

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

B615

Biodireito e direitos dos animais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Valéria Silva Galdino Cardin; Heron José de Santana Gordilho. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-685-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

Apresentação

O XXVII Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (Conpedi), realizado na cidade de Porto Alegre/RS, entre os dias 14, 15 e 16 de novembro de 2018, proporcionou o intercâmbio de conhecimento científico entre os pesquisadores e as instituições de pesquisas na seara jurídica acerca de temas correlatos, sobretudo, com a tecnologia, a comunicação e a inovação no Direito.

Considerado como um dos mais relevantes eventos de cunho científico na área jurídica, o Conpedi é responsável por viabilizar a discussão, em elevado nível de profundidade, de questões controvertidas e originais que permeiam o ambiente acadêmico e o meio jurídico, além de possibilitar a integração e a divulgação das linhas de pesquisa e dos trabalhos desenvolvidos nos programas de mestrado e doutorado.

O grupo de trabalho “Biodireito e Direito dos Animais I”, ao qual honrosamente participamos como coordenadores da mesa, contou com a participação de dedicados e experientes pesquisadores, os quais levantaram inúmeras indagações acerca de temáticas ainda pouco exploradas.

A respeito disso, Bruno Fraga Pistinzi, doutorando em Ciências Sociais pela PUC/SP, analisou os conflitos e consequências econômicas decorrentes das inovações tecnológicas na área da saúde, com o seu artigo “A avaliação das tecnologias em saúde e a possibilidade de execução do controle sobre os corpos: a necessidade de valoração do princípio da dignidade da pessoa humana”.

Por sua vez, Fernando Augusto Melo Calusi e Tomlyta Luz Velasquez dos Santos, mestrandos em Direito pela PUC/RS, com o artigo “Novas tecnologias e liberdade de expressão na pesquisa científica: uma análise sobre a proteção de dados genéticos e de saúde”, examinaram a possibilidade da coexistência entre a efetiva proteção de dados genéticos e de saúde e o incentivo às pesquisas científicas genéticas, desde que garantidos o anonimato e o consentimento do indivíduo.

O trabalho intitulado “As capivaras da Lagoa da Pampulha em Belo Horizonte: uma questão de saúde pública e proteção dos direitos dos animais”, de autoria de Sebastien Kiwonghi

Bizawu, professor doutor do PPGD da Escola Superior Dom Helder Câmara, apresentou os efeitos da expansão urbana acerca dos animais, especialmente o habitat das capivaras que vivem às margens da Lagoa da Pampulha, em Belo Horizonte/MG.

No artigo “O Direito A Partes Separadas Do Corpo Humano: Questões Legais E Éticas”, Luciano Ferreira Rodrigues Filho, professor da UNIESP, e Ana Paula Pavanini Navas, mestranda em Direito da UENP, abordaram as questões legais e éticas do direito de personalidade envolvido na utilização de partes separadas do próprio corpo, voluntária ou involuntariamente.

Já a doutoranda em Direito na UFPR, Lygia Maria Copi, em seu artigo “As crianças e os adolescentes como autores de testamento vital: uma análise a partir da capacidade para consentir”, examinou, a partir da categoria da capacidade para consentir, a possibilidade de crianças e adolescentes formularem testamento vital.

Nadjanine Galindo de Freitas Farias, mestranda em Direito da UFSC, discutiu, por intermédio das teorias de Félix Guatarri e Leonardo Boff, os cuidados paliativos com os idosos enquanto parte do processo de ecologização individual, a partir de seu trabalho intitulado “O direito humano aos cuidados paliativos: um processo de ecologização consagrado pela convenção interamericana sobre a proteção dos direitos humanos dos idosos”.

O professor doutor Heron José de Santana Gordilho, coordenador do PPGD/UFBA, juntamente com a mestranda do mesmo programa Marines Ribeiro de Souza, apresentaram o artigo “Ecofeminismo e Direito Animal” avaliando as divergências entre a proposta ecofeminista de substituição da ética da justiça, baseada em princípios e regras universais e abstratas, pela ética feminina do cuidado, mais preocupada com o caso concreto e com as relações afetivas entre os envolvidos.

Por seu turno, Elaine Julliane Chielle e Edenilza Gobbo discutiram, por meio do artigo “Gestação por substituição: direito ao planejamento familiar versus a autodeterminação corporal”, o conflito do direito ao planejamento familiar e a autodeterminação corporal que decorre da Resolução n. 2.168/2017, através das técnicas de ponderação de Robert Alexy.

Bruno Terra de Moraes investigou, a partir de seu trabalho “A relação custo-efetividade como critério para a concessão judicial de medicamentos”, como a judicialização das

políticas públicas de saúde, se não levar em consideração a relação custo-efetividade das tecnologias de saúde, pode acarretar prejuízos e disfunções ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Em “Do contrato de gestação e suas implicações jurídicas”, Valéria Silva Galdino Cardin, professora doutora da UNICESUMAR-PR e da Universidade Estadual de Maringá (UEM), juntamente com Caio de Moraes Lago, analisaram o direito às técnicas de reprodução humana assistida que decorre do direito ao planejamento familiar, a questão da disposição do próprio corpo, a possibilidade ou não da formação de um vínculo contratual para a maternidade substitutiva, de ser algo contrário aos bons costumes, da remuneração da gestante e da coisificação do ser humano, o que dá origem a inúmeros conflitos jurídicos, especialmente em nosso país, onde não há uma legislação específica acerca desta prática.

Em “A virtude cívica como mecanismo de eficácia ao direito dos animais”, a professora doutora do PPGD da UEL-PR Rita de Cassia Resquetti Tarifa Espolador, juntamente com a sua orientanda de mestrado Bianca da Rosa Bittencourt, estudaram o papel do ser humano na proteção dos animais e a virtude cívica de igualar os desiguais.

O artigo “A evolução do pensamento humano a partir do biocentrismo: uma forma de preservação do direito natural à vida”, de Lara Maia Silva Gabrich e Flávio Henrique Rosa, mestrando em Direito pela ESDHC, buscou levantar críticas acerca da bioética e da macrobioética como instrumentos de desconstrução do antropocentrismo e preservação do meio ambiente e do direito à vida, em direção à mudança da ética ambiental.

Em “A filiação socioafetiva e o direito ao conhecimento da identidade biológica”, de Vivian Gerstler Zalcman, mestre em direito pela PUC/SP e Gleidson Roger de Paula Coêlho, especialista pela UFMT, exploraram o direito de cada criança em conhecer a sua origem genética face ao direito à intimidade dos pais biológicos.

Por sua vez, o trabalho intitulado “Direito à morte digna : uma análise da evolução legislativa francesa a partir dos casos Vincent Humbert, Chantal Sebire E Nicolas Bonnemaison”, de Pollyana Thays Zanetti, mestranda em Direito da PUC-MG, discutira a legislação francesa sobre o fim da vida a partir de casos concretos, buscando verificar se esta legislação se encontra em acordo com os princípios que regem o direito francês.

Em “Morte digna como direito fundamental”, de Carolina Bombonato Borchart e Amanda Juncal Prudente, mestradas em Direito pela UENP/PR, foi questionado o direito a uma morte digna como um direito constitucional fundamental, com fundamento na autonomia da vontade no princípio da dignidade da pessoa humana.

Já as pesquisas de Jerônimo Siqueira Tybusch Professor doutor do PPGD da UFSM-RS e Luis Marcelo Mendes UBRA-RS, apresentadas no artigo “O constructo do axioma científico-tecnológico moderno: um diagnóstico sobre a atuação da biotecnologia no processo de dominação do natural”, discorreram acerca do paradigma técnico-científico da modernidade e seus reflexos nas estratégias de venda, consumo e comercialização relativos à biotecnologia.

Em “O processo de objetificação do paciente frente ao imperativo categórico kantiano”, o doutorando em Ciências Humanas pela UFSC, Murilo Ramalho Procópio, e a mestranda em Direito e Inovação pela UFJF-MG, Fernanda Teixeira Saches, indagaram, a partir da ética kantiana, o descompasso entre a bioética principiológica e o processo de objetificação do paciente no Brasil.

Ao que diz respeito à viabilidade jurídica da descolonização e da inclusão da natureza como sujeito e direito, Luis Gustavo Gomes Flores, professor doutor do PPGD/UNIJUÍ-RS e Bruna Medeiros Bolzani, mestranda em Direito pela UNIJUÍ-RS, trouxeram relevantes contribuições no trabalho “Direito da natureza como movimento fundamental na estratégia de descolonização”.

A partir das pesquisas concretizadas no artigo “Uma outra racionalidade jurídica para um outro futuro: da razão antropocêntrica à hipótese de Gaia”, Fernando Goya Maldonado, doutorando pela Universidade de Coimbra-Portugal e Camila Belinaso de Oliveira, mestranda em Direito do PPGD da Unilasalle-RS, enfrentaram o problema da influência e da limitação epistemológica do conceito moderno de racionalidade e de direito, tendo em vista a redução dos impactos futuros sobre o meio ambiente.

Em “Justiça para animais não humanos: diretrizes iniciais a partir do estudo de caso nas turmas recursais do Rio Grande do Sul”, Paloma Rolhano Cabral, mestranda em Direito da Unilasalle, analisou a aplicação de teorias de justiça para animais não-humanos nas turmas recursais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

A partir da seleção dos mais qualificados trabalhos acima elencados, o referido congresso científico demonstrou, assim, a preocupação com as mazelas que acometem o ser humano e o espaço ao qual está inserido, especialmente ao que diz respeito a evolução e a inovação da

tecnologia, para que se consolide a efetiva proteção, respeito e proteção dos direitos fundamentais e de personalidade.

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin - UNICESUMAR/PR e UEM/PR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AS CRIANÇAS E OS ADOLESCENTES COMO AUTORES DE TESTAMENTO VITAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA CAPACIDADE PARA CONSENTIR
CHILDREN AND ADOLESCENTS AS LIVING WILL AUTHORS: AN ANALYSIS FROM THE CAPACITY TO CONSENT

Lygia Maria Copi ¹

Resumo

O regime de incapacidades mostra-se insuficiente para as questões que envolvem direitos existenciais, como é o caso da recusa a tratamento médico por testamento vital. Diante desses direitos, vinculados à livre promoção da personalidade humana, a separação entre titularidade e exercício permite violações à autonomia e à dignidade. Propõe-se, assim, que a análise dessas questões transponha as regras de capacidade, para que se promova a averiguação da possibilidade da criança ou do adolescente de discernir quanto à recusa a determinada terapia. Pretende-se verificar, então, a adequação da categoria da capacidade para consentir para fundamentar decisões em saúde por menores.

Palavras-chave: Direitos existenciais, Recusa a tratamento médico, Testamento vital, Regime de incapacidades, Crianças e adolescentes, Capacidade para consentir

Abstract/Resumen/Résumé

The disability regime is insufficient for issues involving existential rights ,such as refusal of medical treatment by living will. Faced with such rights, linked to the free promotion of human personality, the separation of ownership and exercise allows violations of autonomy and dignity. It is therefore proposed that the analysis of these issues transpose the rules of capacity, so as to promote the investigation of the possibility of the child or adolescent to discern the refusal of a given therapy. It is intended to verify, then, the adequacy of the capacity category to consent to support health decisions by minors.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Existential rights, Refusal of medical treatment, Living will, Disability regime, Children and adolescents, Ability to consent

¹ Doutoranda em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná. Mestra pela mesma Instituição. Advogada e professora de Direito.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho proposto tem como objeto a análise da recusa a tratamento médico por crianças e adolescentes a partir da categoria da *capacidade para consentir*, pela qual o critério etário é substituído pelo discernimento necessário para o ato.

Fora do Brasil, não é recente o pleito de crianças e adolescentes por maior autonomia acerca de questões que tocam ao próprio corpo. São frequentes as notícias na mídia sobre menores portadores de doenças terminais que buscam suspender ou recusar o tratamento médico que lhes foi prescrito pela equipe de profissionais de saúde. Nessas questões, relacionam-se o direito à morte com dignidade e autonomia à averiguação do discernimento do menor.

No ano de 2008, os meios de comunicação noticiaram o caso da inglesa Hannah Jones – garota de 13 anos, à época, portadora de leucemia mielóide aguda. Em estado terminal e acometida por complicações cardíacas, Hannah negou a realização de transplante cardíaco, terapia indicada pela equipe médica e apta a lhe conferir algum tempo de vida. Em que pese a decisão da adolescente tenha sido confirmada por seus pais, a entidade hospitalar em que estava internada resolveu averiguar seu grau de consciência quanto à escolha, concluindo que a garota tinha condições de decidir sobre a questão (AZEVEDO, 2008).

Em 2014, foi noticiado o caso de outro menor inglês, portador de tipo raro de câncer, que, aos 11 anos, decidiu pela suspensão do tratamento médico. Trata-se de Reece Puddington, o qual anunciou em uma rede social que havia desistido de tratar a doença – escolha também ratificada por sua mãe¹.

Em tais episódios, diante da impossibilidade da medicina de tratar as enfermidades em questão e considerando que os menores estavam cientes quanto ao diagnóstico, ao prognóstico da doença e às consequências da decisão tomada, foi-lhes reconhecida a autonomia para recusar o procedimento médico.

No Brasil, no entanto, em virtude da aplicação do regime de incapacidades do Código Civil às situações existenciais, estas somente podem ser exercidas por indivíduos maiores. Assim, crianças e adolescentes ficam submetidas às decisões de seus pais ou representantes em questões que envolvem a própria saúde, mesmo quando demonstram discernimento para a tomada de decisão. Delegar a terceiros decisões referentes ao próprio corpo permite a

¹ O sítio eletrônico britânico *Daily Mail* disponibilizou matéria sobre o caso, noticiando o falecimento do garoto – ocorrido em maio de 2014. (PARRY, 2014)

perpetração de violações à dignidade e à autonomia, isso porque as escolhas referentes à saúde e ao corpo decorrem da individualidade e dos projetos pessoais de cada um.

Com o fito de se evitar decisões heterônomas em momentos de inconsciência ou de falta de lucidez em casos de doenças terminais, tornou-se recomendável a utilização das diretivas antecipadas de vontade, as quais viabilizam que a autonomia para recusa a tratamento médico seja estendida para circunstâncias de impossibilidade de manifestação. A questão, que desde logo se coloca, é quanto à viabilidade de menores formalizarem diretivas antecipadas de vontade.

As crianças e adolescentes são pessoas em fase de desenvolvimento biopsíquico, sendo seu processo de obtenção de autonomia gradual e heterogêneo. Nesse sentido, ao longo do percurso que leva à maioridade, é possível que os menores reúnam as condições necessárias para realizarem escolhas referentes a questões que lhe são íntimas – a exemplo de decisões de limitação de tratamento médico. Considerando, assim, que o regime das incapacidades não se mostra adequado para fundamentar o exercício de direitos existenciais, analisa-se se a categoria da *capacidade para consentir*, oriunda do direito estrangeiro, mostra-se apta a sustentar questões dessa natureza.

A utilização de aludida categoria, proposta especificamente para atos existenciais em matéria de saúde, afasta-se da taxatividade das definições legais sobre a capacidade e impõe avaliar no caso concreto, por meio de equipe multidisciplinar, se o paciente conta com o discernimento necessário para aceitar ou afastar determinada terapia. É verificado, nesse procedimento, o grau de maturidade do enfermo e a necessidade e a seriedade da intervenção.

A adoção da categoria proposta revela-se pertinente ao projeto constitucional e à perspectiva da repersonalização do Direito Civil, pois, por intermédio dela, a criança e o adolescente passam a ser considerados de acordo com suas particularidades, potencialidades e vulnerabilidades, superando, assim, a noção abstrata e neutra de pessoa.

2. O TESTAMENTO VITAL E A GARANTIA DA AUTONOMIA PROSPECTIVA

Por intermédio das declarações prévias do paciente terminal², há a possibilidade de se estender o alcance da recusa a tratamento médico para futuras situações de inaptidão para tomada de decisões. Consoante explicação de Fachin *et al*:

² Uma das principais polêmicas que envolve o documento pelo qual o paciente determina os tratamentos que lhe serão aplicados caso esteja sem lucidez diz respeito à terminologia empregada, sendo que a nomenclatura *testamento vital* é objeto de diversas críticas. Nesse sentido, tem-se o posicionamento de Luciana Dadalto, para

O objetivo de tais expressões jurídicas é justamente proteger a dignidade humana do enfermo terminal ou daquele que, diante de diagnóstico médico preciso, esteja diante de circunstância tolhedora de suas potencialidades humanas racionais. (FAHIN *et al*, 2013)

Enquanto o consentimento livre e esclarecido é uma expressão da autonomia pessoal, o *testamento vital* é expressão de uma autonomia prospectiva – que representa uma autonomia ampliada (GONZALEZ, 2005, p. 92). Pelas declarações prévias, a pessoa pode proceder à recusa a tratamento médico anteriormente, para a eventualidade de se tornar um paciente terminal e de estar sem condições de consentir ou dissentir com a terapia. Por esse documento, torna-se possível ao paciente em estado terminal e que está em estado de inconsciência morrer nas condições que julga dignas³.

Com a declaração prévia, apenas os tratamentos extraordinários podem ser afastados, mantendo-se a respiração, a alimentação e a hidratação em todos os casos. Evidencia-se, deste modo, que esse instrumento não se presta à eutanásia, mas à tutela do direito de morrer com dignidade⁴.

Somente é possível considerar a morte como digna quando é possibilitado ao enfermo decidir sobre como deseja passar pelo último estágio de sua vida, tendo em vista que o processo de morrer integra os projetos individuais das pessoas. Ana Carolina B. Teixeira e Luciana Dadalto Penalva afirmam que o paciente deve ser incentivado a participar do processo de escolhas que permeiam a fase final da vida:

Sem dúvida, vida com qualidade e dignidade impõe participação ativa, dentro do que for possível em termos de discernimento, do paciente no tratamento. Não pode o paciente ser aprisionado dentro de visões paternalistas e estigmatizantes, infantilizando-o e agravando as dificuldades já inerentes ao processo de morrer. Ao contrário, é preciso que ele seja encorajado a participar – pela equipe médica, pela família e pelos amigos – para que se sinta parte do processo das escolhas que sempre fez ao longo da vida. Isso significa potencializar sua dignidade, pois o paciente,

quem tal forma de designação é inadequada, entendendo que o termo *declaração prévia do paciente terminal* reflete com mais precisão o instrumento em análise. Afirmo mencionada autora que “[...] testamento vital [...] não é a melhor denominação, vez que remete ao instituto do testamento, negócio jurídico unilateral de eficácia *causa mortis*, o que, de todo, não é adequado.”. Acolhe-se, neste estudo, a crítica feita pela doutrinadora e adota-se a terminologia *diretivas antecipadas de vontade*, abreviada pela sigla DAV, que abrange tanto a *declaração prévia do paciente terminal* quanto a nomeação de procurador de cuidados de saúde (DADALTO, 2015, p. 02-03).

³ De acordo com Anderson Schreiber, “denomina-se testamento biológico (ou testamento vital, tradução literal da expressão norte-americana living will) o instrumento por meio do qual a pessoa manifesta, antecipadamente, sua recusa a certos tratamentos médicos, com o propósito de escapar ao drama terminal vivido por pacientes incapazes de exprimir a sua vontade.” (SCHREIBER, 2013. p. 61-62).

⁴ Luciana Dadalto Penalva afirma que “apenas disposições que digam respeito à rejeição de tratamentos fúteis serão válidas, por exemplo: não intubação, não realização de traqueostomia, suspensão de hemodiálise, ordem de não reanimação, entre outros.”. (DADALTO, 2015. p. 182).

mesmo em estado de terminalidade, ainda pode ter alguma condição psíquica de decidir sobre aspectos da própria vida. (TEIXEIRA; PENALVA, 2010, p. 64)

Essas escolhas referentes aos projetos individuais sobre o processo final da vida, por intermédio das diretivas antecipadas, podem ser realizadas em momento no qual o paciente se encontra lúcido e consciente, a fim de terem efeitos em eventual circunstância de ausência de discernimento.

Se, de um lado, as diretivas antecipadas podem assegurar decisões autônomas para situações de incapacidade quando aplicadas corretamente, tornando-se instrumento de satisfação dos pacientes e de alívio aos familiares, de outro, apresentam riscos. Isso porque a elaboração dessa modalidade de documento requer efetivo processo de informação e de esclarecimento do enfermo. Ainda, se aplicadas sem as devidas garantias, podem gerar insegurança ao médico no momento de acatá-las, sob o risco de responsabilização judicial (GONZALEZ, 2005, p. 92).

3. O AUTOR DO *TESTAMENTO VITAL* – PODEM CRIANÇAS E ADOLESCENTES FORMULAR DECLARAÇÕES PRÉVIAS DE VONTADE NO BRASIL?

No Brasil, as diretivas antecipadas foram regulamentadas pela Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, a qual definiu o dever dos médicos de respeitar os desejos expressos pelos enfermos em tais instrumentos⁵. É de se ressaltar, no entanto, que

⁵ Consta na Resolução nº 1.995/2012 que o Conselho Federal de Medicina 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. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

aludida regulamentação vincula apenas a classe médica, tendo em vista que foi elaborada por entidade profissional.

Ao se examinar a Resolução nº 1.995/2012, verifica-se que em seus parcos três artigos não foram previstos os requisitos para a elaboração das diretivas antecipadas de vontade. Anderson Schreiber, sobre essa omissão, afirma que:

Em boa hora, o Conselho Federal de Medicina deixou de estabelecer requisitos formais para a elaboração das diretivas antecipadas de vontade, limitando-se a aludir ao 'conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente'. (SCHREIBER, 2013. p. 62)

Tendo em vista que o Conselho Federal de Medicina não tem competência para legislar e considerando ser o *testamento vital* um negócio jurídico, afirma-se a necessidade de a manifestação adequar-se aos requisitos previstos pelo artigo 104 do Código de Direito Civil – agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei⁶. Emerge, então, a compreensão de que as diretivas antecipadas de vontade somente podem ser redigidas por quem ostenta capacidade, nos termos dos artigos 3º e 4º da legislação civil, afastando-se a possibilidade de que crianças e adolescentes as elaborem.

Ocorre, no entanto, que o critério da legitimidade das diretivas antecipadas de vontade deve ser o discernimento para a tomada de decisão e não mais a capacidade civil (DADALTO, 2016, p. 226), tendo em vista que o regime das incapacidades não se mostra apto a regular o exercício de interesses extrapatrimoniais⁷. A afirmação é possível diante da diversidade da lógica subjacente às situações jurídicas patrimoniais e existenciais: enquanto as primeiras têm por fundamento a liberdade para atos proprietários – comprar, vender, doar, testar e herdar, em especial –, as segundas visam ao desenvolvimento da personalidade humana.

Ao se tratar de direitos existenciais, torna-se questionável a separação entre titularidade e exercício, uma vez que é possível a violação à autonomia individual quando o

⁶ É o caso, a título de exemplo, de Roberto Dias, para quem o testamento vital, a fim de que seja considerado válido, deve reverenciar os requisitos do dispositivo 104 do Código Civil (DIAS, 2012, p 194).

⁷ A noção de capacidade está intimamente vinculada às noções de sujeito de direito e de personalidade jurídica e à categoria da relação jurídica. Na perspectiva clássica, sujeito de direito é o elemento subjetivo das relações jurídicas, o qual tem aptidão para ser titular de direitos e deveres na ordem civil. Aludida aptidão é conceituada como personalidade jurídica. A capacidade, por sua vez, é a medida de personalidade; é a averiguação de seu *quantum*. Esta configuração de relação jurídica foi originada em vistas à circulação de patrimônio na sociedade. Nesta perspectiva tradicional, a pessoa, circunscrita à noção de sujeito de direito, perfazia-se num mero conceito despido de valor, construído sob o rigorismo científico, com o fito de permitir sua inclusão nos polos das relações jurídicas, estas dotadas de conteúdo patrimonial. A capacidade, a seu turno, era a medida da aptidão do sujeito para realizar atos jurídicos de cunho negocial. (RODRIGUES, 2002. p. 29.)

direito é exercido por terceiro⁸. Os institutos de suprimimento da capacidade no caso de menores – representação e assistência –, a despeito do propósito protetivo subjacente, devem ser repensados quando estão em pauta os direitos existenciais.

Sobre esta temática, Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira questionam: “A presunção de incapacidade de um indivíduo menor de 16 anos, ou menor de 18 anos, é absoluta? Não poderiam estes indivíduos decidir sobre questões existenciais que digam respeito a sua autobiografia, ou a presunção de incapacidade impede seja construída sua personalidade?” (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 169-170).

A aquisição da autonomia é um dos principais aspectos da infância e da adolescência. Neste momento que antecede a vida adulta, o menor se desenvolve e constrói sua personalidade e identidade, edificando suas bases espirituais, corporais e biopsíquicas para que possa decidir sobre seu próprio destino (MACHADO, 2013, p. 167). A obtenção de autonomia depende do processo educacional ao qual o menor se encontra submetido. Enquanto é educado – no ambiente familiar e na instituição de ensino, principalmente – a criança e o adolescente gradualmente adquirem condições para tomar decisões⁹.

Duas são as principais características do processo de autonomização da criança e do adolescente: a progressividade e a heterogeneidade. De um lado, a capacidade de autodeterminação não é atingida como um todo quando atingida a maioridade, mas obtida ao longo desse percurso. Por outro lado, o desenvolvimento da autonomia é heterogêneo, o qual depende do ambiente, dos estímulos e das experiências vividas por cada um.

É possível, assim, que antes mesmo de atingir a maioridade, o jovem se encontre apto a tomar decisões autônomas referentes a questões que tocam sua própria existência – o que, no entanto, é vedado pelo regime de incapacidades. Há casos de pacientes classificados como incapazes, de acordo com a legislação, que apresentam discernimento suficiente para tomarem decisões acerca do próprio corpo e da própria saúde¹⁰. Evidencia-se, com isso, a impertinência

⁸ Consoante afirmam Joyceane B. de Menezes e Renata V. Multedo, “não parece razoável atribuir-se a alguém a titularidade de uma situação existencial sem lhe conceder a capacidade de exercício.”. (MENEZES; MULTEDO, 2016. p. 317)

⁹ Nas palavras de Diego Carvalho Machado, “se percebe com nitidez que a liberdade ou autodeterminação do menor toma forma de modo gradual, à medida em que é educado, sendo que o adolescente com certeza já é sujeito portador de considerável maturidade, isto é, espaço de autogoverno (ainda em edificação), respeitadas, evidentemente, as particularidades da concreta formação do discernimento em cada indivíduo.” (MACHADO, 2013, p.168).

¹⁰ No ano de 2005, o Conselho Regional de Medicina do Ceará emitiu parecer acerca da situação de uma adolescente de dezessete anos, portadora de osteossarcoma de fêmur esquerdo, que recusava o tratamento prescrito pela equipe médica (amputação do membro), contrariando o consentimento prestado pelos pais. No caso, a renúncia ao procedimento não traria risco iminente de vida. De modo inovador e contrário ao que se se infere do ordenamento jurídico, compreendeu o Conselho que “uma paciente de 17 anos, portadora de

da utilização das regras de capacidade dispostas pelo Código Civil em relação às escolhas de tratamentos médicos a serem ministrados ao longo da fase final da vida dos enfermos terminais.

Com efeito, o discernimento deve ser adotado como requisito para decisões em saúde, superando-se a escolha pela capacidade de fato. Portando o paciente capacidade para consentir – isto é, condições de entender a informação material, de fazer um julgamento quanto à informação a partir de seus valores, de buscar um resultado específico e de comunicar com liberdade o seu desejo (NAVES; SÁ, 2002, p. 119-120) – cumpre ser-lhe facultada a tomada de decisões individualmente.

Nessa linha de raciocínio, constatado que a criança e o adolescente apresentam capacidade para consentir, de acordo com os critérios analisados no tópico acima, devem ser asseguradas as disposições de última vontade do menor.

A maior parte dos países que legislou acerca das diretivas antecipadas de vontade vinculou-se à teoria clássica das incapacidades, determinando que apenas os maiores de dezoito anos em plenas faculdades mentais podem recusar tratamentos médicos e definir as condições do derradeiro período da vida por meio do instrumento¹¹. Diferentemente, as comunidades autônomas de Aragon, Catalunha e La Rioja afastaram-se do critério da capacidade e adotaram o discernimento como requisito para elaboração do documento, garantindo ao adolescente que conta com capacidade para consentir a possibilidade de redigir suas diretivas antecipadas (DADALTO, 2013, p. 228-229).

Com efeito, essa última previsão se mostra a mais adequada, uma vez que muitas crianças e adolescentes apresentam plenas condições intelectuais e volitivas para definir o modo como entendem digno passar pelo último momento de vida. Verifica-se, assim, que a adoção da categoria da *capacidade para consentir* enseja a possibilidade de adolescentes formularem suas diretivas antecipadas de vontade, desde que constatadas concretamente suas condições para tanto. A preferência, no que atine às questões sobre o próprio corpo, deve ser dada às decisões autônomas e, em razão disso, merecem ser ao máximo consideradas as disposições dos adolescentes.

osteosarcoma de fêmur, tem autonomia para decidir se aceita ou não procedimentos médicos que porventura lhe sejam propostos; mesmo adolescente, tem ela a capacidade de escolher, pois lhe assiste o discernimento para entender os fatos.”. O parecer foi fundamentado no respeito à autonomia do paciente, dever inscrito no artigo 56 do Código de Ética Médica, e no Estatuto da Criança e do Adolescente. (CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO CEARÁ, 2005)

¹¹ Consoante explica Luciana Dadalto, é o exemplo (i) de Portugal – que definiu, por meio da Lei nº 25/2012, que um dos critérios para realização de *testamento vital* é a maioridade; (ii) dos Estados Unidos, que também adota o critério etário objetivo para a confecção do documento, e (iii) da Espanha, que dispõe na Lei nº 41/2002 a necessidade de maioridade do outorgante. (DADALTO, 2013, p. 228-229).

4. A CAPACIDADE PARA CONSENTIR E A AUTONOMIA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES PARA A TOMADA DE DECISÃO EM MATÉRIA DE SAÚDE

O exercício de decisões em matéria de saúde por incapazes é temática que, fora do Brasil, é objeto de construções há algumas décadas. Uma das abordagens para o problema é a compreensão de que, ao lado da capacidade negocial, emerge a *capacidade para consentir*, destinada ao tratamento de questões em saúde.

De acordo com as disposições iniciais do Código Civil, todas as pessoas são dotadas de capacidade jurídica (ou de gozo). Nem todas, no entanto, são munidas de capacidade de exercício (negocial ou de agir). Quanto a esta, as pessoas são distinguidas entre capazes e incapazes. Os incapazes, por sua vez, podem ser classificados como absolutamente ou relativamente incapazes, a depender da medida da incapacidade de fato.

O Código Civil vigente não empreendeu profundas alterações no regime das incapacidades em relação à legislação cível anterior. No entanto, uma importante diferença promovida pela codificação de 2002 deve ser pontuada: a sustentação do regime das incapacidades, no que se refere à condição mental, passou a se dar pela noção de discernimento. Os artigos 3º, II, e 4º, II, na versão originária, demonstraram essa opção feita pelo legislador. Ao se optar pelo discernimento como sustentáculo da capacidade, abre-se espaço para uma leitura concreta dessa categoria e também para a sua reconstrução. Explica Judith Martins-Costa, nessa esteira, que:

O foco modificou-se para inserir um elemento de concreção, a saber, a ausência ou a redução do discernimento, abrindo caminho à reconstrução conceitual, para abrir a ‘capacidade para consentir’ como espécie apta a atuar nas relações que envolvam a esfera existencial da pessoa. (MARTINS-COSTA, 2009, p. 319)

Nesse tocante, *discernir* significa a viabilidade da pessoa de fazer escolhas com base na análise dos fatos, das consequências e das circunstâncias. Não restam dúvidas, assim, de que o discernimento é fator heterogêneo, o qual somente pode ser analisado concretamente, a partir das condições funcionais e conjunturais da pessoa (MARTINS-COSTA, 2009, p. 320).

Nas relações patrimoniais, a segurança jurídica e a necessária celeridade imposta às transações impedem a utilização do discernimento como fundamento do exercício dos atos jurídicos. Faz-se uso, então, de critérios presuntivos de capacidade, a exemplo da idade. A

adoção do discernimento como critério para o exercício dos atos jurídicos ensejaria tentativas abusivas de nulidade de negócios jurídicos e uma potencial inoperabilidade do sistema.

Ocorre, no entanto, que a saúde, como situação jurídica existencial, não pode ser tutelada mediante o uso de regras com nítido caráter patrimonial¹². É a partir dessa compreensão que se constata a insuficiência do uso da capacidade negocial quando estão em questão interesses extrapatrimoniais vinculados à vida e à saúde humanas (MARTINS-COSTA, 2009, p. 322). A renúncia a tratamento médico, de acordo com o entendimento sustentado, é uma situação jurídica existencial, vinculada, assim, ao livre desenvolvimento da personalidade e à promoção da dignidade humana.

Em se tratando de situações jurídicas patrimoniais, o seu exercício mediante representantes ou assistentes não conduz a grandes questionamentos, pois implica a administração de bens, sem envolver, via de regra, questões de foro íntimo. Diferentemente, quando a situação jurídica é de cunho existencial, permitir que seu exercício seja separado do titular conduz a violações à autonomia individual e à dignidade da pessoa.

É a partir dessa conclusão quanto à insuficiência da capacidade negocial como fundamento das situações jurídicas em matéria de saúde que a doutrina estrangeira¹³ aponta a categoria da *capacidade para consentir* como “terceira esfera do gênero ‘capacidade’, atuando, portanto como um círculo distinto da capacidade jurídica, ou de gozo e da capacidade negocial, ou de exercício.” (MARTINS-COSTA, 2009, p. 324). Tem por objeto específico a tomada de decisões sobre o próprio corpo, e por premissa a realização do princípio da autodeterminação na maior medida possível.

Conforme explica Dias Pereira, a *capacidade para consentir* se trata de um “ramo paralelo ao da capacidade negocial, que parte do mesmo tronco, que partilha algumas preocupações, mas com finalidades distintas, com um regime que deverá ser diverso e com sistemas de representação diferentes” (PEREIRA, 2006, p. 203-204).

A utilização de aludida categoria afasta-se da taxatividade das definições legais acerca da capacidade e impõe avaliar no caso concreto, por meio de equipe multidisciplinar, se o paciente conta com o discernimento necessário para aceitar ou afastar determinada terapia. É

¹² É o que afirma Pietro Perlingieri: “A saúde não pode ser protegida através da utilização de normas inspiradas por uma exclusiva lógica patrimonial, nem a sua tutela pode exaurir-se em um critério ou em um corretivo do juízo de harmonização entre exigências proprietárias e aquelas da produção.” (PERLINGIERI, 2007, p. 170).

¹³ Conforme expõe André Gonçalo Dias Pereira, um dos principais doutrinadores que edificou a noção de *capacidade para consentir* e defendeu sua autonomia em relação à capacidade negocial foi o germânico Amelung. Na literatura norte-americana, Grisso e Appelbaum são apontados como estudiosos acerca do tema (PEREIRA, 2006, p. 209-213).

verificado, nesse procedimento, o grau de maturidade do enfermo e a necessidade e a seriedade da intervenção (CORRÊA, 2010, p. 120).

Remetendo-se à construção do doutrinador germânico Amelung, Pereira Dias expõe as exigências impostas para que se reconheça a *capacidade para consentir*: a capacidade de decidir acerca de valores, a capacidade de entender os fatos, a capacidade de compreensão acerca das alternativas e a capacidade de se autodeterminar a partir das informações que foram apresentadas ao paciente (PEREIRA, 2006, p. 209-213). Ausente algum desses elementos, não pode a pessoa ser considerada capaz de consentir.

Desse modo, para que um adolescente em estado de terminalidade possa autonomamente recusar o tratamento médico, deve ser aferida, por meio dos requisitos acima, a *capacidade para consentir*.

No que se refere à capacidade de decidir sobre valores, exige-se que o incapaz esteja apto a considerar os custos e benefícios da sua decisão, inclusive no que atine a seus valores pessoais. As falhas nesse primeiro requisito se dão, especialmente, por duas razões: de um lado, em virtude de doenças que afetam o sistema de valores do enfermo – o qual ora recusa, ora consente com o tratamento indicado; de outro lado, há os enfermos que padecem de problemas psíquicos, em razão dos quais há distorção no sistema de valores. Em mencionados casos, não pode o enfermo ser declarado como capaz para consentir (PEREIRA, 2006, p. 209-213).

Assim, analisando especificamente a questão de crianças e adolescentes pacientes terminais que pretendem recusar a terapia indicada, deve-se verificar, acerca desse requisito, se o sistema de valores do menor se encontra conservado a despeito da doença e, além disso, se a recusa ao procedimento condiz com os valores adotados pelo menor em sua vida.

Quanto à capacidade para apreciar os fatos, trata-se da possibilidade de prever as consequências futuras de sua decisão. Para tanto, faz-se necessário que o enfermo relacione a sua escolha com os fatos que dela decorrerão, para o que se requer algum nível de inteligibilidade. Nesse sentido, quanto à criança e ao adolescente em estado de terminalidade, deve ser analisado, por exemplo, se o jovem tem condições de compreender que a recusa ao tratamento médico poderá reduzir seu período final de vida.

Consta como requisito, ainda, que o enfermo esteja apto a analisar as alternativas para o seu caso, o que, na situação dos menores pacientes terminais, pode ser compreendido como a possibilidade de o jovem considerar as demais opções de tratamento para a sua enfermidade. Por fim, somente será considerado como capaz para consentir aquele que estiver apto a relacionar seus valores com seus conhecimentos – isto é, apto a se autodeterminar a partir das informações que recebeu.

A presença de tais requisitos, com efeito, requer a verificação singular da pessoa enferma. Afirma Judith Martins-Costa, nesse sentido, que:

Para averiguar e mensurar se alguém não tem discernimento, ou a medida da redução no discernimento, deve o intérprete operar um raciocínio atento às singularidades da pessoa ('raciocínio por concreção'), diverso do que desenvolve quando a incapacidade é determinada em vista de uma condição genérica, como idade, por exemplo. Não é a pessoa como abstrato sujeito, mas é a pessoa de carne e osso, em sua concretude e em suas circunstâncias, que deverá estar no centro do raciocínio (MARTINS-COSTA, 2009, p. 326).

A aferição da *capacidade para consentir* é feita a partir de análise clínica realizada pelos profissionais da área da saúde que acompanham o paciente, sendo decorrência da própria relação estabelecida entre equipe médica e enfermo – a qual deve ser pautada pelo diálogo. O dever de informação ganha destaque nesse processo, uma vez que o adolescente paciente terminal apenas estará apto a recusar determinada terapia quando devidamente informado acerca do diagnóstico de sua doença, do prognóstico e dos tratamentos disponíveis para o caso. Necessário, para tanto, que a informação seja prestada de modo que permita aos adolescentes a sua compreensão.

A definição da *capacidade para consentir* é questão relativa à ética médica, realizada ao longo da relação médico-paciente. No entanto, está sujeita à análise judicial em processo no qual é aferida à capacidade do enfermo. Em tais circunstâncias, o magistrado se apoia em parecer emitido por perito (PEREIRA, 2006, p. 216).

Com a adoção da *capacidade para consentir*, as pessoas consideradas como incapazes de acordo com a taxatividade legal, mas que demonstrem apresentar grau de discernimento no que se refere à sua condição pessoal, devem ser ouvidas em suas manifestações e merecem ter reconhecido seu poder de decisão acerca do modo como desejam conduzir suas vidas nos mais variados aspectos, na medida de sua autonomia.

Assim, se a criança e o adolescente em estado terminal apresentar discernimento suficiente para compreender seu estado de saúde, a natureza do tratamento e as consequências do aceite e da recusa, deve ser considerado como capaz tanto para consentir quanto para dissentir (PEREIRA, 2004).

Na hipótese de ser constatada a ausência de *capacidade para consentir* ou dissentir do adolescente em estado terminal, ou seja, não havendo mínima possibilidade do exercício da autodeterminação, há necessidade de suprimento da incapacidade por meio da representação ou da assistência, a depender da idade do adolescente. Nessa situação, o consentimento presumido ou a autorização por representante legal torna-se justificável e necessário.

No entanto, ainda assim, não é possível que decisões heterônomas sejam tomadas em completa desconsideração quanto ao incapaz. Nos termos de André Gonçalo Pereira Dias, nesses casos, “[...] a heteronomia não intervém livremente, antes se encontra sempre em dialéctica permanente com a autonomia daquele concreto paciente.” (PEREIRA, 2006, p. 203-204).

Mesmo que o enfermo não se encontre em estado que lhe permita tomar decisões acerca do tratamento de saúde a que será submetido, seus desejos e manifestações dadas ao longo da vida são levados em consideração para que a decisão seja tomada por representantes. É possível afirmar, assim, que pela *capacidade para consentir* seja considerada a autonomia remanescente do paciente, visando, na maior medida possível, a garantia do livre desenvolvimento da personalidade.

Com o fito de serem ao máximo evitadas decisões heterônomas, tornou-se defensável a utilização do *testamento vital*, instrumento pelo qual se viabiliza que decisões autônomas do paciente sejam antecipadas +e tenham efeito em momento de impossibilidade de manifestação de vontade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluiu-se, neste estudo, que o regime das incapacidades não se revela adequado às situações jurídicas existenciais – estas voltadas ao *ser* –, a exemplo da recusa a tratamento médico que, na sistemática codificada, somente pode ser exercida por indivíduos maiores e em plenas condições mentais. Consoante defendido, delegar a terceiros decisões referentes ao próprio corpo permite a perpetração de violações à dignidade e à autonomia.

Uma das conclusões atingidas neste estudo foi de que as escolhas referentes à saúde e à dignidade da morte decorrem da individualidade e dos projetos pessoais de cada um. Fundamenta-se, com isso, o direito à recusa a tratamento médico e o direito de morrer, em casos de terminalidade, de acordo com as condições que se entende dignas. Mas, enquanto aos maiores em plenas condições mentais é garantida a formulação de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido e de Diretivas Antecipadas de Vontade para tutelar tais direitos, no que atine aos menores, as decisões quanto ao próprio corpo são tomadas, via de regra, pelos representantes legais.

Focada a questão na criança e no adolescente – pessoas em fase de desenvolvimento biopsíquico –, verificou-se que seu processo de obtenção de autonomia é gradual, heterogêneo e dependente da educação à qual o menor está submetido. Nesse sentido, ao longo do percurso

que leva à maioria, é possível que adolescentes reúnam as condições necessárias para realizarem escolhas referentes a questões que lhe são íntimas – a exemplo de decisões de limitação de tratamento médico em casos de terminalidade, em vistas ao direito à morte digna.

Considerando, assim, que o regime das incapacidades não se mostra adequado para fundamentar o exercício de direitos existenciais, buscou-se verificar, neste estudo, se a categoria da *capacidade para consentir*, oriunda do direito estrangeiro, mostra-se apta a sustentar questões dessa natureza. Sua utilização requer dos profissionais da área da saúde e dos juristas – em especial dos magistrados – uma postura diversa, pela qual sejam analisadas as especificidades do adolescente em estado de terminalidade, com a averiguação concreta do discernimento do enfermo para escolhas existenciais.

Análises particularistas, em tais contextos, tendem a se revelar vantajosas, ainda que complexas. Isso porque definir que a tomada de decisões nesses casos será sempre heterônoma, mesmo quando o menor apresenta autonomia suficiente, tendo por base unicamente a taxatividade da lei, obstaculiza a promoção do livre desenvolvimento da personalidade e, nos casos de terminalidade, mitiga o direito à morte com dignidade.

A adoção da categoria proposta revela-se pertinente ao projeto constitucional e à perspectiva da repersonalização do Direito Civil, pois, por intermédio dela, o menor e o deficiente mental passam a ser considerados de acordo com suas particularidades e potencialidades, com o intuito de conferir-lhes autonomia para o exercício de situações jurídicas referentes ao próprio corpo. Somente se atestada a ausência de condições para a realização de decisões autônomas é que são justificadas decisões heterônomas. Apesar disso, mesmo em tais casos, o representante do incapaz deve fazer a escolha levando em consideração os desejos por ele manifestados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Solange. Personagem da semana: Hannah Jones – ‘Quero morrer com dignidade’. *Revista Época*. São Paulo, nov. 2008. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI17176-15215,00.html>>. Acesso em: 15 mai.2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.995, de 31 de agosto de 2012, *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2018.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO CEARÁ. *Parecer CREMEC nº 16/2005*: O direito do paciente de recusar tratamento. Fortaleza, 26 dez. 2005. Disponível em: <<http://www.cremec.com.br/pareceres/2005/par1605.htm>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

CORRÊA, Adriana Espíndola. *Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

DADALTO, Luciana. Capacidade *versus* discernimento: quem pode fazer diretivas antecipadas de vontade? In: _____ (Coord.). *Diretivas antecipadas de vontade: ensaios sobre o direito à autodeterminação*. Belo Horizonte: Letramento, 2013.

_____. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Roberto. *O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

FACHIN, Luiz Edson et al. *Testamento vital ou declaração de vontade antecipada: limites e possibilidades das declarações de vontade que precedem à incapacidade civil*. [S.l.:s.n.], 2013. Disponível em: <<http://fachinadvogados.com.br/artigos/Testamento%20vital.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2014.

GONZÁLEZ, Miguel Angel Sánchez. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. Tradução Diaulas Costa Ribeiro. In: BASTOS, Elenice Ferreira; LUZ, Antônio Fernandes da (Coord.). *Família e Jurisdição II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética In: _____; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.) *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; TEIXEIRA, Eduardo Didonet. Consentimento livre, dignidade e saúde pública: o paciente hipossuficiente. In: RAMOS, Carmem Lúcia Nogueira et al. (Org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO; Renata Vilela. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões judiciais sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. IN: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, ALMEIDA, Vitor (coords). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 305-331.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Org.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, v. 1.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. A Capacidade para Consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In: FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1975: A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. Novos Desafios da Responsabilidade Médica: uma proposta para o Ministério Público. *Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*, Curitiba, v. 3, n. 2, jul./dez. 2004, p. 47-48, dez. 2004.

PARRY, Lizzie. Brave bucket-list boy, 11, loses six-year-cancer battle, days after urging followers to 'keep donating for other children like me'. [S.l.], 21 maio. 2014. Disponível em: <<http://www.dailymail.co.uk/health/article-2634915/Please-donations-coming-Brave-bucket-list-boys-selfless-final-message-help-loses-fight-cancer.html>>. Acesso em: 07 jun.2018

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA, Luciana Dadalto. Terminalidade e Autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. In: PEREIRA, T. S.; MENEZES, R. A., BARBOZA, H. H. (Coord.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.