de que a vontade do paciente prevaleça sempre e não haja qualquer desvirtuamento do instituto, parece ser a melhor opção.

4 A TUTELA JURISDICIONAL E A PROTEÇÃO DA VONTADE DO PACIENTE EXTERIORIZADA NAS DAV

A finalidade de um processo é solucionar controvérsias, para que os direitos subjetivos possam ser plenamente exercidos (MEDINA, 2017, p. 101), o que se dará com a formação de uma relação jurídica formada entre partes e órgão jurisdicional através da prática de sucessivos atos.

O direito processual civil possui três institutos básicos e fundamentais: a jurisdição, a ação e o processo (DINAMARCO, 2010, p. 286), que já foram explicados anteriormente⁸¹. Interessa ao presente estudo a análise do início do processo, da ação e como os requisitos processuais deverão ser preenchidos para que a tutela das DAV seja efetivada, possibilitando a compreensão da controvérsia principal, ou seja, o atendimento da vontade do paciente.

Ainda que as discussões acerca da jurisdição competente e do direito de ação possuam diversas ramificações e objetos de estudo, o foco principal é a ação, o processo, e a tutela jurisdicional adequada para garantir a propositura da demanda, a fim de que a defesa da vontade do paciente tenha seu mérito judicialmente analisado.

Os primeiros fundamentos que sustentam a discussão judicial sobre as diretivas antecipadas de vontade são os princípios do acesso à justiça e da busca pela tutela efetiva. Os dispositivos legais tratados anteriormente dão sustentação à propositura de uma ação, eis que justificam a necessidade e obrigatoriedade de cumprimento da vontade do paciente, sendo o processo civil o meio para obtenção da tutela jurisdicional e do resultado através da força (poder estatal). As DAV são um exemplo cuja ausência de regulamentação específica não pode prejudicar o reconhecimento de um direito.

Entende Streck (2017, p. 50), que o respeito às diretivas é imperioso já que não há qualquer fundamento que justifique a interferência do Estado na esfera da liberdade individual do paciente, o que, segundo ele, comprometeria até mesmo o texto constitucional, uma vez que, em um Estado Democrático de Direito, o Estado não tem autorização de intervir em toda e qualquer decisão do indivíduo.

Sendo impositiva a intervenção do Estado na liberdade individual do paciente, a discussão quanto ao cumprimento das DAV poderá ocorrer quando houver conflito entre a

⁸¹ Vide nota de rodapé n. 8, página 17.

vontade expressa do paciente e a vontade da família (DADALTO; SAVOI, 2017, p. 157), bem como em caso de conflito entre a equipe profissional.

Via de regra, existindo declaração expressa do paciente, a DAV deve ser respeitada, de modo a garantir os direitos da pessoa humana. Inexistindo manifestação expressa de vontade, cabe à equipe multidisciplinar de saúde decidir sobre os cuidados do paciente (DADALTO; SAVOI, 2017, p. 158).

Na prática, muitas vezes tais conflitos não se resolvem simplesmente no âmbito social, em razão da complexidade do tema, gerando discussões judiciais quanto ao cumprimento da DAV. Para justificar a propositura de demanda judicial a fim de ver cumpridas as determinações das DAV, os princípios do acesso à justiça e efetividade da tutela são seus principais fundamentos.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXV, garante expressamente o acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva, que se dá mediante a propositura de uma demanda, com o objetivo de afastar ameaça ou lesão ao direito individual daquele paciente que busca o cumprimento da DAV.

Sendo assim, a discussão sobre a aplicação ou não da DAV no âmbito jurisdicional não poderá ser impedido caso uma norma que proíba ou dificulte o acesso à justiça for de encontro com os preceitos constitucionais (CÂMARA, 2012, p. 58). Caberá ao Estado-juiz dar a correta aplicação da lei para o caso, via um processo justo.

Garantido o acesso à justiça, também estará garantido o direito ao processo justo e a efetividade da tutela jurisdicional pretendida. Em outras palavras, de nada adianta ingressar em Juízo, se não houver garantia da efetiva solução da controvérsia.

A instrumentalidade do processo, o acesso à justiça e a efetividade garantem o acesso à tutela jurisdicional, uma vez que a escolha da técnica processual que melhor se adequa ao caso concreto proporcionará uma solução justa ao direito material objeto do litígio (VIOLIN, 2013, p. 59), já que a ausência de forma específica definida em lei não pode, por si só, ser óbice à tutela jurisdicional.

A faculdade de ingresso em Juízo, a ação, e o direito ao provimento de mérito, somados, culminarão na efetividade da tutela jurisdicional (DINAMARCO, 2010, p. 375), que será obtida de forma plena apenas com a prolação da sentença favorável ao autor, quando este tenha direito à ação e uma pretensão totalmente amparada no direito material (DINAMARCO, 2010, p. 374).

A garantia constitucional de que aquele que busca o cumprimento da DAV poderá ingressar em Juízo para levar sua pretensão à discussão (acesso à justiça), não basta para que o respeito à vontade do paciente seja garantido, e a tutela seja efetiva. As partes envolvidas

precisam participar efetivamente do processo, respeitar o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e influenciar verdadeiramente a decisão judicial de mérito. Afinal, a inafastabilidade da tutela e a efetividade do processo são garantias que caminham juntas.

Além disso, compete ao juiz o dever legal de analisar os argumentos que sustentam a pretensão, aqueles mencionados na defesa, assegurando uma decisão de qualidade e que o conflito será resolvido de forma motivada e fundamentada.

Garantida a possibilidade de propositura da demanda, bem como o direito a tutela jurisdicional efetiva, é necessária a escolha da modalidade de tutela adequada ao direito subjetivo em discussão, que orienta a parte na escolha da melhor técnica processual, para que, posteriormente, sejam cumpridos dois requisitos fundamentais: o interesse de agir e legitimidade processual.

4.1 A PROTEÇÃO E A TUTELA ESPECÍFICA

Ao se falar de cumprimento da vontade do paciente, é importante ressaltar que o que se busca é garantir o efetivo exercício do direito à liberdade e à autonomia do enfermo. O direito é que deverá ser tutelado, e não eventual dano que possa ser causado em virtude do descumprimento da diretiva.

A tutela ressarcitória, conforme visto anteriormente, é modalidade com a função de promover a compensação do dano sofrido, e não cessar ou impedir que o dano ocorra.

Conforme visto, a tutela ressarcitória, em sua essência, é cabível quando houver interesse de recebimento de indenização pela ocorrência de dano por não aplicação da DAV, mas não para cessar eventual ilícito por conta do descumprimento ou fazer cumprir a disposição redigida anteriormente.

O recorte realizado inicialmente deixa claro que a diretiva redigida não possui qualquer vício, seja de eficácia ou validade⁸², motivo pelo qual não há qualquer óbice para seu cumprimento por alegação de nulidade nos seus termos.

⁸² Conforme visto no item 3.4, página 56, os requisitos de existência da diretiva são: (i) a declaração de vontade manifestada por um agente; (ii) um objeto a ser realizado; e (iii) uma forma para se exteriorizar. Já os requisitos de validade são capacidade do agente no momento da redação da diretiva, objeto lícito, possível e determinável, diante da ausência de previsão legal que diga o contrário, e a forma prescrita em lei ou não defesa em lei. Por fim, quanto ao plano da eficácia, as três principais limitações, condições para que a diretiva seja eficaz são, para Dadalto (2015a, p. 100): (i) disposições na DAV contrárias ao ordenamento jurídico; (ii) disposições da DAV

Ressalvado este importante ponto, o descumprimento da diretiva, com a não realização das disposições do paciente, merece tutela jurisdicional, diante da falta de solução pacífica sobre a questão, seja em virtude de descumprimento oriundo de ato da família ou do próprio médico.

Sendo o principal objeto que se busca a tutela o efetivo cumprimento da diretiva, tem-se que o que se busca, na essência, parece ser a prevenção ou paralisação do ilícito, a fim de que se cumpra o que está disposto na diretiva.

A efetividade na tutela jurisdicional poderá ser melhor visualizada quando o ato ilícito for prevenido ou cessado, já que a reparação do dano sofrido pelo paciente pode não trazer o resultado útil esperado pelo enfermo, qual seja o de cessar a situação que cerceia seu direito de aplicação da escolha realizada anteriormente.

A escolha do paciente necessita de instrumento de tutela específica para a sua proteção, compreendendo Arenhart (2000, p. 36) que as sentenças condenatória, declaratória e constitutiva são impróprias para garantir a proteção, não parecendo haver efetividade na aplicação exclusiva da tutela ressarcitória.

Em sendo a tutela inibitória forma de tutela específica adequada para a prevenção dos direitos mediante a coerção (MARANHÃO, 2006, p. 3), parece adequado compreender que a satisfação do direito será mais efetiva com a aplicação do parágrafo único do art. 497, do CPC.

A tutela inibitória é modalidade que busca vedar a prática, a reiteração ou a continuação de um ato ilícito, sendo irrelevante a demonstração de que houve dano por conta da prática que se busca afastar.

A tutela inibitória será concedida quando houver prova do ato ilícito ou de sua probabilidade de ocorrência, não sendo objeto a comprovação de que houve dano, uma vez que a prova de sua possibilidade de vir a existir basta (Arenhart, 2000, p. 155). A fim de justificar a desnecessidade de demonstração do dano, em lição esclarecedora, Marinoni (2015a, p. 320) relata que

Na verdade, o dano é realmente o sintoma ou o indicativo da probabilidade do ilícito e importa para efeito de tutela voltada para o futuro apenas por constituir a evidência concreta do ato contrário ao direito. Ou seja, não é correto imaginar que não há interesse de agir em obter tutela preventiva quando o dano é uma mera possibilidade do ato contrário ao direito e não uma probabilidade indissociavelmente ligada a ele. Se fosse assim, haveria apenas pretensão à inibição do dano e não pretensão à inibição do ilícito.

contraindicadas à patologia do paciente ou que indiquem tratamentos já superados pela Medicina, e (iii) a objeção de consciência do médico.

A pretensão objeto de tutela jurisdicional aqui discutida é o cumprimento da vontade do paciente. Para que se obtenha uma solução efetiva e justa para o litígio envolvendo o desrespeito ao previamente disposto pelo paciente, a prevenção à violação do direito parece ser aquela que melhor protegerá o paciente e sua vontade, garantindo o cumprimento da DAV.

Defendendo o cabimento da tutela inibitória, em especial nos casos em que o objeto de litígio envolve o direito à saúde, Maranhão (2006, p. 4) ressalta que a tutela jurisdicional específica, com utilização de condenação-execução forçada, é suficiente para afastar práticas que prejudicam pacientes, sendo que a tutela específica garante, inclusive, o respeito à própria dignidade humana dos pacientes (MARANHÃO, 2006, p. 10).

Para Arenhart (2000, p. 159), a aplicação da tutela inibitória, e da respectiva técnica, deve ser realizada mediante um processo extremamente breve e simples, na medida em que o direito é absoluto, e não há necessidade de prova de dano ou culpa da ameaça de lesão, não havendo objeto de questionamento em Juízo.

Recebido o pedido de tutela jurisdicional na modalidade inibitória, caberá ao juiz a análise acerca dos requisitos para a concessão da decisão, que, conforme dito anteriormente, são a comprovação do direito e da violação ou probabilidade de sua violação.

A decisão que conceder a tutela inibitória requerida poderá ser cumprida mediante a utilização de providências a serem determinadas pelo juiz que assegurem a sua obtenção, com aplicação dos postulados da adequação e da necessidade (MARINONI, 2015b, p. 282).

Tais providências podem ser determinadas inclusive de ofício, o que amplia as possibilidades para o cumprimento da decisão que busca a proteção do direito, conforme texto do art. 536⁸³ do CPC, que menciona que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para efetivar a tutela específica, determinar as medidas necessárias à satisfação do autorizado judicialmente.

Dentre tais medidas, o §1^{o84} do art. 536, CPC, determina a aplicação de multa, remoção de pessoas e coisas, e até reforço policial. Contudo, a prestação da tutela inibitória não poderá causar dano excessivo ao réu, devendo ser concedida dentro dos limites adequados ao caso concreto para a prevenção ou não continuação do ilícito (MARINONI, 2015b, p. 483).

⁸³ Íntegra do artigo 536 do CPC: “No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.”

⁸⁴ Íntegra do §1º do artigo 536 do CPC: “§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.”

Sobre a aplicação da multa, é importante mencionar que, deferida a tutela inibitória para se fazer cumprir a vontade do paciente e a DAV, poderá o juiz fixar multa em caso de descumprimento por parte de quem pratica o ilícito.

Segundo Marinoni (2015b, p. 485), a tutela inibitória executiva deverá ser aplicada quando a coerção indireta parecer imprópria e se tiver certeza que o cumprimento da decisão será um problema, bem como quando o demandado não possuir bens. Isso porque, o juiz poderá terminar, além da aplicação de uma multa por descumprimento da decisão, uma série de medidas de impeçam a continuidade do ato ou inibam a sua prática.

Tendo em vista o conceito aberto adotado pelo código (medidas necessárias à satisfação) a possibilidade de cumprimento da DAV poderá se dar, por exemplo, via mandado de intimação do demandado para que pratique os atos dispostos na diretiva ou abstenha-se de determinadas ações, inclusive com designação de reforço policial, se necessário.

Em linhas gerais, para que a tutela inibitória seja concedida é imprescindível a prova da ocorrência do ato ilícito ou de sua probabilidade de ocorrência, cabendo ao juiz o dever de assegurar medidas para a proteção do direito.

A modalidade de tutela que se enquadra ao direito material do paciente que necessita de tutela jurisdicional parece ser a tutela específica inibitória, cujo objetivo será o de inibir o descumprimento da diretiva ou de cessá-lo, com possibilidade de que o juiz fixe multa e até mesmo determine as medidas necessárias para seu devido cumprimento.

Reconhecida a modalidade de tutela que dará efetividade à garantia do direito material, é imprescindível que os requisitos para a análise do mérito sejam preenchidos, quais sejam a legitimidade e interesse de agir.

Somente com a escolha da tutela correta e adequada, bem como cumprindo-se os requisitos, é que poderá a diretiva ser efetivamente respeitada e a vontade do paciente cumprida, ainda que por decisão judicial que assim determine.

4.2 LEGITIMIDADE E INTERESSE: QUEM PODERÁ REQUERER, A QUEM INTERESSA DEFENDER O CUMPRIMENTO DAS DAV E QUEM PODERÁ SER DEMANDADO?

O CPC determina que para postular em Juízo é necessário ter interesse e legitimidade (art. 17⁸⁵). O art. 18⁸⁶, CPC, por sua vez, menciona que parte legítima é aquela que postula em Juízo direito próprio, ou aquele que foi autorizado legalmente para fazê-lo em nome de terceiro.

O interesse é vislumbrado quando há necessidade e adequação para promover a ação, cujo fim é a prevenção ou repressão da lesão (MEDINA, 2017, p. 138), e está disposto de forma ampla pelo art. 19⁸⁷ do CPC, podendo limitar-se à declaração de existência, inexistência ou modo de ser de uma relação jurídica (inciso I) ou, então, à declaração de autenticidade ou falsidade de documento (inciso II).

Consoante determina o Código Civil, para se ingressar em Juízo é preciso que a pessoa esteja em pleno gozo de sua capacidade civil, motivo pelo qual é necessária a menção, ainda que breve, eis que não é o objeto de discussão no presente estudo, acerca do regime de incapacidades civis, recentemente alterado pela Lei 13.146 de 6 de julho de 2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, para que a compreensão acerca da incapacidade civil do enfermo fique mais clara.

O Código Civil previa em seu art. 3º, inciso III⁸⁸ (revogado pela Lei 13.146) que aqueles que por causa transitória não pudessem exprimir sua vontade seriam absolutamente incapazes, necessitando da nomeação de um tutor ou curador para suprir sua manifestação de vontade (SIRENA, 2016).

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência este regime foi drasticamente modificado, passando o enfermo a ser classificado como relativamente incapaz, conforme redação do art. 4º, inciso III⁸⁹, do Código Civil.

⁸⁵ Íntegra do artigo 17 do CPC: “Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”.

⁸⁶ Íntegra do artigo 18 do CPC: “Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial”.

⁸⁷ Íntegra do artigo 19 do CPC: “O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica; II - da autenticidade ou da falsidade de documento”.

⁸⁸ Íntegra do artigo 3º do Código Civil, revogado: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”.

⁸⁹ Íntegra do artigo 4º, do Código Civil: “São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles

Diante da alteração, os relativamente incapazes, antes representados, passaram a ser assistidos e a possuir total autonomia para seus atos, cujos efeitos são subordinados à ratificação do assistente (curador) investido formalmente (SIRENA, 2016).

Devidamente instituída pelos artigos 1.767 e seguintes do Código Civil, a curatela⁹⁰ será utilizada no caso de relativamente incapazes, inclusive quando o enfermo não puder se manifestar, sendo nomeado, para tanto, seu cônjuge ou companheiro (art. 1.775⁹¹), caso não haja companheiro ou cônjuge, seu pai ou mãe (§1º, art. 1.775⁹²), na falta dos pais o descendente mais apto (§1º, art. 1.775), entre os descendentes os mais próximos e depois os mais remotos (§2º, art. 1.775⁹³), e na falta de qualquer um dos anteriores, pelo juiz (§3º, art. 1.775⁹⁴).

Reconhecendo-se o enfermo como relativamente incapaz para os atos da vida civil, a capacidade para estar em Juízo será adquirida quando conjugada a manifestação da vontade do incapaz mais a concorrente manifestação de vontade de quem o assiste (CARNEIRO, 2000, p. 21). Ressalta Carneiro (2000, p. 22) que será necessário, ainda, que a procuração seja outorgada ao advogado tanto pelo curador quanto pelo relativamente incapaz.

Esta situação, entretanto, mostra-se totalmente inconcebível se analisada a fundo a situação fática. Conforme levanta Sirena (2016), não é aceitável que o sujeito em estado de coma, fisicamente e psiquicamente impossibilitado de se manifestar e de tomar decisões jurídicas (que futuramente seriam somente validadas por assistente), seja reconhecido como relativamente incapaz.

Tartuce (2016, p. 138) entende ser necessária a alteração da recente legislação uma vez que, segundo o autor, não há lógica na classificação de relativamente incapaz daquele que se encontra, por exemplo, em estado de coma:

Apesar dessa afirmação, fica a dúvida se não seria interessante retomar alguma previsão a respeito de maiores absolutamente incapazes, especialmente para as

que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial”.

⁹⁰ A curatela é definida por Tartuce (2017, p. 683) com sendo “direito assistencial, para a defesa dos interesses dos maiores incapazes”, no qual um terceiro será munido da responsabilidade de reger, defender e administrar os bens deste maior incapaz, que não consegue fazê-lo sozinho por conta de enfermidade ou deficiência. Segundo o autor (TARTUCE, 2017, p. 667), a principal diferença entre tutela e curatela é que “a tutela resguarda os interesses de menores não emancipados, não sujeitos ao poder familiar, com o intuito de protegê-los”, já a curatela “é categoria assistencial para a defesa dos interesses de maiores incapazes, devidamente interditados”.

⁹¹ Íntegra do art. 1775, Código Civil, *caput*: “O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito”.

⁹² Íntegra do §1º, do art. 1775, do Código Civil: “§1o Na falta do cônjuge ou companheiro, é curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se demonstrar mais apto”.

⁹³ Íntegra do §2º, do art. 1775, do Código Civil: “§ 2o Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos”.

⁹⁴ Íntegra do §3º, do art. 1775, do Código Civil: “§ 3o Na falta das pessoas mencionadas neste artigo, compete ao juiz a escolha do curador”.

pessoas que não têm qualquer condição de exprimir vontade e que não são necessariamente pessoas deficientes. Este autor entende que sim, havendo proposição nesse sentido no citado Projeto de Lei 757/2015, com o nosso apoio. Cite-se, a esse propósito, justamente a pessoa que se encontra em coma profundo, sem qualquer condição de exprimir o que pensa. No atual sistema, será enquadrada como relativamente incapaz, o que parece não ter sentido técnico-jurídico.

Pelas ponderações trazidas, depreende-se que há necessidade de melhor previsão do legislador acerca da questão dos absolutamente incapazes, sem condições de expressar sua vontade, o que não foi realizado pelas recentes alterações. Para Tartuce (2016, p. 143), há necessidade de alteração também do CPC para adequação do tema, já que somente há menção acerca de processo de interdição, e não de forma apartada quanto a instituição da curatela também das pessoas que não puderem exprimir sua vontade.

O Projeto de Lei 757 de 2015 em trâmite no Senado Federal tem como objetivo sanar tais vícios, alterando o "Código Civil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código de Processo Civil para não vincular automaticamente a condição de pessoa com deficiência a qualquer presunção de incapacidade, mas garantindo que qualquer pessoa com ou sem deficiência tenha o apoio de que necessite para os atos da vida civil". Mencionado Projeto de Lei aguarda análise da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado desde outubro de 2017.

Contudo, o que está vigente é a determinação legal expressa, ainda que a assistência do curador pressuponha o auxílio ao assistido (enfermo) e não a tomada de decisão⁹⁵ por ele, que o curador poderá ser nomeado para representar efetivamente os interesses do enfermo.

Depreende-se da análise acerca das alterações realizadas no regime das incapacidades que o enfermo é reconhecido agora como relativamente incapaz (art. 4º, inciso III, do Código Civil) devendo ser assistido em Juízo por seu curador, nomeado em processo de interdição. Há, conforme menção de Simão (2015), um novo instituto criado: a curatela de capazes.

O processo de interdição, por sua vez, deverá ser realizado conforme disposto nos artigos 747 e seguintes do CPC, podendo ser promovido pelo cônjuge, parentes, tutor,

⁹⁵ Aqui importa mencionar que a tomada de decisão é o efetivo ato do enfermo que escolhe e define sozinho seus interesses. Difere do instituto criado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, a tomada de decisão apoiada, que inclui no Código Civil o art. 1783-A. Mencionado instituto é definido por Tartuce (2017, p. 702) como sendo “o processo judicial pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade”. A esse respeito, comenta o autor (TARTUCE, 2017, p. 702) que a função do instituto da tomada de decisão apoiada acresce ao “antigo regime de incapacidades dos maiores, sustentado pela representação, pela assistência e pela curatela”. Não há no CPC procedimento específico acerca da tomada apoiada de decisão, o que será um desafio quando da compatibilização entre norma processual e material (TARTUCE, 2017, p. 703).

representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando ou pelo próprio Ministério Público.

Quanto a este item especificamente, ressalta Meirelles (2016, p. 719), ainda, a existência de falha formal da Lei de Inclusão que “resgatou os artigos 1.768 e 1.773 do Código Civil (sobre o processo de interdição⁹⁶), sem atentar para o fato de que tais artigos já se encontravam expressamente revogados pelo novo Código de Processo Civil”.

Para tanto, justifica a autora (Meirelles, 2016, p. 719), que o conflito intertemporal de normas somente será resolvido a partir de uma interpretação sistemática e teleológica, e que o processo de interdição continua podendo ser aberto por aquele que deseja ser interditado, a chamada autointerdição, revogada pelo CPC/15 (art. 747, CPC) e trazida novamente pela Lei de Inclusão (MEIRELLES, 2016, p. 719).

Neste sentido, há também o entendimento de Marinoni (2016, p. 826), que ressalta estar a autointerdição vigente, diante da superveniência da Lei de Inclusão que faz expressa referência à legitimidade do próprio interditando de solicitar sua interdição.

Somente após realizada a interdição, com a devida nomeação do curador, é que poderá ser proposta demanda pelo paciente, devidamente assistido por seu curador que será o gestor de interesses alheios (THEODORO JUNIOR, 2013, p. 101).

Realizada a necessária ressalva acerca do novo regime das incapacidades no Código Civil, bem como pontuados alguns dos desafios diante das alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, importa analisar de forma pontual quem possui legitimidade ativa e interesse para requerer o cumprimento da DAV, bem como quem será o demandado nestes casos.

Partindo-se da premissa inicial de que a DAV foi redigida por paciente plenamente capaz de fazê-lo e não possui qualquer vício, e levando-se em consideração o conceito de legitimidade processual debatido na primeira seção, de nada adianta a escolha da modalidade de tutela jurisdicional adequada se a demanda não for proposta pela pessoa legítima para tanto e que tenha interesse de agir.

Considerando-se plenamente válida a diretiva e persistindo óbice em seu cumprimento, após a escolha da modalidade de tutela adequada, é imperioso o preenchimento dos requisitos da demanda, quais sejam a legitimidade ativa e passiva (quem poderá propor a competente

⁹⁶ O processo de interdição está disposto no art. 747 do CPC, e é definido por Marinoni (2016, p. 825) como “demanda que visa a constituir o estado de interdição” e “demanda tem por objetivo decretar a incapacidade de alguém”.

demanda a fim de ver cumprida a DAV e quem será o réu nesta demanda) e o interesse de agir (a quem interessa defender o cumprimento ou defender que não deverá ser cumprida a DAV).

A discussão acerca do cumprimento da vontade do paciente, em especial do previamente determinado na DAV, ainda é escassa e carente de maior debate jurídico e social. Mesmo sendo de extrema relevância uma vez que a certeza da morte (ainda) é imutável, a aceitação da DAV e o respeito ao disposto pelo paciente foram pouquíssimas vezes objeto de processos no Brasil, conforme mencionada Dadalto (2014, p. 275).

Alguns casos serão mencionados no decorrer da discussão sobre a legitimidade ativa e passiva, mas não refletem a totalidade das discussões judiciais existentes sobre o tema, sendo apenas exemplificativos e trarão quais os entendimentos acerca do objeto deste ensaio.

Para Dadalto (2014, p. 279), esta ausência de aprofundamento sobre o tema, seja na sociedade ou no âmbito judicial, reflete o desconhecimento do assunto que vai da população geral até a comunidade médica, e dificulta ainda mais a implementação do documento no país.

Para facilitar a visualização da legitimidade e interesse de agir, tanto como autor ou como réu, a análise será realizada quanto aos principais atores em caso de litígio envolvendo as diretivas em quatro perspectivas, quais sejam, i) do próprio paciente, do curador, do procurador de saúde, ii) dos seus parentes, iii) do médico e do hospital, e, por fim, iv) do Ministério Público.

4.2.1 Paciente: a questão do curador e do procurador de saúde

A capacidade postulatória, ou seja, para estar em Juízo, definida por Marinoni (2016, p. 81) como sendo a capacidade para praticar os atos do processo (*legitimatío ad processum*) está disposta no art. 70 do CPC e pressupõe, obrigatoriamente, que a parte tenha capacidade jurídica (de exercício do direito) para seu exercício.

A situação do paciente que se encontra incapaz para os atos da vida civil, e de manifestar sua vontade quanto ao cumprimento da DAV pode traduzir, também, sua incapacidade para o exercício de direitos, motivo pelo qual não poderá praticar atos do processo vez que não possui capacidade para estar em Juízo.

Isso pode ser melhor compreendido quando se verifica que o enfermo possui a capacidade para ser parte, uma vez que, para tanto, basta o sujeito poder ser titular de pretensão à tutela jurídica, ter aptidão para participar de uma relação jurídica, o que pode ser verificado no enfermo. O conceito de ser titular de pretensão jurídica é muito mais amplo que a capacidade

para estar em Juízo, uma vez que leva em consideração somente o direito material e a possibilidade de a pessoa ser sujeito de direito (MEDINA, 2017, p. 193).

Dessa situação, pode-se depreender que o paciente possui capacidade para ser parte, mas, tendo em vista sua incapacidade no momento em que o pedido de cumprimento judicial da DAV será realizado, não possui capacidade para estar em Juízo, motivo pelo qual parece ser necessária a aplicação do artigo 71⁹⁷ do CPC, que determina que o incapaz deverá ser assistido ou representado.

Para tanto, talvez o caminho seja a interdição do paciente enfermo e incapaz de manifestar os atos da vida civil ou de sequer governar-se sozinho, nomeando-se curador judicial, que irá representá-lo em Juízo.

Levando-se em consideração ser necessária a interdição, importa ressaltar que a ausência de regular representação via curador poderá gerar defeito devido à incapacidade processual ou irregularidade da representação, cabendo ao juiz intimar as partes para que seja sanado o vício sob pena de extinção⁹⁸, aplicação da revelia ou exclusão de terceiros do processo (art. 76⁹⁹, CPC).

Além da possibilidade de representação legal (curatela) tratada acima e definida em lei, a representação também poderá ser voluntária (THEODORO JUNIOR, 2013, p. 101), derivada do próprio negócio jurídico, conforme redação do art. 115¹⁰⁰, do Código Civil.

A representação voluntária pode ser vislumbrada no caso do procurador de saúde, devidamente constituído antes da situação fática na própria diretiva (mandato duradouro). A própria Resolução n. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina reconhece no seu art. 2º,

⁹⁷ Íntegra do artigo 71 do CPC: “Art. 71. O incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei”.

⁹⁸ A extinção do processo ocorrerá, neste caso especificamente, quando não estiverem presentes os requisitos da demanda (legitimidade e interesse) ou então os pressupostos processuais. Conforme determina o art. 485 do Código de Processo Civil, a extinção se dará sem o julgamento do mérito, o que significa que será proferida sentença terminativa, decisão que “põe fim à fase cognitiva do procedimento comum” conforme artigo 203, §1º, do Código de Processo Civil. Segundo define Medina (2017, p. 691) “ a prolação de uma decisão dessa natureza é medida excepcional, só tomada quando não for possível corrigir o vício ou não for possível proferir decisão de mérito em favor daquele a quem aproveita a prolação da decisão terminativa”.

⁹⁹ Íntegra do art. 76 do CPC: “Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício. § 1o Descumprida a determinação, caso o processo esteja na instância originária: I - o processo será extinto, se a providência couber ao autor; II - o réu será considerado revel, se a providência lhe couber; III - o terceiro será considerado revel ou excluído do processo, dependendo do polo em que se encontre. § 2o Descumprida a determinação em fase recursal perante tribunal de justiça, tribunal regional federal ou tribunal superior, o relator: I - não conhecerá do recurso, se a providência couber ao recorrente; II - determinará o desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido”.

¹⁰⁰ Íntegra do artigo 115 do Código Civil: “Os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado”.

§1º¹⁰¹, que caso tenha sido designado representante de saúde, suas informações devem ser consideradas pelo médico.

O mandatário terá seus poderes de representação delimitados pela declaração de vontade do representante (art. 116¹⁰², Código Civil), e suas ações produzem efeitos sempre de forma a vincular o representante (TARTUCE, 2016, p. 144). A problemática do conflito de interesses ocorrerá nestes casos quando nomeado representante passa a atuar em "causa própria", em detrimento dos interesses do próprio representado.

Tais discussões poderão ser objeto de questionamento quanto à nomeação realizada no instrumento de mandato duradouro, sob o fundamento de existência de vício no consentimento do paciente e atuação fora dos poderes delimitados, por exemplo. Contudo, a propositura de demanda em nome do paciente devidamente representado pelo mandatário, para fins de cumprimento do disposto na diretiva, parece ser possível e não constitui, *prima facie*, nenhum vício processual.

A análise realizada demonstra que o próprio paciente é parte legítima para pleitear o cumprimento da DAV, contudo, somente parece ser possível que o faça mediante a assistência/representação de terceiros, uma vez que relativamente incapaz.

A representação legal do paciente poderá ocorrer por curador, nomeado judicialmente; e a representação voluntária pode ser vislumbrada quando houver mandatário previamente constituído no mandato duradouro, quando existente, ou em negócio jurídico prévio que assim disponha.

Já a atuação do paciente como parte ré da demanda não parece ser pertinente, uma vez que o objetivo do processo é o cumprimento da sua própria vontade, não tendo ele qualquer óbice neste sentido.

¹⁰¹ Íntegra do art. 2º, da Resolução 1.995 do Conselho Federal de Medicina: “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, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º 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”.

¹⁰² Íntegra do artigo 116 do Código Civil: “A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado”.

O interesse de agir, neste caso, é de visualização imediata: o paciente possui total necessidade e utilidade no ingresso da medida, a fim de que seja sua determinação prévia devidamente cumprida.

4.2.2 Parentes: a solidariedade e a afetividade

A legitimidade para figurar como parte em processo somente poderá ser constituída quando houver relação entre o direito material e o direito processual, pois, conforme ensina Carneiro (2000, p. 29), aquele que tiver relação com o conflito de interesses a ser analisado judicialmente terá o direito subjetivo para a ação.

O art. 18¹⁰³ do CPC determina que não se pode pleitear direito alheio em nome próprio. Considerando, portanto, que a questão a ser objeto de litígio envolve o cumprimento de documento redigido por paciente é importante a ressalva de que a família poderá opor-se ou não ao que fora pré-determinado. Aí reside a questão quanto ao que determina o art. 18 do CPC: a família pode requerer direito alheio, aqui compreendido como o cumprimento da diretiva, em nome próprio?

Para que a resposta seja satisfatória, a atuação da família não pode ser analisada de forma a se tomar única e exclusivamente a lei processual, e, antes de se adentrar à análise acerca da legitimidade, importa trazer o conceito de família, ainda que de forma breve, bem como definir quem pode ser considerado familiar para fins de legitimidade processual de acordo com as relações de parentesco.

O conceito de família tem evoluído no decorrer dos anos, passando pelo patriarcalismo, no qual o homem detinha todo o poder sobre aqueles que viviam sob o mesmo teto (esposa, filhas solteiras, filhos, noras, netos, escravos), até a família plural dos dias atuais, com o reconhecimento da entidade familiar formada por indivíduos do mesmo sexo e da igualdade entre marido e esposa, que caminham lado a lado (FIUZA, 2010, p. 963).

Liberdade, justiça e solidariedade, dispostos no art. 3º, inciso I, conjuntamente com a dignidade da pessoa humana disposta como fundamento da República no art. 1º, inciso III,

¹⁰³ Íntegra do artigo 18 do CPC: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial”.

ambos da Constituição Federal, são valores considerados por Tartuce (2017, p. 6) como fundamentais para a formação do conceito de família.

O art. 226¹⁰⁴, *caput*, da CF prevê que a família é a “base da sociedade”, tendo proteção estatal, decorrente dos institutos do casamento civil, união estável, e da entidade monoparental (TARTUCE, 2017, p. 37).

Em linhas gerais, para não alongar demasiadamente o tema, Gagliano e Pamplona (2011, p. 45) definem família como sendo “um núcleo existencial integrado por pessoas unidas por um vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”.

Para Dias (2013, p. 33) a família é um grande conjunto de institutos que regulam as relações entre pais e filhos, cônjuges e conviventes, e daquelas pessoas ligadas por um “vínculo de consanguinidade, afinidade ou afetividade”.

O que se questiona aqui é, caso o paciente esteja incapaz, poderá a família requerer o cumprimento judicial da DAV? A família possui interesse para tanto? E ainda, caso o desejo da família seja diferente do desejo do paciente, poderá ela ser demandada, ré, em ação judicial para forçar o cumprimento do disposto na DAV?

Inicialmente, para que possa restar mais clara a legitimidade processual, a verificação de quem poderá ser abrangido pelo conceito de família para fins de ingressar em Juízo faz-se necessária, o que demanda a pontuação, breve, das relações de parentesco. Configura-se o parentesco quando há relação decorrente de consanguinidade e afinidade entre pessoas de um mesmo grupo familiar, sendo um vínculo de afinidade e jurídico (DIAS, 2013, p. 350).

Fiuza (2010, p. 994/995) ensina que o parentesco pode ser natural ou civil (disposto no art. 1.593¹⁰⁵, do Código Civil), sendo o natural aquele consanguíneo e o civil aquele por afinidade e adoção; quanto ao tratamento legal pode ser legítimo (oriundo do casamento) ou

¹⁰⁴ Íntegra o art. 226, da Constituição Federal: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

¹⁰⁵ Íntegra do art. 1.593 do Código Civil: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

ilegítimo (proveniente do adultério, concubinato ou incesto); e, quanto à linha, pode ser de linha reta (descendentes – filhos, netos, etc; e ascendentes – pais, avós, etc) ou linha colateral (irmãos, sobrinhos, tios e primos).

Quanto ao grau, distância estabelecida entre os parentes de acordo com a diferença das gerações entre eles, Dias (2013, p. 355/356) traz a regra do art. 1.594¹⁰⁶ do Código Civil, que facilita a compreensão da questão: o número de gerações que distanciam os sujeitos será o mesmo número de graus de parentesco.

Para fins de pleito judicial de cumprimento das diretivas antecipadas, parece adequado que sejam reconhecidos como parentes aqueles que comprovem em Juízo à relação de parentesco e o vínculo de afetividade direta com o paciente. Para tanto, pode ser considerado o que determina o Código Civil: os parentes em linha reta contam-se infinitamente, e os em linha colateral até o quarto grau (artigos 1.591¹⁰⁷ e 1.592¹⁰⁸).

Mas é importante que haja a comprovação dos fortes laços e participação concreta na vida do paciente. Isso porque, somente aqueles que efetivamente conviviam com o paciente, que conheciam seu modo de vida e suas escolhas poderão compreender que a diretiva dispõe sobre a vontade oriunda não de uma decisão de momento, mas sim de uma escolha madura e de um modo de vida (SÁ; MOUREIRA, 2017, p. 200).

Importa ressaltar que a lei reconhece que os parentes devem ser priorizados em caso de nomeação de curador judicial para paciente, seja o cônjuge, pais ou descendentes; devendo lembrar-se que a parte legítima na propositura de eventual ação será o próprio paciente, e não o curador. Tais definições podem se confundir, como quando é nomeado curador que é filho do paciente. Ainda assim, a parte legítima para realizar o pedido será o filho, ou, como visto anteriormente, o próprio paciente devidamente representado por seu curador.

Não se pode deixar de mencionar que a realidade, muitas vezes, não oportunizará tempo suficiente para a propositura de demanda judicial de interdição a fim de que seja nomeado curador para o paciente, ainda que prevista a possibilidade de interdição provisória em caráter de urgência (art. 749¹⁰⁹, CPC). Diante disso, muitas vezes os parentes serão aqueles que

¹⁰⁶ Íntegra do art. 1.594 do Código Civil: “Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente”.

¹⁰⁷ Íntegra do artigo 1.591 do Código Civil: “São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes”.

¹⁰⁸ Íntegra do art. 1.592 do Código Civil: “São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra”.

¹⁰⁹ Íntegra do art. 794 do CPC: “Incumbe ao autor, na petição inicial, especificar os fatos que demonstram a incapacidade do interditando para administrar seus bens e, se for o caso, para praticar atos da vida civil, bem como o momento em que a incapacidade se revelou. Parágrafo único. Justificada a urgência, o juiz pode nomear curador provisório ao interditando para a prática de determinados atos”.

ingressarão com a medida em nome próprio para defesa dos interesses do paciente, em especial os cônjuges, descendentes e ascendentes.

Em prol da defesa do interesse do relativamente incapaz, um parente poderá ser parte em demanda judicial para fim de pleitear o cumprimento da vontade do paciente em nome próprio, ou ainda para defender o descumprimento, figurando no polo passivo do processo.

O princípio da solidariedade sustenta esse argumento para os dois lados. Reconhecido como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, art. 3º, inciso I, da Constituição Federal, traz a necessidade de construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A solidariedade entre as relações sociais é fácil de ser vislumbrada e, em especial a solidariedade familiar deve ser considerada em sentido amplo, com caráter afetivo, social, moral, espiritual, sexual e patrimonial (TARTUCE, 2016, p. 1224).

A defesa da vontade do paciente em Juízo por seus parentes baseia-se neste fundamento: deve haver solidariedade familiar, sendo o afeto o principal laço que sustenta as relações de parentesco e familiares. Segundo ensina Lôbo (2007, p.144),

A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade. A solidariedade cresce de importância na medida em que permite a tomada de consciência da interdependência social.

Da mesma forma, a legitimidade passiva dos parentes poderá ser vislumbrada uma vez que, para aqueles que buscam o não cumprimento da diretiva, o vínculo de afetividade, o sentimento e a manutenção da vida daquele paciente, ainda que contrariamente à sua vontade, justificam a defesa da não aplicação do disposto na DAV.

Se a solidariedade fornece as bases da convivência social, reconhecida e prefigurada pela sociedade e pelo constituinte, superando-se uma visão atomística e promovendo um senso ou vínculo de comunidade (DINIZ, 2007, p. 179) nas relações interpessoais, o dever de solidariedade mostra-se de extrema importância, vez que fomenta a aplicação de todos os princípios fundamentais não só de forma coletiva, mas também no próprio laço familiar.

Na esfera do direito de família a solidariedade e o cuidado podem ser traduzidos através do exercício do afeto, da proteção, da solidariedade, e da concretização dos direitos e deveres deles decorrentes, mediante a aplicação de disposições legais a respeito do cuidado entre os familiares (MEIRELLES, 2013, p. 50).

Por isso, a solidariedade e o afeto parecem ser argumentos fortes a fim de sustentar a legitimidade dos parentes para propositura de demanda a fim de ver cumprir a determinação da DAV, bem como para a defesa quanto ao não cumprimento.

Em se tratando de paciente idoso¹¹⁰, outro fundamento que poderá reafirmar a legitimidade dos parentes para a propositura da demanda, é o art. 230¹¹¹ da Constituição Federal, que determina que a família tem dever de amparar o idoso, defendendo sua dignidade. Tal menção é repetida pelo art. 3º¹¹², da Lei n. 10.741 de 1º de outubro de 2003, o Estatuto do Idoso.

O Estatuto do Idoso prevê, ainda, no art. 17¹¹³, parágrafo único, que o idoso deve optar pelo tratamento a que deseja se submeter, e quando não puder fazê-lo, esta opção será realizada pelo curador (em caso de interdição), pelos familiares ou pelo próprio médico, nesta ordem.

Ainda, caso haja pedido judicial de interdição, mas ainda não tenha ocorrido a nomeação judicial do curador, a legitimidade dos parentes também pode se basear na responsabilidade e função do parente a ser provavelmente nomeado como curador judicial, uma vez que será ele o responsável por gerenciar a vida e os bens do incapaz (FIUZA, 2010, p. 1016) e, diante de eventual demora no processo judicial, cabe aos parentes o cuidado com o paciente.

Se a legitimidade de agir demanda a comprovação da relação existente entre a parte e o objeto litigioso (ASSIS, 2016a, p. 660), no caso do pedido de cumprimento ou não da diretiva, a solidariedade existente entre os parentes parece ser argumento que sustenta a propositura da demanda ou a posição de réu no processo.

Para Marinoni (2017, p. 353), a defesa está relacionada diretamente com os efeitos da decisão na esfera jurídica do réu, e não se pode “impor uma decisão definitiva ao réu sem dar a ele o direito de se defender”. Continua Marinoni (2017, p. 353) mencionando que o réu não

¹¹⁰ O art. 1º do Estatuto do Idoso prevê que são idosos todas as pessoas com idade igual ou superior à sessenta anos. Íntegra do art. 1º do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003): “É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”.

¹¹¹ Íntegra do art. 230 da Constituição Federal: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

¹¹² Íntegra do art. 3º do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003): “É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária”.

¹¹³ Íntegra do art. 17 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003): “Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável. Parágrafo único. Não estando o idoso em condições de proceder à opção, esta será feita: I – pelo curador, quando o idoso for interditado; II – pelos familiares, quando o idoso não tiver curador ou este não puder ser contactado em tempo hábil; III – pelo médico, quando ocorrer iminente risco de vida e não houver tempo hábil para consulta a curador ou familiar; IV – pelo próprio médico, quando não houver curador ou familiar conhecido, caso em que deverá comunicar o fato ao Ministério Público”.

busca o direito à pretensão discutida, à tutela do direito material, mas sim ao exercício de defesa, à “tutela jurisdicional que negue a tutela do direito solicitada pelo autor”.

O cumprimento da diretiva, com o atendimento à vontade do paciente trará uma consequência imutável aos parentes: a morte do paciente. Se não há concordância entre a família, ou algum de seus membros, quanto ao cumprimento da diretiva, aqueles que não concordam poderão ser demandados por conta de sua objeção, vez que possuem, conforme doutrina de Marinoni, o direito à negativa judicial de concessão da tutela pretendida pelo autor.

Ainda que a legitimidade passiva possa ser verificada, cumpre mencionar entendimento de Dadalto (2017, p. 157) de que a decisão da família no processo de fim de vida deve ser sempre de apoiar o paciente, e não de causar divergências. Para ela (DADALTO, 2017, p. 570), o afeto, dignidade e solidariedade existentes nas relações interpessoais devem trazer respeito e consideração à decisão do paciente.

A Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina determina, inclusive, no seu art. 2, §3^o¹¹⁴, que as diretivas prevalecerão sobre desejos familiares. Ainda assim, conflitos podem surgir.

No que tange ao interesse de agir, este estará presente sempre que haja necessidade do provimento e a utilidade da demanda (DINAMARCO, 2010, p. 513). Por conta disso, o mesmo argumento usado para justificar a legitimidade ativa e passiva também parece ser cabível aqui: se há obrigação legal dos parentes um para com os outros, seja pelo respeito à solidariedade, afetividade, ou por determinação de obrigação legal neste sentido, há utilidade na propositura da demanda, e necessidade de ver cumprida a determinação do paciente.

Parece adequado, ainda, mencionar que mesmo que os parentes no conceito legal do termo possam ingressar em Juízo, somente aqueles que comprovarem efetivo interesse no cumprimento da DAV mediante prova da convivência familiar e da vontade de respeitar a decisão de vida do paciente, é que podem fazê-lo.

De nada adiantaria, por exemplo, um filho, parente no conceito jurídico e legal do termo, ingressar com pedido de cumprimento da diretiva, ou defender seu descumprimento, se não convivia com seu pai há mais de 30 anos: ele não saberia quais as motivações para a redação da diretiva, e nem conheceria a vontade e o modo de vida do pai.

Pode ser plausível, então, que além da necessidade do provimento e utilidade da demanda, para que haja interesse de agir, o parente deverá comprovar seu vínculo de convivência e afetividade com o paciente, justificando-se, assim, a intervenção jurisdicional.

¹¹⁴ Íntegra do §3º do art. 2º da Resolução 1.995/2012: “§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares”.

4.2.3 Médico e Hospital: o dever jurídico de cuidado

A ausência de legitimidade ativa do médico e hospital baseia-se na premissa de que não cabe ao médico discutir sobre o cumprimento ou não da diretiva: cabe à ele o respeito ao que fora determinado anteriormente pelo paciente (DADALTO, 2017, p. 164). Esse é o argumento que justificaria a legitimidade passiva: se o corpo clínico não pode se opor à vontade do paciente, poderá, então, ser réu em processo que busca o cumprimento forçado da DAV.

Da mesma forma, a legitimidade passiva do médico e hospital também poderá ser defendida diante da possibilidade de que o corpo clínico e o hospital por conta de possível responsabilização futura por não terem utilizado todos os meios possíveis em prol do paciente, conforme determinação do próprio Código de Ética Médica no art. 57¹¹⁵, desrespeitam a vontade do paciente.

Dadalto (2017, p. 156) lembra que, ainda que o parágrafo único do art. 41¹¹⁶ do Código de Ética Médica afirme ser vedado ao médico abreviar a vida do paciente, a vontade do enfermo também deve ser levada em consideração, o que nem sempre acontece.

Contudo, tais argumentos justificam apenas a legitimidade passiva dos profissionais diante do não cumprimento da diretiva, em atuação paternalista sem respeitar a dignidade, autonomia e possibilidade de escolha quanto aos tratamentos, em prol da manutenção da vida do paciente a todo custo (DADALTO, 2017, p. 154-155).

Ocorre que é possível sustentar também a legitimidade ativa do hospital e dos médicos para propor demanda a fim de ver o cumprimento da diretiva.

Da mesma forma como é possível sustentar a legitimidade dos parentes para pleitear o cumprimento da DAV com base no princípio da solidariedade e afetividade, os médicos e hospitais também serão legítimos pelos mesmos motivos, e também por força do dever jurídico de cuidado.

¹¹⁵ O artigo 57 do Código de Ética Médica afirma que é vedado ao médico “Deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente”.

¹¹⁶ Íntegra do art. 41 do Código de Ética Médica, que afirma que é vedado ao médico “Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal”.

Para Boff (2014, p. 103), cuidado significa desvelo, solicitude, diligência, zelo, atenção, bom trato, uma atitude fundamental de um modelo de ser, mediante o qual a pessoa sai de si e centra-se no outro com desvelo e solicitude.

A abordagem do dever de cuidado advém da necessidade de se tratar da ética no que tange aos conflitos sociais, bem como a consideração e ponderação de valores (TUPINAMBÁ, 2008, p. 364), sendo mais que mera atenção e a cautela para o âmbito jurídico.

A dignidade da pessoa humana, corolário constitucional inserto no art. 1º, inciso III, é a base que fundamenta o dever jurídico de cuidado, uma vez que a própria dignidade do ser humano é afetada pelo mal-estar da sociedade causado pela falta de atenção e cuidado. A essência do dever jurídico de cuidado é a efetivação do princípio da dignidade, considerando-se valores maiores e o intuito do próprio ordenamento jurídico.

O cuidado advém de uma preocupação não só moral, mas também ética, no que concerne às relações jurídicas, vinculando as partes envolvidas nas relações humanas e familiares, independentemente de haver relação juridicamente pré-fixada (TUPINAMBÁ, 2008, p. 368).

O texto constitucional nos artigos 227¹¹⁷, 229¹¹⁸ e 230¹¹⁹ ressalta no âmbito do direito de família o dever de cuidado dos pais com os filhos, de todos com os idosos, e o dever familiar de cuidado de modo geral.

Trata-se do reflexo de diferentes direitos e deveres, o cuidado em valor objetivo a determinar a titularidade dos direitos e a atribuição dos deveres, ou uma forte medida de valoração jurídica (MEIRELLES, 2013, p. 43), que deve ser observada nas relações interpessoais na saúde.

A aceitação do dever de cuidado no ordenamento jurídico brasileiro está inspirada em valores como a lealdade, a honestidade e a confiança, sobretudo no tocante ao cumprimento das obrigações cíveis (TUPINAMBÁ, 2008, p. 367).

A confiança existente em uma relação em que uma das partes é hipervulnerável, como o paciente, deve levar em consideração a expectativa criada nesta relação, e a honestidade que se espera daquele que presta o serviço, o médico e o hospital (DADALTO, 2017, p. 155). A

¹¹⁷ Íntegra do artigo 227 da Constituição Federal: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

¹¹⁸ Íntegra do artigo 229 da Constituição Federal: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

¹¹⁹ Íntegra do artigo 230 da Constituição Federal: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

efetivação do dever jurídico de cuidado ocorrerá mediante a aplicação dos conceitos da boa-fé, confiança, lealdade, honestidade, em prol da dignidade humana do paciente.

Além disso, o hospital e o médico estão diretamente relacionados com o direito material tutelado, uma vez que é pela mão do profissional que o cumprimento da diretiva se dará.

Da mesma forma como mencionado no tópico acerca da legitimidade dos parentes¹²⁰, é possível que o médico e hospital sejam considerados legítimos uma vez que o art. 230 da Constituição Federal, determina que a sociedade tem dever de amparar o idoso, defendendo sua dignidade. Tal menção é repetida pelo art. 3º¹²¹, da Lei n. 10.741 de 1º de outubro de 2003, o Estatuto do Idoso.

Também, a previsão do inciso III do art. 17¹²² do Estatuto do Idoso de que o idoso deve optar pelo tratamento a que deseja submeter-se, determina que quando não puder fazê-lo, esta opção poderá ser realizada pelo próprio médico caso não haja tempo hábil para contato com os parentes ou o curador, ou quando não houver curador ou familiar conhecido, nesta ordem.

Por fim, mas não menos importante, o CPC prevê no art. 747¹²³, inciso III, que a interdição poderá ser proposta, também, pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando comunicando o fato ao Ministério Público, o que pode ser compreendido também como argumento a fim de sustentar a legitimidade do Hospital que abriga o paciente.

A legitimidade ativa, então, fundamenta-se na solidariedade que deverá existir entre paciente e médico, no dever jurídico de cuidado, bem como na obrigação da sociedade de apurar o idoso, com previsão expressa da atenção a ser dispendida pelo próprio médico.

O interesse, consubstanciado na necessidade e adequação, também será verificado pelos mesmos motivos que sustentam a legitimidade: se há óbice ao cumprimento da diretiva pelo Hospital, médico e nosocômio poderão defender a dignidade do paciente em Juízo.

¹²⁰ Vide item 4.2.2, página 78.

¹²¹ Íntegra do artigo 3º do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003): “É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária”.

¹²² Íntegra do artigo 17 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003): “Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável. Parágrafo único. Não estando o idoso em condições de proceder à opção, esta será feita: I – pelo curador, quando o idoso for interditado; II – pelos familiares, quando o idoso não tiver curador ou este não puder ser contactado em tempo hábil; III – pelo médico, quando ocorrer iminente risco de vida e não houver tempo hábil para consulta a curador ou familiar; IV – pelo próprio médico, quando não houver curador ou familiar conhecido, caso em que deverá comunicar o fato ao Ministério Público”.

¹²³ Íntegra do artigo 747 do CPC: “A interdição pode ser promovida: I - pelo cônjuge ou companheiro; II - pelos parentes ou tutores; III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; IV - pelo Ministério Público”.

A discussão acerca do cumprimento da vontade do paciente foi objeto de decisão pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul antes mesmo da Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina. Em julgamento da Apelação Cível n. 70042509562 realizado em 01º de junho de 2011, referido Tribunal ementou acórdão nos seguintes termos (BRASIL, 2011):

CONSTITUCIONAL. MANTENÇA ARTIFICIAL DE VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PACIENTE, ATUALMENTE, SEM CONDIÇÕES DE MANIFESTAR SUA VONTADE. RESPEITO AO DESEJO ANTES MANIFESTADO. Há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade humana, que, aliás, sobrepõe-se, até, aos textos normativos, seja qual for sua hierarquia. O desejo de ter a "morte no seu tempo certo", evitados sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado, notadamente em face de meros interesses econômicos atrelados a eventual responsabilidade indenizatória. No caso dos autos, a vontade da paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada, notadamente quando a ela se contrapõe a já referida preocupação patrimonial da entidade hospitalar que, assim se colocando, não dispõe nem de legitimação, muito menos de interesse de agir.

A demanda era de ação cautelar de suprimento da vontade movida pela Associação dos Funcionários Públicos do Estado do Rio Grande do Sul – AFERGS, em face do Guilherme da Silva Benites e Gilberto de Oliveira Freitas, neto e filho de Irene Oliveira de Freitas. A parte autora, mantenedora de Hospital na qual estava internada Irene ingressou com a ação diante da negativa do filho da paciente na realização de procedimento de hemodiálise, sob o argumento de que este era o desejo materno.

Ao analisar a questão, o tribunal entendeu que o filho, como responsável pela paciente, é quem deve determinar se o tratamento seria ou não realizado, e tendo negado a realização da hemodiálise, caberia ao Hospital a não realização do procedimento. A decisão afirmou categoricamente que o Hospital não possui legitimidade ativa, e não poderia sobrepor-se à vontade da família, ainda que com o argumento para dar ao paciente mais tempo de vida.

A decisão demonstra que, mesmo ainda não existindo a menção ao instituto das diretivas antecipadas, o Tribunal entendeu que se não há declaração prévia expressa do paciente sobre como deseja ser tratado, a vontade do familiar que declara saber que a mãe, como neste exemplo, escolheria não se submeter ao procedimento, deve ser respeitada.

Nesta toada é o entendimento de Dadalto (2017, p. 159), que traz Kant para fundamentar a ideia de que mesmo em caso de conflito entre a determinação da diretiva e a vontade dos familiares, a equipe de saúde deve “sempre priorizar o respeito à vontade do paciente”, vez que “todo o indivíduo é um fim em si mesmo e, com tal, não deve servir de instrumento à satisfação dos interesses de outros indivíduos”, mesmo os parentes.

Em outra oportunidade, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul analisou Agravo de Instrumento n. 70065995078, oriundo de Ação de Obrigação de Fazer ajuizada pela Fundação Hospital Centenário em face de José Marcos Freitas de Souza (paciente), tendo o recurso versado sobre o indeferimento de medida liminar para a autorização de realização de procedimento cirúrgico urgente, considerando que não houve, por parte do paciente e de sua madrasta, autorização para realizar o procedimento.

Diante da opinião da médica responsável que relatou que o paciente estava lúcido e consciente da gravidade do seu estado clínico e, ainda assim, se negou a realizar a cirurgia, o juiz de primeiro grau entendeu que o paciente tinha plena capacidade de decidir se queria se submeter, ou não, à cirurgia, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, indeferindo o pleito liminar.

Em grau de recurso de Agravo de Instrumento, o Hospital sustentou que é dever do médico empreender todas as diligências necessárias para o tratamento do paciente quando há perigo de vida, independente do consentimento do paciente e dos seus parentes.

O agravo foi desprovido, uma vez que o acórdão reconheceu, com base na Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, que a vontade do paciente deve ser respeitada, não cabendo ao Poder Judiciário intervir nesta decisão (BRASIL, 2015).

A importante questão tratada neste caso é de que o paciente e sua madrasta concordavam com a não realização do procedimento, mas sua esposa queria a indicação médica. Veja-se que a decisão compreende que o direito à vida não é absoluto e uma vez estando o paciente lúcido, orientado e consciente, sua vontade não está viciada e deve ser respeitada, ainda que os familiares não concordem. Ainda que não se trate de diretiva antecipada em sua essência, uma vez que o paciente neste caso estava consciente e pode escolher sobre o tratamento, há expressa menção no respeito quanto à sua decisão, seja por seus parentes ou pela equipe médica. Ante o óbito do demandado, a ação foi julgada extinta por perda do objeto.

Nos dois julgados trazidos não há qualquer discussão quanto à legitimidade dos Hospitais envolvidos, seja para pleitear o cumprimento da DAV ou defender o contrário, o que evidencia que a possibilidade de atuação em Juízo dos nosocômios pode ser considerada como cabível e juridicamente viável.

4.2.4 Ministério Público

O Ministério Público é disciplinado pela Lei Complementar n. 75 de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, atribuições e estatuto do Ministério Público da União, e pela Lei n. 8.625 de 12 de fevereiro de 1993, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que dispõe sobre a organização do órgão no âmbito dos Estados.

Possui função essencial à justiça, sendo definido no art. 127¹²⁴, da Constituição Federal como instituição permanente, cuja incumbência é a defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, redação repetida no art. 176¹²⁵ do CPC, podendo atuar no processo civil de duas formas: como parte (art. 177¹²⁶, CPC) ou como fiscal da lei (art. 178¹²⁷, CPC).

A averiguação da legitimidade e o interesse de agir do Ministério Público será realizada para o exercício do direito de ação, na qualidade de parte, e não como fiscal da lei¹²⁸. A

¹²⁴ Íntegra do artigo 127 da Constituição Federal: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. § 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. § 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. § 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias. § 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º. § 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual. § 6º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais”.

¹²⁵ Íntegra do artigo 176 do CPC: “O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis”.

¹²⁶ Íntegra do artigo 177 do CPC: “O Ministério Público exercerá o direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais”.

¹²⁷ Íntegra do artigo 178 do CPC: “O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social; II - interesse de incapaz; III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana”.

¹²⁸ O Ministério Público atuará como fiscal da lei quando a legislação assim determinar, nos casos dispostos na Constituição Federal, e também nos processos que envolvam interesse público ou social, interesse de incapaz, ou litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana, conforme redação do próprio art. 178 do CPC. A intervenção do MP como *custos legis* nos casos que envolvam incapaz, ensejará a interpretação do órgão quanto ao litígio para fim de definir se há fundamento para sua intervenção. A ausência de intimação do Ministério Público nos casos em que deva se manifestar gera, inclusive, a nulidade do processo (art. 279, CPC). A possibilidade de intervenção do Ministério Público como fiscal da lei em casos que envolverem o cumprimento da DAV, uma vez que o paciente enfermo é relativamente incapaz decorre da própria determinação legal neste sentido, ainda que seja só intimado o MP para se manifestar afirmando não possui interesse na demanda no fiscal da lei.

controvérsia reside na possibilidade de o Ministério Público atuar como autor ou réu de demanda que tenha por objeto o cumprimento de disposição final do paciente inserida na DAV.

O art. 129¹²⁹ da Constituição Federal determina quais as funções institucionais do MP, sendo, aquelas referentes ao campo cível, a legitimidade ativa para tutela do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos (inciso III), a promoção judicial do respeito aos poderes públicos (inciso II), a promoção de ação declaratória de inconstitucionalidade (inciso IV), e a defesa dos interesses e direitos dos indígenas (inciso V).

O próprio inciso IX, do art. 129, da Constituição Federal, veda a atuação do Ministério Público para fins de representação judicial, cabendo aos advogados o patrocínio dos interesses individuais em geral (art. 133, Constituição Federal) e aos necessitados à Defensoria Pública (art.134, Constituição Federal), não cabendo ao *parquet* tal prerrogativa (DINAMARCO, 2013a, p. 700).

A lei autoriza o MP a atuar como parte com legitimidade para a propositura de Ações Civis Públicas (art. 103, inciso V, Constituição Federal), ações anulatórias de casamento em determinados casos (art. 1549, Código Civil) ou de dissolução de sociedades com desvio de finalidade (Decreto Lei n. 9.085 de 25 de março de 46), conforme ensina Dinamarco (2013a, p. 701), que entende ser incabível a atuação do *parquet* como autor de demanda a fim de defender direitos individuais.

Ainda que Dinamarco afirme ser incabível a atuação do Ministério Público como parte, Medina (2017, p. 266) traz à tona julgados do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça¹³⁰ nos quais foi reconhecida a legitimidade do MP para pleitear direito individual indisponível, em ação para obtenção de tutela de direito à saúde de única pessoa física carente, ou em casos de fornecimento de medicamento.

¹²⁹ Íntegra do artigo 129 da Constituição Federal: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

¹³⁰ Os entendimentos neste sentido foram expostos nas razões quando de análise de Recurso Especial n. 716.712/RS de relatoria do Ministro Herman Benjamin, e julgado em 15.09.2009; e Recurso Especial 976.021/MG, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi e julgado em 03.02.2011. No mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 648.410 de relatoria da Ministra Cármen Lúcia em 14.02.2012.

O fundamento da Ministra Carmem Lúcia ao julgar monocraticamente, no Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 648.410 oriundo do Distrito Federal (BRASIL, 2011) foi de que o direito à saúde é elemento essencial à dignidade da pessoa humana, inserindo-se no rol de direitos a serem tutelados pelo Ministério Público vez que de interesse da sociedade, mesmo que em favor de única pessoa.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça também comungam do mesmo fundamento, reconhecendo o Ministro Herman Benjamin, no julgamento do Recurso Especial n. 716.712 oriundo do Rio Grande do Sul, que a legitimidade de atuação do Ministério Público para pessoa individualmente considerada se evidencia por força do direito indisponível tutelado, saúde, e não por hipossuficiência econômica (BRASIL, 2010). Este entendimento está consolidado no Supremo Tribunal Federal, conforme reconhecido no julgamento do Agravo de Regimental no Agravo de Instrumento n. 863.852, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, em 07 de abril de 2017 (BRASIL, 2017).¹³¹

A defesa dos direitos individuais indisponíveis é fundamento que pode sustentar a legitimidade do Ministério Público, já que a própria Constituição Federal determina ser função institucional a defesa da ordem jurídica, o que envolve os direitos indisponíveis (MACHADO, 1998, p. 46).

Contudo, divergem deste entendimento, ainda que haja jurisprudência consolidada no sentido de reconhecer a legitimidade, alguns estudiosos do assunto. Conforme afirmado anteriormente, Dinamarco (2013, p. 701) entende que não cabe ao *parquet* a defesa de direitos individuais, a Ministra Eliana Calmon, no julgamento do Recurso Especial n. 716.712, Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2010), lavrou voto vencido entendendo não haver legitimidade no Ministério Público uma vez que, inexistente ato normativo que autorize expressamente sua atuação, como no caso das crianças e adolescentes e dos idosos, a legitimação do *parquet* será como substituto processual da pessoa, e não como efetivamente autor¹³².

¹³¹ Quanto a este item é importante a ressalva acerca da Repercussão Geral n. 262, pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, cujo objeto de discussão é a “legitimidade do Ministério Público para ajuizar Ação Civil Pública que tem por objetivo compelir entes federados a entregar medicamentos a portadores de certas doenças” (BRASIL, 2010). No caso da repercussão geral o que se discute é a legitimidade do MP para propositura de ações civis públicas e não para a defesa individual da pessoa que necessite de tutela jurisdicional. A diferença reside neste ponto específico, mantendo o Supremo Tribunal Federal o entendimento de que para a propositura de ações individuais envolvendo direito indisponível à saúde há legitimidade do Ministério Público (BRASIL, 2017).

¹³² Neste sentido, Nóbrega (2016, p. 182) ressalta também a discussão acerca da legitimidade da Defensoria Pública e do Ministério Público na defesa dos direitos individuais. Para a autora, “o Ministério Público no exercício da vontade geral e na busca pelo bem como se ocupa dos interesses sociais coletivizados para assim fortalecer os indivíduos, possibilitando a implementação, para toda a sociedade e para os seus indivíduos, dos direitos prometidos pelo Estado Social, o que, então, reforçará a emancipação e as possibilidades individuais. A Defensoria Pública, por outro lado, percorre o caminho inverso (sic), para, no interesse dos indivíduos, facilitar-lhes o exercício de direitos e, portanto, assegurando a isonomia, contribuir n o propósito solidário de busca pelo bem

Quando o paciente for idoso, o Ministério Público possuirá legitimidade diante da previsão do art. 230 da Constituição Federal, o qual determina que o Estado tem dever de amparar o idoso, defendendo sua dignidade, o que é repetido pelo art. 3º da Lei n. 10.741 de 1º de outubro de 2003, o Estatuto do Idoso

Outro argumento que pode também ser utilizado na defesa da legitimidade do Ministério Público é a previsão do art. 747, inciso IV do CPC, que determina que o processo de interdição pode ser proposto, também, pelo Ministério Público. Ou seja, se há previsão legal de que o pedido de interdição pode ser realizado pelo *parquet* na defesa dos direitos do paciente, é possível a analogia acerca da possibilidade também de defesa dos direitos individuais e indisponíveis do enfermo antes do pedido de interdição pelo órgão.

A propositura da demanda pelo Ministério Público trará a solução judicial da questão, já que em caso de recusa de outros envolvidos neste sentido, o órgão poderá intervir para a defesa da vontade do paciente exigindo o cumprimento judicial da diretiva, sob o fundamento de defesa do seu direito individual indisponível.

O paciente enfermo que redigiu a DAV para que fosse cumprida sua vontade quando não pudesse se expressar, poderá ter seu direito tutelado pelo Ministério Público com base no argumento de que seu direito individual indisponível (saúde, direito à morte digna, sua autonomia e liberdade) está sendo violado.

Já quanto à legitimidade passiva, conforme ensinamento de Marinoni (2015a, p. 313-329), o réu deve ser aquele que possui relação com o cerceamento do direito do paciente, aquele que pratica o ato de não cumprir a diretiva. O Ministério Público, neste caso, não atuará como réu de demanda neste sentido, uma vez que não é o causador do não cumprimento da diretiva, mas sim, como fiscal da lei, conforme determinado pelo inciso II, do artigo 178¹³³ do CPC, uma vez que o paciente é incapaz civilmente.

Para Alvim (2013, p. 529), ainda que o incapaz esteja assistido ou representado, poderá haver a necessidade de resguardar-se o direito substancial do interessado mediante a atuação do Ministério Público, motivo pelo qual é imperiosa a sua intimação para se manifestar em todos os casos que envolvam incapazes.

comum. Este contraste está muito bem delimitado no contexto constitucional e na quadratura do Estado Democrático de Direito, de maneira que sob a perspectiva de um método de interpretação científico-espiritual não pode escapar da análise do intérprete”. Para ela, as competências não se afastam, mas sim se completam em busca do interesse maior que é a tutela jurisdicional do indivíduo e o acesso à justiça.

¹³³ Íntegra do artigo 178 do CPC: “ O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social; II - interesse de incapaz; III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana”.

O interesse de agir do Ministério Público também pode ser vislumbrado para a defesa do direito do paciente. Se o interesse é definido como a necessidade do provimento jurisdicional e a utilidade para quem o demanda (DINAMARCO, 2010, p. 513), o *parquet* possui interesse na propositura de demanda em prol do paciente uma vez que atua em demanda que necessita de intervenção e análise judicial, eis que conflituosa, e é útil uma vez que, conforme disposto pela própria Ministra Carmen Lucia no julgamento do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2011), possui como função precípua a defesa da sociedade e da ordem social justa.

Há inclusive, demandas já propostas pelo Ministério Público especificamente quanto às diretivas. O Ministério Público Federal foi autor de Ação Civil Pública n. 1039-86.2013.4.01.3500, em trâmite para a Justiça Federal de Goiás, proposta pelo Ministério Público Federal de Goiás em face do Conselho Federal de Medicina objetivando a suspensão da Resolução nº 1.995/2012 e sua posterior declaração de lei inconstitucional (BRASIL, 2014).

Em decisão, o Juiz federal entendeu que há legitimidade do *parquet* para propositura de “ação civil pública na defesa de direitos individuais homogêneos quando houver relevância social na proteção do bem jurídico, a exemplo do direito à vida e saúde” (BRASIL, 2014).

Outra demanda proposta pelo Ministério Público em defesa de paciente, no qual Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul analisou o Recurso de Apelação Cível nos autos n. 0223453-79.2013.8.21.7000 (BRASIL, 2013) oriundo de pedido de Alvará Judicial objetivo era suprir a vontade de idoso de 79 anos em processo de necrose do pé esquerdo, resultante de uma lesão, para fim de que o Hospital autorize a amputação do membro sob pena de avanço da necrose e até morte, procedimento este que é recusado pelo paciente. Nesta demanda, o Ministério Público também foi reconhecido como legítimo na defesa do paciente.

É possível, então, afirmar que o Ministério Público deverá ser intimado no processo que envolva litígio quanto à DAV para atuar como fiscal da lei, quando definirá se é necessária ou não sua intervenção, e também é legítimo e possui interesse de agir para atuar como autor da ação na defesa de direito indisponível individual do paciente que busca o cumprimento de sua vontade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A morte ainda é um tabu em muitas culturas, em especial a ocidental, eis que envolve discussões éticas, morais e religiosas, além de conceitos que divergem de pessoa para pessoa. Ainda que seja uma certeza, levando-se em consideração a tecnologia e medicina nos dias atuais, a morte digna, para alguns, é assunto que não deveria ser objeto de estudo pelas demais ciências, que não a Medicina.

Durante muitos anos, a ciência médica teve como objetivo o prolongamento da vida a todo custo, com a utilização de técnicas que visassem manter a vida ainda que somente através de aparelhos. O paciente deveria respeitar e seguir as ordens médicas, não possuindo qualquer ingerência ou possibilidade de escolha.

A evolução da sociedade e também do Direito, evidenciaram a necessidade de que aquele que antes era submisso às decisões de um terceiro, médico, tivesse o direito de escolha, cabendo ao profissional da saúde a obrigação no esclarecimento acerca da doença, tratamentos e possibilidades. O paciente passou, então, a ter maior autonomia, podendo escolher como quer ser tratado e recusar tratamentos com os quais não concorda o que, com o envelhecimento da população, ganhou destaque tanto na seara da Medicina quanto do Direito.

Neste contexto, surgiram as diretivas antecipadas de vontade, que viabilizam ao paciente, quando capaz e plenamente consciente, a redação de documento que externar sua vontade sobre como deseja ser tratado em caso futuro de incapacidade, além de possibilitar a menção também sobre disposições acerca de seu funeral e relativas à sua morte.

Por serem documentos que tratam de um momento futuro, as diretivas deverão ser aplicadas e utilizadas somente quando o paciente estiver em situação de incapacidade futura, o que poderá causar conflitos entre as vontades do paciente, seus parentes, o médico e o hospital, e do próprio Ministério Público. Não havendo solução pacífica entre os envolvidos, a propositura de uma demanda judicial poderá ser a única solução para a controvérsia.

Caberá ao Direito, que será aplicado pelo juiz, dar a melhor solução ao litígio, o que exige, para tanto, que a tutela jurisdicional escolhida seja adequada ao caso, para que, então, a tutela seja efetiva, em prol do cumprimento daquilo determinado pelo paciente anteriormente na diretiva.

Para que a tutela seja efetiva e o conflito seja solucionado da melhor maneira pelo julgador, é necessário que haja a garantia do acesso à justiça e da efetividade da tutela, uma vez

que, a prestação jurisdicional e a solução para a controvérsia objeto de litígio, somente ocorrerão se tais garantias constitucionais forem respeitadas.

Durante o decorrer deste ensaio, o direito à tutela jurisdicional do paciente foi analisado a fim de que seja possibilitado o cumprimento do disposto na diretiva, em respeito à autonomia e dignidade do paciente, partindo-se a premissa de que a diretiva não possui qualquer vício ou nulidade, e de que o que se busca é a propositura de demanda para ver cumpridas as disposições da DAV.

Ocorre que, conforme visto, a simples garantia de que poderá ocorrer a discussão judicial sobre o cumprimento, ou não, da diretiva, não basta para garantir a efetividade do direito material, que é o respeito à vontade do paciente.

Por isso, parece ser imprescindível que a tutela escolhida seja adequada ao direito, bem como seja garantido o acesso à justiça e a à efetividade da tutela, princípios processuais constitucionais que garantem o desenvolvimento do processo e a análise do direito material.

O acesso à justiça, também chamado de garantia da inafastabilidade da tutela, garante que todo aquele que sofrer ameaça ou lesão de seus direitos pode socorrer-se ao Poder Judiciário, conforme determina o art. 5º, inciso XXV, da Constituição Federal. É a garantia de que todos podem ingressar em juízo na busca da solução de seu conflito pelo Estado, possuindo intrínseca relação com a efetividade da tutela.

Não basta a possibilidade de ingresso no judiciário, sendo necessária também a garantia de que o processo alcançará uma solução justa, com a aplicação do Direito e a utilização da melhor técnica.

Se a técnica precisa ser adequada, a escolha da tutela também deve refletir a melhor escolha para possibilitar a análise efetiva do direito. A propositura de uma demanda poderá levar em consideração diversas modalidades de tutela, dentre elas, a tutela ressarcitória e a específica. Somente com a análise do caso concreto é que a melhor modalidade poderá ser escolhida.

Da mesma forma, o cumprimento dos requisitos da demanda, legitimidade e interesse, deve ocorrer. A delimitação correta de quem poderá ser autor e réu em uma demanda que discuta a aplicação das disposições da diretiva, e quem tem interesse nesta discussão, possibilitará a melhor escolha, eis que os requisitos da demanda, quais sejam a legitimidade e o interesse, devem estar presentes para que a análise do direito material discutido seja possível.

Para que a melhor técnica seja escolhida, foram analisadas as principais características da própria diretiva antecipada, eis que o direito processual deve ser adequado ao direito material.

As diretivas antecipadas de vontade surgiram em 1969 nos Estados Unidos, sendo aceitas atualmente em diversos ordenamentos jurídicos internacionais, como Espanha, França, Bélgica e Uruguai. São documentos redigidos pelo paciente antes do estado de incapacidade, o que afasta a discussão de que há nulidade ou vício por redação em momento que não era incapaz de expressar livremente sua vontade.

Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, legislação federal específica acerca das diretivas, contudo, o tema é expressamente tratado na Resolução n. 1.995 do Conselho Federal de Medicina, que assegura ao doente a possibilidade de terminar seus dias sem tratamentos invasivos e desnecessários, de forma digna e natural.

Mesmo que a Resolução não possua força de lei, é possível afirmar que já existem atos normativos que sustentam a validade das diretivas, quais sejam o art. 5º, incisos II (garantia de que ninguém será obrigado a fazer ou não fazer algo se não em virtude de lei), III (garantia de que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante) e IV (garantia de que é livre a manifestação do pensamento) da Constituição Federal; art. 15 do Código Civil (garantia de que ninguém pode ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou intervenção cirúrgica); Lei Estadual do Paraná n. 14.254 de 04 de dezembro de 2003 (direito à recusa de tratamentos dolorosos ou extraordinários, e direito a morte digna e serena); e Enunciado 37 do Conselho Nacional de Justiça (DAV deve ser feita, preferencialmente, de forma escrita).

Pelo exposto anteriormente, a diretiva pode ser considerada como um negócio jurídico unilateral, devendo preencher os requisitos de existência, validade e eficácia. Para a existência da diretiva, devem estar presentes vontade do paciente (agente) acerca de como quer ser, ou não ser, tratado em caso futuro de incapacidade e impossibilidade de manifestar-se (objeto), e uma forma, que pode ser escrita.

Para a validade, a diretiva deverá ter sido redigida por agente capaz no momento da sua elaboração; possuindo forma livre, eis que ausente determinação legal em sentido diverso (com indicação de que seja redigida de forma escrita, o que facilitará a demonstração da existência e sua aplicação futura); e preenchendo os requisitos de objeto lícito e de forma não defesa em lei, uma vez não há qualquer óbice legal à declaração de vontade do paciente.

Por fim, a diretiva será eficaz quando não houver disposições contrárias ao ordenamento jurídico, contrárias à patologia do próprio paciente ou já superadas pela Medicina, e não for objeto de objeção de consciência do médico, caso em que o paciente poderá ser atendido por outro profissional.

Tem-se, ainda, que as principais espécies de diretivas são o *living will* (testamento vital) e o mandato duradouro. O testamento vital é a declaração unilateral do paciente que abordará os tratamentos aos quais deseja ser submetido, ou não, em caso de terminalidade de vida. Já o mandato duradouro é documento no qual é nomeado terceiro que decidirá pelo paciente em caso de incapacidade futura, sobre os tratamentos a serem realizados.

Depreende-se, então, que as diretivas são documentos plenamente aceitos pelo ordenamento jurídico brasileiro, mesmo sem legislação específica sobre o tema, podendo ser consideradas como negócio jurídico que devem respeitar os requisitos de existência, validade e eficácia, para que a diretiva possa ser aplicada.

Considerando-se que a diretiva é válida e sem qualquer nulidade, em caso de conflito no momento de seu cumprimento, a discussão poderá necessitar de uma solução judicial.

Em sendo o processo o meio para a solução das controvérsias, e garantido o acesso ao Poder Judiciário deve ser escolhida a melhor modalidade de tutela, e estar presentes os requisitos processuais para que a tutela da DAV seja efetiva, possibilitando a compreensão da controvérsia principal, ou seja, o atendimento da vontade do paciente.

Como o objeto de discussão judicial é o cumprimento da vontade do paciente, a tutela específica parece ser mais adequada para garantir a efetividade da tutela. Isso porque a tutela ressarcitória, em sua essência, é cabível quando houver interesse de recebimento de indenização pela ocorrência de dano por não aplicação da DAV, mas não para cessar eventual ilícito por conta do descumprimento ou fazer cumprir a disposição redigida anteriormente.

A tutela específica, principalmente a tutela inibitória, tem como função vedar a prática, reiteração ou continuação de um ato ilícito, conforme o redação do parágrafo único do art. 497, do CPC. Ou seja, se o que se busca é o cumprimento da diretiva, com a vedação ou paralisação da prática de não cumprimento, a tutela inibitória poderá trazer o resultado que se busca: o respeito à vontade do paciente.

Também devem estar presentes a legitimidade tanto do autor quanto do réu, bem como o interesse de agir quanto à propositura de processo que envolva o cumprimento da diretiva. Levando-se em consideração que o conflito quanto ao cumprimento da diretiva pode envolver paciente, curador, procurador de saúde, parentes, médico e hospital, e o Ministério Público, os requisitos da demanda, devem ser analisados em relação à cada um dos envolvidos no conflito.

Quanto ao paciente, se a aplicação da diretiva ocorrer quando ele estiver relativamente incapaz - por tudo que foi visto e pela necessidade de que a parte autora, para que seja legítima, tenha capacidade para estar em Juízo -, verifica-se que ele não poderá estar em Juízo eis que não tem capacidade para praticar os atos do processo sozinho. Poderá, então, ser o paciente

representado através da representação legal (curatela) ou a representação voluntária (nomeação anterior).

Para que a representação legal seja verificada, talvez o caminho seja a interdição do paciente enfermo e incapaz de manifestar os atos da vida civil ou de sequer se governar sozinho, nomeando-se curador judicial, que irá representá-lo em Juízo, após o regular processo de interdição.

No que tange à representação voluntária, o procurador de saúde, nomeado anteriormente pelo próprio paciente na própria diretiva - neste caso no mandato duradouro -, terá poderes nos moldes definidos na declaração de vontade do paciente, podendo inclusive propor demanda em nome do paciente, representando-o em Juízo, a fim de suprir a necessidade de que a capacidade esteja presente. Aqui é importante lembrar que a atuação do procurador de saúde é de fazer cumprir a vontade do paciente, e não sua própria vontade.

Ou seja, o paciente poderá ser parte autora, a fim de pleitear o cumprimento da DAV, mas deverá ser representado/assistido pelo curador judicial ou procurador de saúde nomeado anteriormente. Já a atuação do paciente como parte ré da demanda, não parece ser pertinente, uma vez que o objetivo do processo é o cumprimento da sua própria vontade, não tendo ele qualquer óbice neste sentido.

O interesse de agir, neste caso, é de visualização imediata: o paciente possui total necessidade e utilidade no ingresso da medida, a fim de que seja sua determinação prévia devidamente cumprida.

Já no que tange aos parentes do paciente, atuem como parte autora ou ré em processo que busque o cumprimento do disposto na DAV, cumpra evidenciar primeiro quem pode ser considerado parente.

Para fins de pleito judicial de cumprimento das diretivas antecipadas, parece adequado que sejam reconhecidos como parentes aqueles que comprovem em Juízo à relação de parentesco e o vínculo de afetividade direta com o paciente, nos moldes do que determinam os artigos 1.591 e 1.592 do Código Civil: os parentes em linha reta contam-se infinitamente, e os em linha colateral até o quarto grau.

Contudo, não basta ser parente no conceito legal, deve a parte comprovar que possuía fortes laços e participação concreta na vida do paciente, vez que só aqueles que efetivamente conheciam as vontades, os anseios e o modo de vida do paciente poderão compreender e respeitar o disposto na diretiva.

Quando não houver tempo hábil para a interdição do paciente e nomeação de curador, poderá um parente (ou mais), em prol da defesa do interesse do relativamente incapaz, ser parte

em demanda judicial para fim de pleitear o cumprimento da vontade do paciente em nome próprio, em razão da solidariedade familiar que deve estar presente nas relações de parentesco.

Por isso, a solidariedade e o afeto parecem ser argumentos fortes, a fim de sustentar a legitimidade dos parentes para propositura de demanda a fim de ver cumprir a determinação da DAV, bem como para a defesa quanto ao não cumprimento.

A própria legislação prevê este dever de amparo, solidariedade e cuidados recíproco entre os parentes, em especial quanto a pacientes idosos (artigo 230 da Constituição Federal; artigo 3º do Estatuto do Idoso; artigo 2º da Resolução 1.995 do Conselho Federal de Medicina).

Da mesma forma, a legitimidade passiva dos parentes poderá ser vislumbrada uma vez que, para aqueles que buscam o não cumprimento da diretiva, o vínculo de afetividade, o sentimento e a manutenção da vida daquele paciente, ainda que contrariamente à sua vontade, justificam a defesa da não aplicação do disposto na DAV.

O interesse de agir está presente, vez que, se há obrigação legal dos parentes um para com os outros, seja pelo respeito à solidariedade, afetividade, ou por determinação de obrigação legal neste sentido, há utilidade na propositura da demanda, e necessidade de ver cumprida a determinação do paciente.

O médico e o hospital possuem, também, legitimidade. Isso porque, se cabe ao médico e ao hospital o respeito ao determinado anteriormente pelo paciente, em caso de oposição quanto ao cumprimento da DAV, a legitimidade passiva em um processo parece ser plenamente possível.

Da mesma forma, a legitimidade passiva do médico e hospital também poderá ser defendida diante da possibilidade de que o corpo clínico e o hospital por conta de possível responsabilização futura, por não terem utilizado todos os meios possíveis em prol do paciente, conforme determinação do próprio Código de Ética Médica no art. 57, desrespeitam a vontade do paciente.

Não obstante, também é possível que médico e hospital sejam autores de uma demanda que pleiteie judicialmente o cumprimento da diretiva. Isso porque, os profissionais da saúde têm dever jurídico de cuidado do paciente, dever de respeitar a autonomia e a dignidade do próprio paciente.

A legitimidade ativa se fundamenta na solidariedade que deverá existir entre paciente e médico, no dever jurídico de cuidado, bem como na obrigação da sociedade de apurar o idoso, com previsão expressa da atenção a ser dispendida pelo próprio médico, conforme determinado inclusive pelo artigo 230 da Constituição Federal, artigo 3º do Estatuto do Idoso, e art. 747, inciso III do CPC.

Todos estes dispositivos legais sustentam que cabe à sociedade amparar o idoso, e defender sua dignidade, além de possibilitar ao próprio médico interditar paciente caso ausentes os parentes ou representante deste.

O interesse, consubstanciado na necessidade e adequação, também se verifica pelos mesmos motivos que sustentam a legitimidade: se há óbice ao cumprimento da diretiva pelo Hospital, médico e nosocômio poderão defender a dignidade do paciente em Juízo.

Por fim, mas não menos importante, o Ministério Público poderá ser parte legítima para propor a demanda em prol do cumprimento da vontade do paciente, eis que o direito à saúde é elemento essencial à dignidade da pessoa humana, inserindo-se no rol de direitos a serem tutelados pelo Ministério Público vez que de interesse da sociedade, mesmo que em favor de única pessoa. Ainda que o entendimento neste sentido não seja unânime, parece ser adequado que o *parquet* defenda direitos individuais relativos à dignidade e saúde do paciente relativamente incapaz.

Já quanto ao paciente idoso, há determinação legal expressa fundamentando a legitimidade ativa do Ministério Público, conforme previsão do artigo 230 da Constituição Federal, artigo 3º do Estatuto do Idoso, além do artigo 747, IV, do CPC.

Ou seja, se há previsão legal de que o pedido de interdição pode ser realizado pelo *parquet* na defesa dos direitos do paciente, é possível a analogia acerca da possibilidade também de defesa dos direitos individuais e indisponíveis do enfermo antes do pedido de interdição pelo órgão.

Quanto à legitimidade passiva, parece neste caso que o Ministério Público não poderá atuar como réu, uma vez que não é o causador do não cumprimento da diretiva, mas sim, como fiscal da lei, conforme determinado pelo inciso II, do artigo 178 do CPC, uma vez que o paciente é relativamente incapaz.

O interesse pode ser vislumbrado uma vez que o Ministério Público possui interesse na propositura de demanda em prol do paciente, já que atua em demanda que necessita de intervenção e análise judicial, eis que conflituosa, e é útil uma vez que o órgão possui como função precípua a defesa da sociedade e da ordem social justa.

É possível, ainda, afirmar que o Ministério Público deverá atuar no processo como fiscal da lei sempre que o litígio envolva o cumprimento da DAV, e também é legítimo e possui interesse de agir para atuar como autor da ação na defesa de direito indisponível individual do paciente que busca o cumprimento de sua vontade.

Ainda que o tema possua pouca discussão doutrinária e jurisprudencial, verifica-se que há um aumento de interesse da população quanto às diretivas antecipadas de vontade e seu

cumprimento. O envelhecimento da população é uma das principais causas de aumento nesta discussão: em um futuro não tão distante, todos poderão se deparar com uma situação de incapacidade, sendo imprescindível que, desde já, reflitam sobre como desejam ser tratados no futuro.

Não se trata de adiantar a discussão sobre a morte, mas sim, tratar desde já, enquanto há capacidade, consciência e possibilidade, sobre os desejos futuros que busquem uma morte digna, bem como para prevenir eventual litígio judicial, que, se vier a surgir, deverá refletir a vontade do paciente.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 16. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**, volume I – parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016a.

_____. **Processo civil brasileiro**, volume II – tomo I – parte geral: institutos fundamentais. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016b.

BARROS JUNIOR, Edmilson de Almeida. **Código de ética médica 2010**: comentado e interpretado: (resolução CFM 1.931/2009). São Paulo: Atlas, 2011.

BOFF, Leonardo. **Saber cuidar**: ética do humano – compaixão pela terra. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. *Revista de bioética y derecho: publicación del Máster en bioética y derecho*, n. 26, p. 22-30, 2012.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. 05 de outubro de 1988. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, que institui o Código Penal. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 07 de dezembro 1940.

_____. Justiça Federal. Seção Judiciária do Estado de Goiás. 1ª Vara Federal. Juiz Federal Substituto Eduardo Pereira da Silva. **Ação Civil Pública n. 001039-86.2013.4.01.3500**, julgamento em 21/02/2014.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 de janeiro de 1973.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que institui o Código de Defesa do Consumidor. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 de setembro de 1990.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o que institui o Código Civil. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002.

_____. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que institui o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 01 de outubro de 2003.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que institui o Código de Processo Civil. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 16 de março de 2015.

_____. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 06 de julho de 2015.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 757/2015**. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada, de 01 de dezembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. **Repercussão Geral n. 262, Recurso Extraordinário 605.533/MG**, julgamento em 01 de abril de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Relatora Ministra Cármen Lúcia. **RE 648.410/DF**, julgamento em 15/08/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Relator Ministro Dias Toffoli. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 863.852/MG**, julgamento em 07/04/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 1ª Câmara Cível. Relator Desembargador Irineu Mariani. **Apelação Cível n. 70054988266, autos originários n. 0223453-79.2013.8.21.7000**, julgamento em 20/11/2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 1ª Câmara Cível. Relator Desembargador Sérgio Luiz Grassi Beck. **Agravo de Instrumento n. 70065995078**, julgamento em 03/09/2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 21ª Câmara Cível. Relator Desembargador Armínio José Abreu Lima da Rosa. **Apelação Cível n. 70042509562**, julgamento em 01/06/2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 24. ed., v. 1. São Paulo: Atlas, 2013.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARVALHO, José Carlos Maldonado. **Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Dell'azione nascente al contratto preliminare. Saggi di diritto processuale civile*. Milão: Giuffrè, 1993.

CLARKE, David B. The patient self-determination act. **Health care ethics: Critical issues for the 21st century**. 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25 ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução n. 1.931 de 24 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 24 de setembro de 2009.

_____. Resolução n. 1.995 de 31 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 31 de agosto de 2012.

COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira (Coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

DADALTO, Luciana. A implementação das DAV no Brasil: Avanços, Desafios e Perspectivas. *In: DADALTO, Luciana (coord.). Bioética e Diretivas Antecipadas de Vontade*. 1 ed. Curitiba: Editora Prismas, 2014.

_____. Diretivas Antecipadas de Vontade e Mistanásia por erro médico: debates e possibilidades. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 4, p. 239 – 251, Jul – Set, 2015b.

_____. **Testamento vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015a.

_____; SAVOI, Cristiana. **Distanásia: entre o real e o ideal**. In GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). Tratado Brasileiro sobre Direito Fundamenta à Morte Digna. São Paulo: Almedina, 2017.

_____; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista de Bioética** (Impr.), v. 21, n. 3, p. 463-76, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed., rev., atual., e ampl. De acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIDIER JR., Freddie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013a.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. 1, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013b.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. 2, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e princípio da solidariedade. **NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 26, 2007, p.171-184.

DURAND, Guy. **Introdução geral à bioética**: história, conceitos e instrumentos. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 14. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**. 12. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

EFING, Antônio Carlos; NEVES, Mariana Moreira. Consentimento Livre e Esclarecido: responsabilidade civil do médico pelo descumprimento do dever de informar. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 65, jul/dez 2014, pp. 67-90.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, v. IV: Contratos. Tomo I: teoria geral. 9. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v. VI: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**, vol. 1: teoria geral do processo a auxiliares da justiça. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013

GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas Antecipadas de Vontade: Testamento Vital, Mandato Duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Ano I (2012), nº 02, p. 945-978.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

KFOURI, Miguel Neto. **Responsabilidade civil do médico**. 8.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LEMOS PEREIRA, Paula Moura Francesconi de. **Relação médico-paciente**: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Princípio da solidariedade familiar. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, p. 144-159, 2007.

MACHADO, Antônio Claudio da Costa. **A intervenção do ministério público no processo civil brasileiro**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

MACIEL, Maria Goretti Sales. Uniformização de Nomenclaturas em Cuidados Paliativos. In DADALTO, Luciana (coord.). **Bioética e Diretivas Antecipadas de Vontade**. 1. ed. Curitiba: Editora Prismas, 2014.

MARANHÃO, Clayton. A ação inibitória e a tutela do direito à saúde nas relações e consumo no ordenamento jurídico brasileiro. *Lex Medicinæ* - **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, v. 03, p. 45-72, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela contra o ilícito (art. 497, parágrafo único do CPC/15). **Revista de Processo**. v. 245/2015, p. 313-329, jul/2015, 2015a.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2.ed., rev., atual., e ampl., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**. v. 1. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**, v. 2., 1.ed., 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015b.

MEDINA, José Miguel. **Curso de direito processual civil moderno**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Jussara. Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas** – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 713 – 732.

_____. O valor jurídico do cuidado: família, vida humana e transindividualidade. *In*: III Jornada Interdisciplinar de Pesquisa em Teologia e Humanidades, 2013, Curitiba-PR. **Anais da III Jornada Interdisciplinar de Pesquisa em Teologia e Humanidades**, 2013. v. 3. p. 41-51.

_____; MYSZCZUK, Ana Paula. Bioética, Biodireito e interpretação (Bio)constitucional. *In*: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília-DF. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis-SC: Fundação Boiteux, 2008. p. 332-353.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 29 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NÓBREGA, Marcella Pereira da. **Ministério Público: atuação como órgão agente na defesa de direitos individuais indisponíveis**. 152f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.

PARANÁ. Lei Estadual nº 14.254/2003, de 23 de dezembro de 2003, que regula a prestação de serviço e ações de saúde de qualquer natureza aos usuários do Sistema Único de Saúde. **Diário oficial n. 6632**. Curitiba, PR, 23 de dezembro de 2003.

PESSINI, Léo. Distanásia: até quando investir sem agredir? **Revista Bioética**, v. 4, n. 1, 2009.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para morrer**: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

_____; MOUREIRA, Diogo Luna. Suicídio Assistido. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado Brasileiro sobre Direito Fundamenta à Morte Digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 193-215.

_____; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SCHAEFER, Fernanda. Diretivas Antecipadas de Vontade: uma possibilidade no Direito Brasileiro? **Revista de Direito da Saúde**, v. 3, p. 100-113, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

SERTÃO, Reato Lima Charnaux. **A distanásia e a dignidade do paciente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz (atual.); SILVA, Jaqueline Mielke (atual.); BAPTISTA, Luiz Fernando (atual.) **Teoria Geral do Processo Civil**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade** (Parte II). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>. Acesso em: 30.11.2017.

SIRENA, Hugo Cremonez. A incapacidade e a sistemática geral do direito civil sob a égide do novo Estatuto das Pessoas com Deficiência (Lei 13.146/2015). **Revista de Direito Privado**, v. 70, 2016, p. 135-150.

STRECK, Lênio Luiz. A efetividade dos Direitos Fundamentais no Brasil: entre judicialização da política e ativismo judicial – a morte digna como resposta adequada à Constituição. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado Brasileiro sobre Direito Fundamental à Morte Digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 35-54.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil** – v. 1: Lei de Introdução e Parte Geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Direito Civil** – v. 5: Direito de Família. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THAMAY, Rennan Faria Kruger; ANDRADE, Vinícius Ferreira de. Condições da ação no Novo CPC. *In*: DIDIER, Fredie Jr (coord). **Novo CPC doutrina selecionada**. v.1, parte geral. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Uma primeira análise constitucional sobre os princípios no novo CPC. *In*: DIDIER, Fredie Jr (coord). **Novo CPC doutrina selecionada**. v.1, parte geral. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. v. 1. 54. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; DE OLIVEIRA, Guilherme. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 357-379.

VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**: o controle jurisdicional de decisões políticas. Salvador: Juspodivm, 2013.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. v. 1. 16 ed., ref. e ampl. de acordo com o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

**ANEXO A – RESOLUÇÃO Nº 1.805 DE 28 DE NOVEMBRO DE 2006 DO
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**

**RESOLUÇÃO Nº 1.805 DE 28 DE NOVEMBRO DE 2006 DO CONSELHO FEDERAL
DE MEDICINA**

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO que os Conselhos de Medicina são ao mesmo tempo julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar, por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente;

CONSIDERANDO o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil;

CONSIDERANDO o art. 5º, inciso III, da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”;

CONSIDERANDO que cabe ao médico zelar pelo bem-estar dos pacientes;

CONSIDERANDO que o art. 1º da Resolução CFM nº 1.493, de 20.5.98, determina ao diretor clínico adotar as providências cabíveis para que todo paciente hospitalizado tenha o seu médico assistente responsável, desde a internação até a alta;

CONSIDERANDO que incumbe ao médico diagnosticar o doente como portador de enfermidade em fase terminal;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido em reunião plenária de 9/11/2006,

RESOLVE:

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

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

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

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

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

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Brasília, 9 de novembro de 2006.

EDSON DE OLIVEIRA ANDRADE

Presidente

LÍVIA BARROS GARÇÃO

Secretária-Geral

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

A medicina atual vive um momento de busca de sensato equilíbrio na relação médicoenfermo. A ética médica tradicional, concebida no modelo hipocrático, tem forte acento paternalista. Ao enfermo cabe, simplesmente, obediência às decisões médicas, tal qual uma criança deve cumprir sem questionar as ordens paternas. Assim, até a primeira metade do século XX, qualquer ato médico era julgado levando-se em conta apenas a moralidade do agente, desconsiderando-se os valores e crenças dos enfermos. Somente a partir da década de 60 os códigos de ética profissional passaram a reconhecer o doente como agente autônomo.

À mesma época, a medicina passou a incorporar, com muita rapidez, um impressionante avanço tecnológico. Unidades de Terapia Intensiva (UTIs) e novas metodologias criadas para aferir e controlar as variáveis vitais ofereceram aos profissionais a possibilidade de adiar o momento da morte. Se no início do século XX o tempo estimado para o desenlace após a instalação de enfermidade grave era de cinco dias, ao seu final era dez vezes maior. Tamanho é o arsenal tecnológico hoje disponível que não é descabido dizer que se torna quase impossível morrer sem a anuência do médico.

Bernard Lown, em seu livro *A arte perdida de curar*, afirma: “As escolas de medicina e o estágio nos hospitais os preparam (os futuros médicos) para tornarem-se oficiais-maiores da ciência e gerentes de biotecnologias complexas. Muito pouco se ensina sobre a arte de ser médico. Os médicos aprendem pouquíssimo a lidar com a morte. A realidade mais fundamental é que houve uma revolução biotecnológica que possibilita o prolongamento interminável do morrer”.

O poder de intervenção do médico cresceu enormemente, sem que, simultaneamente, ocorresse uma reflexão sobre o impacto dessa nova realidade na qualidade de vida dos enfermos. Seria ocioso comentar os benefícios auferidos com as novas metodologias diagnósticas e terapêuticas. Incontáveis são as vidas salvas em situações críticas, como, por exemplo, os enfermos recuperados após infarto agudo do miocárdio e/ou enfermidades com graves distúrbios hemodinâmicos que foram resgatados plenamente saudáveis por meio de engenhosos procedimentos terapêuticos.

Ocorre que nossas UTIs passaram a receber, também, enfermos portadores de doenças crônico-degenerativas incuráveis, com intercorrências clínicas as mais diversas e que são contemplados com os mesmos cuidados oferecidos aos agudamente enfermos. Se

para os últimos, com frequência, pode-se alcançar plena recuperação, para os crônicos pouco se oferece além de um sobreviver precário e, às vezes, não mais que vegetativo. É importante ressaltar que muitos enfermos, vítimas de doenças agudas, podem evoluir com irreversibilidade do quadro. Somos expostos à dúvida sobre o real significado da vida e da morte. Até quando avançar nos procedimentos de suporte vital? Em que momento parar e, sobretudo, guiados por que modelos de moralidade?

Aprendemos muito sobre tecnologia de ponta e pouco sobre o significado ético da vida e da morte. Um trabalho publicado em 1995, no *Archives of Internal Medicine*, mostrou que apenas cinco de cento e vinte e seis escolas de medicina norte-americanas ofereciam ensinamentos sobre a terminalidade humana. Apenas vinte e seis dos sete mil e quarenta e oito programas de residência médica tratavam do tema em reuniões científicas.

Despreparados para a questão, passamos a praticar uma medicina que subestima o conforto do enfermo com doença incurável em fase terminal, impondo-lhe longa e sofrida agonia. Adiamos a morte às custas de insensato e prolongado sofrimento para o doente e sua família. A terminalidade da vida é uma condição diagnosticada pelo médico diante de um enfermo com doença grave e incurável; portanto, entende-se que existe uma doença em fase terminal, e não um doente terminal. Nesse caso, a prioridade passa a ser a pessoa doente e não mais o tratamento da doença.

As evidências parecem demonstrar que esquecemos o ensinamento clássico que reconhece como função do médico “curar às vezes, aliviar muito frequentemente e confortar sempre”. Deixamos de cuidar da pessoa doente e nos empenhamos em tratar a doença da pessoa, desconhecendo que nossa missão primacial deve ser a busca do bem-estar físico e emocional do enfermo, já que todo ser humano sempre será uma complexa realidade biopsicossocial e espiritual.

A obsessão de manter a vida biológica a qualquer custo nos conduz à obstinação diagnóstica e terapêutica. Alguns, alegando ser a vida um bem sagrado, por nada se afastam da determinação de tudo fazer enquanto restar um débil “sopro de vida”. Um documento da Igreja Católica, datado de maio de 1995, assim considera a questão: “Distinta da eutanásia é a decisão de renunciar ao chamado excesso terapêutico, ou seja, a certas intervenções médicas já inadequadas à situação real do doente, porque não proporcionais aos resultados que se poderiam esperar ou ainda porque demasiado gravosas para ele e para a sua família. Nestas situações, quando a morte se anuncia iminente e inevitável, pode-se em consciência renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida”.

Inevitavelmente, cada vida humana chega ao seu final. Assegurar que essa passagem ocorra de forma digna, com cuidados e buscando-se o menor sofrimento possível, é missão daqueles que assistem aos enfermos portadores de doenças em fase terminal. Um grave dilema ético hoje apresentado aos profissionais de saúde se refere a quando **não** utilizar toda a tecnologia disponível. Jean Robert Debray, em seu livro *L'acharnement thérapeutique*, assim conceitua a obstinação terapêutica: “Comportamento médico que consiste em utilizar procedimentos terapêuticos cujos efeitos são mais nocivos do que o próprio mal a ser curado. Inúteis, pois a cura é impossível e os benefícios esperados são menores que os inconvenientes provocados”. Essa batalha fútil, travada em nome do caráter sagrado da vida, parece negar a própria vida humana naquilo que ela tem de mais essencial: a dignidade.

No Brasil, há muito o que fazer com relação à terminalidade da vida. Devem ser incentivados debates, com a sociedade e com os profissionais da área da saúde, sobre a finitude do ser humano. É importante que se ensine aos estudantes e aos médicos, tanto na graduação quanto na pós-graduação e nos cursos de aperfeiçoamento e de atualização, as limitações dos sistemas prognósticos; como utilizá-los; como encaminhar as decisões sobre a mudança da modalidade de tratamento curativo para a de cuidados paliativos; como reconhecer e tratar a dor; como reconhecer e tratar os outros sintomas que causam desconforto e sofrimento aos enfermos; o respeito às preferências individuais e às diferenças culturais e religiosas dos enfermos e seus familiares e o estímulo à participação dos familiares nas decisões sobre a terminalidade da vida. Ressalte-se que as escolas médicas moldam profissionais com esmerada preparação técnica e nenhuma ênfase humanística.

O médico é aquele que detém a maior responsabilidade da “cura” e, portanto, o que tem o maior sentimento de fracasso perante a morte do enfermo sob os seus cuidados. Contudo, nós, médicos, devemos ter em mente que o entusiasmo por uma possibilidade técnica não nos pode impedir de aceitar a morte de um doente. E devemos ter maturidade suficiente para pesar qual modalidade de tratamento será a mais adequada. Deveremos, ainda, considerar a eficácia do tratamento pretendido, seus riscos em potencial e as preferências do enfermo e/ou de seu representante legal.

Diante dessas afirmações, torna-se importante que a sociedade tome conhecimento de que certas decisões terapêuticas poderão apenas prolongar o sofrimento do ser humano até o momento de sua morte, sendo imprescindível que médicos, enfermos e familiares, que possuem diferentes interpretações e percepções morais de uma mesma situação, venham a debater sobre a terminalidade humana e sobre o processo do morrer.

Torna-se vital que o médico reconheça a importância da necessidade da mudança do enfoque terapêutico diante de um enfermo portador de doença em fase terminal, para o qual a Organização Mundial da Saúde preconiza que sejam adotados os cuidados paliativos, ou seja, uma abordagem voltada para a qualidade de vida tanto dos pacientes quanto de seus familiares frente a problemas associados a doenças que põem em risco a vida. A atuação busca a prevenção e o alívio do sofrimento, através do reconhecimento precoce, de uma avaliação precisa e criteriosa e do tratamento da dor e de outros sintomas, sejam de natureza física, psicossocial ou espiritual.

**ANEXO B – RESOLUÇÃO Nº 1.995 DE 31 DE AGOSTO DE 2012 DO CONSELHO
FEDERAL DE MEDICINA**

**RESOLUÇÃO Nº 1.995 DE 31 DE AGOSTO DE 2012 DO CONSELHO FEDERAL DE
MEDICINA**

Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes.

O **CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, e

CONSIDERANDO a necessidade, bem como a inexistência de regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica brasileira;

CONSIDERANDO a necessidade de disciplinar a conduta do médico em face das mesmas;

CONSIDERANDO a atual relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente, bem como sua interface com as diretivas antecipadas de vontade;

CONSIDERANDO que, na prática profissional, os médicos podem defrontar-se com esta situação de ordem ética ainda não prevista nos atuais dispositivos éticos nacionais;

CONSIDERANDO que os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, e que essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo;

CONSIDERANDO o decidido em reunião plenária de 9 de agosto de 2012,

RESOLVE:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º 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, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º 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.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília-DF, 9 de agosto de 2012.

ROBERTO LUIZ D'AVILA
Presidente

HENRIQUE BATISTA E SILVA
Secretário-geral

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA RESOLUÇÃO CFM nº 1.995/12

A Câmara Técnica de Bioética do Conselho Federal de Medicina, considerando, por um lado, que o tema diretivas antecipadas de vontade situa-se no âmbito da autonomia do paciente e, por outro, que este conceito não foi inserido no Código de Ética Médica brasileiro recentemente aprovado, entendeu por oportuno, neste momento, encaminhar ao Conselho Federal de Medicina as justificativas de elaboração e a sugestão redacional de uma resolução regulamentando o assunto. Esta versão contém as sugestões colhidas durante o I Encontro Nacional dos Conselhos de Medicina de 2012.

JUSTIFICATIVAS

1) Dificuldade de comunicação do paciente em fim de vida

Um aspecto relevante no contexto do final da vida do paciente, quando são adotadas decisões médicas cruciais a seu respeito, consiste na incapacidade de comunicação que afeta 95% dos pacientes (*D'Amico et al*, 2009). Neste contexto, as decisões médicas sobre seu atendimento são adotadas com a participação de outras pessoas que podem desconhecer suas vontades e, em consequência, desrespeitá-las.

2) Receptividade dos médicos às diretivas antecipadas de vontade

Pesquisas internacionais apontam que aproximadamente 90% dos médicos atenderiam às vontades antecipadas do paciente no momento em que este se encontra incapaz para participar da decisão (*Simón-Lorda*, 2008; *Marco e Shears*, 2006).

No Brasil, estudo realizado no Estado de Santa Catarina, mostra este índice não difere muito. Uma pesquisa entre médicos, advogados e estudantes apontou que 61% levariam em consideração as vontades antecipadas do paciente, mesmo tendo a ortotanásia como opção (*Piccini et al*, 2011). Outra pesquisa, também recente (*Stolz et al*, 2011), apontou que, em uma escala de 0 a 10, o respeito às vontades antecipadas do paciente atingiu média 8,26 (moda 10). Tais resultados, embora bastante limitados do ponto de vista da amostra, sinalizam para a ampla aceitação das vontades antecipadas do paciente por parte dos médicos brasileiros.

3) Receptividade dos pacientes

Não foram encontrados trabalhos disponíveis sobre a aceitação dos pacientes quanto às diretivas antecipadas de vontade em nosso país. No entanto, muitos pacientes consideram bem-vinda a oportunidade de discutir antecipadamente suas vontades sobre cuidados e tratamentos a serem adotados, ou não, em fim de vida, bem como a elaboração de documento sobre diretivas antecipadas (in: Marco e Shears, 2006).

4) O que dizem os códigos de ética da Espanha, Itália e Portugal

Diz o artigo 34 do Código de Ética Médica italiano: “*Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tener conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso*” (O médico, se o paciente não está em condições de manifestar sua própria vontade em caso de grave risco de vida, não pode deixar de levar em conta aquilo que foi previamente manifestado pelo mesmo – traduzimos). Desta forma, o código italiano introduziu aos médicos o dever ético de respeito às vontades antecipadas de seus pacientes.

Diz o artigo 27 do Código de Ética Médica espanhol: “[...] *Y cuando su estado no le permita tomar decisiones, el médico tendrá en consideración y valorará las indicaciones anteriores hechas por el paciente y la opinión de las personas vinculadas responsables*”. Portanto, da mesma forma que o italiano, o código espanhol introduz, de maneira simples e objetiva, as diretivas antecipadas de vontade no contexto da ética médica.

O recente Código de Ética Médica português diz em seu artigo 46: “4. *A actuação dos médicos deve ter sempre como finalidade a defesa dos melhores interesses dos doentes, com especial cuidado relativamente aos doentes incapazes de comunicarem a sua opinião, entendendo-se como melhor interesse do doente a decisão que este tomaria de forma livre e esclarecida caso o pudesse fazer*”. No parágrafo seguinte diz que o médico poderá investigar estas vontades por meio de representantes e familiares.

Deste modo, os três códigos inseriram, de forma simplificada, o dever de o médico respeitar as diretivas antecipadas do paciente, inclusive verbais.

5) Comitês de Bioética

Por diversos motivos relacionados a conflitos morais ou pela falta do representante ou de conhecimento sobre as diretivas antecipadas do paciente, o médico pode apelar ao Comitê de Bioética da instituição, segundo previsto por Beauchamps e Childress (2002, p. 275). Os Comitês de Bioética podem ser envolvidos, sem caráter deliberativo, em muitas decisões de fim de vida (Marco e Shears, 2006; Savulescu; 2006; Salomon; 2006; Berlando; 2008; Pantilat e Isaac; 2008; D'Amico; 2009; Dunn, 2009; Luce e White, 2009; Rondeau et al, 2009; Siegel; 2009). No entanto, embora possa constar de maneira genérica esta possibilidade, os Comitês de Bioética são raríssimos em nosso país. Porém, grandes hospitais possuem este órgão e este aspecto precisa ser contemplado na resolução.

Carlos Vital Tavares Corrêa Lima
Relator