

# DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORTE DIGNA

## ANTICIPATED DIRECTIVES OF WILL AS AN INSTRUMENT FOR THE CONCRETIZATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO A DIGNIFIED DEATH

*Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*<sup>1</sup>

*Priscila de Castro Teixeira Pinto Lopes Agapito*<sup>2</sup>

**RESUMO:** Trata-se de artigo apresentando as diretivas antecipadas de vontade como importantes negócios jurídicos que instrumentalizam e concretizam o complexo de situações decorrentes do direito fundamental à morte digna. Explica a relação entre diretivas antecipadas de vontade e eutanásia, distanásia, ortotanásia, mistanásia, suicídio assistido, testamento vital e mandato duradouro. Apresenta a construção doutrinária a respeito da existência de um direito fundamental à morte digna e se filia a ela. Conclui defendendo o respeito às diretivas antecipadas de vontade e propõe medidas para ampliar a proteção à morte digna.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito civil; Direitos da personalidade; Liberdade existencial; Autonomia privada; Diretivas antecipadas de vontade.

**ABSTRACT:** This article presents the anticipated directives of will as important legal businesses that instrumentalize and concretize the complex of situations arising from the fundamental right to a dignified death. It explains the relation between anticipated directives of will and euthanasia, dysthanasia, orthothanasia, “mistanásia”, assisted suicide, vital testament and lasting mandate. It presents the doctrinal construction regarding the existence of a fundamental right to a dignified death and joins it. It concludes by defending respect for the anticipated directives of will and proposes measures to extend the protection to the dignified death.

---

<sup>1</sup> Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). Coordenadora Titular e Professora Titular do Programa de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Coordenadora Titular da área de Direito Civil da Escola Paulista de Direito (EPD). Mestre, Doutora e Livre-docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). Ex-Procuradora Federal. Fundadora e Diretora Nacional do IBDFAM (região sudeste). Diretora Nacional do IBDCivil (região sudeste).

Auxiliou-me nas pesquisas para este artigo o Professor Rommel Andriotti, que é mestrando em Direito Civil pela FADISP, mestrando em Direito Civil Processual pela PUC-SP e especialista em Direito Civil e Processo Civil pela EPD.

<sup>2</sup> 29ª Tabeliã de Notas Titular de São Paulo, Capital. Ex-Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelionato de Notas do Distrito do Jaraguá, em São Paulo, Capital, e ex-Advogada. Presidente da Comissão de Notários e Registradores do IBDFAM Nacional. Palestrante e Professora em diversas Instituições de Ensino: FMB, Damásio Educacional, IDP, OAB/ENA, EPM, entre outras.

**KEYWORDS:** Civil law; Personality rights; Existential freedom; Private autonomy; Anticipated directives of will.

**SUMÁRIO:** Introdução – 1. Conceito e escopo das diretivas antecipadas de vontade – 2. Objeto das diretivas antecipadas de vontade e as necessárias distinções conceituais: eutanásia, ortotanásia, distanásia, suicídio assistido, mistanásia, mandato duradouro, testamento vital – 3. Direito fundamental à morte digna como norma justificadora do respeito às diretivas antecipadas de vontade – 4. Aplicação das diretivas antecipadas de vontade – 5. Diretivas antecipadas de vontade elaboradas pela via do instrumento público: aspectos notariais – Conclusão – Referências.

## Introdução

Na medida em que regula as relações humanas, o Direito não tem sentido e razão de ser se não for – ele mesmo – humano. Essa construção, aparentemente pleonástica, serve para demonstrar o que deveria ser evidente para todos: o Direito não tem como função a limitação arbitrária das liberdades; muito pelo contrário, seu objetivo é as *reconhecer* e, com isso, *tutelar* os anseios de cada comunidade, propiciando a cada indivíduo, na maior medida possível<sup>3-4</sup>, a fruição de sua existência e a oportunização de caminhos que realizem ao máximo sua *condição humana*<sup>5</sup>. Isso exige, então, uma proteção à liberdade, principalmente no que diz respeito às decisões *existenciais*<sup>6</sup>.

Logo, o jurista deve ter um olhar sociológico e psicológico para os fatos da vida, percebendo seus valores subjacentes, assim como os anseios sociais que os

---

<sup>3</sup> Trata-se de um princípio, um *mandado de otimização*, para usar a linguagem de Robert Alexy (v. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* [Theorie der grundrechte, 1986]. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015).

<sup>4</sup> Aqui se encontram, também, as limitações jurídicas, incluindo a máxima de que a liberdade de um não pode ser usada de modo a violar a liberdade do outro. As limitações à vontade devem ser usadas como uma proteção ao outro. Devem ser comedidas, portanto. Naquilo que é íntimo ao emissor da vontade, que apenas a ele toca, e que não prejudica terceiros, sua vontade deve ser respeitada na maior medida possível.

<sup>5</sup> Na medida em que se possibilita *ação* perante uma *pluralidade*, o que seria o ápice da *condição humana*, para usar os termos de Hannah Arendt (v. *The human condition*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1998).

<sup>6</sup> Estamos usando o termo no sentido de extrapatrimonial, conforme o uso corrente e consagrado da palavra nos círculos de civilistas, dentre os quais o próprio Prof. Fachin (v., por exemplo, FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006), inspirado por PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. ed. rev. e ampl. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 27.

circundam, para definir, em primeiro lugar, se são merecedores de tutela jurídica. Se o forem, é dever do jurista os defender tão prontamente quanto possível, pois o fato da vida que privilegia a dignidade da pessoa humana deve ser percebido pelos jurisconsultos com brevidade, alterando-se a lei ou sua interpretação, com a agilidade possível, para refletir o novo contexto.

Nessa ordem de ideias, há um fato da vida clamando por atenção. Trata-se da situação daqueles que, saudáveis ou já adoecidos, possuem diretivas relativas aos tratamentos médicos que se lhes devem ser aplicados (ou não) quando não puderem mais externar sua volição. Referimo-nos às *diretivas antecipadas de vontade*.

## 1. Conceito e escopo das diretivas antecipadas de vontade

Sobre o tema, Luciana Dadalto conceitua diretivas antecipadas de vontade como sendo um documento escrito por uma pessoa no pleno exercício de suas capacidades, com a finalidade de manifestar previamente sua vontade acerca de *tratamentos e não tratamentos* a que deseja ser submetida quando estiver impossibilitada de manifestar sua vontade<sup>7</sup>. Ana C. B. Teixeira e Renata L. Rodrigues as conceituam como “determinações prévias dadas por certas pessoas – estando elas ou não na condição de pacientes no momento de sua elaboração –, que devem ser cumpridas, ante uma situação na qual elas se tornem incompetentes para decidir o cuidado de si mesmo”<sup>8</sup>. O Conselho Federal de Medicina, com grande pioneirismo, buscou colmatar a lacuna normativa que existe com relação ao tema por meio da edição da Resolução n. 1.995/2012, que dispõe sobre diretivas antecipadas de vontade. A própria Resolução traz um conceito para o instituto em seu art. 1º, definindo “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

---

<sup>7</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 110.

<sup>8</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Análise do ordenamento jurídico brasileiro: o conteúdo jurídico do direito fundamental à liberdade no processo de morrer. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciano (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 381.

vontade”<sup>9</sup>. A Resolução traz segurança *administrativa* para os médicos, que não poderão perder suas licenças por acatarem as diretivas antecipadas de vontade, mas lhes falta a devida segurança *civil e criminal*, eis que o tema, até o momento, não foi objeto de legislação e os operadores do direito ainda divergem quanto à sua licitude ou não.

Assim, para dar mais segurança jurídica ao tema, há em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 5.559/2016. O projeto adota muito do que já foi utilizado na Resolução n. 1.995/2012 e traz diversos outros direitos para pacientes. A Resolução também conceitua diretivas antecipadas de vontade, fazendo-o da seguinte forma: “documento que contém expressamente a vontade do paciente quanto a receber ou não cuidados, procedimentos e tratamentos médicos, a ser respeitada quando ele não puder expressar, livre e autonomamente, a sua vontade”<sup>10</sup>.

Em que pesem a leve variação conceitual e nossa discordância pontual de pontos de alguns desses conceitos<sup>11</sup>, está claro que as diretivas antecipadas de vontade são declarações autorizando ou não autorizando determinadas práticas médicas antes do momento em que elas se fizerem necessárias, declarações essas que serão levadas em consideração quando o paciente já não puder mais se expressar livremente.

Se analisadas segundo o prisma da teoria do fato jurídico, as *diretivas antecipadas de vontade* são, sem dúvida, *negócio jurídico*, isto é, declaração de vontade destinada a produzir efeitos que o declarante pretende e o direito reconhece, *para quando estiver em estado de terminalidade da vida e impossibilitado de manifestar qualquer vontade*. É um ato unilateral, personalíssimo, gratuito e revogável.

---

<sup>9</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM n. 1.995/2012*, publicada no *DOU* de 31 de agosto de 2012, Seção I, p. 269-270. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>>. Acesso em: 30 maio 2018.

<sup>10</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 5.559/2016, que dispõe sobre os direitos dos pacientes e dá outras providências*. Autores: Pepe Vargas (PT/RS), Chico D’Angelo (PT/RJ) e Henrique Fontana (PT/RS). Brasília: Congresso Nacional, 2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2087978>>. Acesso em: 29 maio 2018.

<sup>11</sup> Por exemplo, acreditamos não ser técnico começar a conceituar diretivas antecipadas de vontade como “documento”, porque as diretivas são *negócios jurídicos*, e o documento que as exterioriza é dado acessório, externo, que não está no campo da existência. A lógica é a mesma daquela utilizada para diferenciar um contrato do *instrumento* que o materializa (a *escritura*, se público; o *instrumento particular*, se privado).

Então, as diretivas antecipadas de vontade visam, a um só tempo, garantir ao *paciente* que sua vontade será atendida no momento de terminalidade da vida, e, também, garantir *ao médico* um respaldo jurídico para a tomada de decisão em situações conflituosas.

## **2. Objeto das diretivas antecipadas de vontade e as necessárias distinções conceituais: eutanásia, ortotanásia, distanásia, suicídio assistido, mistanásia, mandato duradouro, testamento vital**

Algumas distinções terminológicas são proveitosas para diferenciar diversos conceitos que, junto das diretivas antecipadas de vontade, compõem um complexo de direitos decorrentes do que se convencionou chamar de direito fundamental à morte digna<sup>12</sup>.

Dentre esses conceitos, talvez o principal seja a eutanásia. Esta é uma palavra que etimologicamente deriva de duas outras palavras de origem grega: *eu* (bom) e *thanatos* (entidade que representa a morte)<sup>13</sup>. Eutanásia quer significar, portanto, a *morte boa*. Claus Roxin, célebre criminalista alemão, propôs conceito de eutanásia aplaudido por juristas e médicos<sup>14</sup>, definindo-a como “a ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção da dignidade humana”<sup>15</sup>. Esse autor ainda diferencia a eutanásia *stricto sensu* da eutanásia *lato sensu*, sendo aquela a prestada após iniciado o processo de morte, que será inevitável haja ou não intervenção; e a eutanásia *lato sensu* aquela em que se contribui

---

<sup>12</sup> O tema vem ganhando atenção dia após dia, e já há até tratados escritos sobre isso. V., por todos, GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017.

<sup>13</sup> LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos*. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Atheneu, 2018. p. 27.

<sup>14</sup> V., por exemplo, LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos*. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Atheneu, 2018. p. 28.

<sup>15</sup> ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. Tradução de Luis Greco, autorizada pelo autor, do artigo “Die strafrechtliche Beurteilung der Sterbehilfe”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 32, out./dez. 2000. p. 1.

para a abreviação da vida de uma pessoa gravemente doente sendo que ela ainda poderia viver por tempo indefinido, mas não deseja fazê-lo por causa do intenso sofrimento causado pela doença.

Ainda, é possível classificar a eutanásia em ativa ou passiva, direta ou indireta.

A eutanásia é ativa quando há, por parte do agente, uma ação que abrevie a vida de alguém que sofre; a passiva, mais comum, é a que ocorre quando a morte do outro é antecipada por causa de uma omissão, notadamente a não utilização de práticas médicas que teriam a propriedade de prolongar aquela vida.

A eutanásia será direta quando o agente praticar ações ou omissões que pretendam deliberadamente findar com a vida do outro, abreviando-lhe o sofrimento. Ela será indireta quando determinada ação ou omissão for parte do próprio tratamento da pessoa que sofre, ou servir como medida lenitiva para lhe aliviar a dor, mas que possui como efeito colateral certo ou possível o encurtamento da expectativa de vida do paciente. Nesse caso, o objetivo do médico não é causar a morte do paciente, mas esse é um risco assumido no tratamento da moléstia ou nas medidas de atenuação da dor<sup>16</sup>.

A *ortotanásia*, outro conceito relevante, deriva etimologicamente das palavras gregas *orthos* (certo, correto) e *thanatos* (morte), querendo significar *morte correta*, ou, mais precisamente no sentido que a doutrina lhe dá, *morte no tempo certo*. A ortotanásia é permitida no Brasil enquanto prática médica desde novembro de 2006 por causa da Resolução n. 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina. O art. 1º da Resolução autoriza a prática da ortotanásia pelos médicos, sendo possível defini-la, a partir da leitura do texto do regulamento, como a limitação ou suspensão de procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal<sup>17</sup>. Em outras

---

<sup>16</sup> Nesse sentido, v., entre outros, ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. Tradução de Luis Greco, autorizada pelo autor, do artigo “Die strafrechtliche Beurteilung der Sterbehilfe”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 32, out./dez. 2000. p. 2; LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos*. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Atheneu, 2018. p. 71.

<sup>17</sup> Por ser curta, tomamos a liberdade de transcrever a resolução na íntegra: “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.

palavras, trata-se da “morte no seu tempo, isto é, a morte cuja ocorrência não é antecipada nem adiada”<sup>18</sup>.

Como se verifica, a ortotanásia requer, essencialmente, a abstenção de atos tendentes a alongar a vida do indivíduo; é uma omissão, portanto. Isso a aproxima bastante da figura da eutanásia passiva, já tratada acima, que também envolve uma omissão. Entretanto, alguns autores explicam que essas duas figuras não são equivalentes, não se podendo confundi-las, pois elas difeririam quanto ao *momento*<sup>19</sup>. Na ortotanásia, os atos prolongadores da vida do paciente só são cessados quando seu diagnóstico fatal é dado como certo. No caso da eutanásia passiva, a cessação dos atos prolongadores da vida vem *antes* dessa certeza, podendo-se dizer que a morte veio, pelo menos naquele momento, *em função da omissão médica*. Então, *na ortotanásia, porque a morte é certa, suspende-se o tratamento médico; na eutanásia passiva, suspende-se o tratamento médico, tornando certa uma morte que era provável*.

Partindo dessa premissa, verifica-se que, embora a ortotanásia não seja sinônima de eutanásia passiva, ela o é da eutanásia *stricto sensu*, na classificação de Claus Roxin, o que tornaria a ortotanásia, então, uma espécie do gênero eutanásia,

---

§ 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”. Tudo conforme BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM n. 1.805/2006*, publicada no *DOU* de 28 de novembro de 2006, Seção I, p. 169. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm)>. Acesso em: 29 maio 2018.

<sup>18</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. Ortotanásia e cuidados paliativos: o correto exercício da prática médica no fim da vida. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciano (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 134.

<sup>19</sup> Nesse sentido, v. SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 108; e também LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos*. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Atheneu, 2018. p. 73.

entendimento seguido no Brasil por Paulo José da Costa Jr.<sup>20</sup> e que pode mesmo ter acertado.

A *distanásia* (ou *obstinação terapêutica*), por sua vez, afigura-se como o antônimo da ortotanásia: trata-se da manutenção da vida do paciente a todo e qualquer custo, artificialmente, ainda que com sofrimento, e mesmo que o prognóstico seja de morte certa por ferimento ou moléstia incurável. É o prolongamento não natural da vida de um paciente, o que se vê comumente em cenários médicos quando a família se vale de frases do tipo “Doutor, faça tudo o que estiver ao seu alcance, utilize de todos os meios disponíveis, pois os avanços da tecnologia foram feitos para isso”<sup>21</sup>. Então, a *distanásia* está normalmente ligada a procedimentos médicos desproporcionais e a medidas de tratamento fúteis, que permitem o prolongamento da vida apenas em termos quantitativos, mas que peca enormemente em fatores qualitativos. É a garantia da vida, sim, mas de uma vida *indigna*, pautada por sofrimento e por desesperança. Por isso mesmo a *distanásia*, composta pelos termos *dis* (mau, ruim, algo malfeito) e *thanatos* (morte), simboliza uma morte ruim, sofrida, torturante, indigna. Atualmente, a *distanásia* é *lícita*, já que a ortotanásia é uma *possibilidade* do médico diante dos desejos do paciente ou da família (modal deontico permitido – P), e não uma obrigação (modal deontico obrigatório – O), de modo que a vida *poderá* ser indefinidamente prolongada, desde que haja condições materiais e financeiras, além do pedido do paciente ou da família. Não é nem preciso dizer que a *distanásia* não é recomendável, sendo que o valor *vida* não é absoluto, mormente quando desacompanhado daqueles outros caracteres que formam o núcleo duro da dignidade humana, dentre os quais a não submissão à tortura ou a tratamentos desumanos ou degradantes (CF/88, art. 5º, III<sup>22</sup>).

---

<sup>20</sup> COSTA JR., Paulo José da. *Curso de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 306.

<sup>21</sup> Exemplo que encontramos em DADALTO, Luciana; SAVOI, Cristiana. *Distanásia: entre o real e o irreal*. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciano (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 152.

<sup>22</sup> “Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, conforme BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [CF/88]. Brasília: Congresso Nacional (Poder Constituinte), outubro de 1988. *Portal da Legislação do Governo Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2017.



Conquanto haja quem sustente que a distanásia na verdade é *vedada* em atenção ao comando constitucional *supra* referenciado (modal deôntico de proibição – V)<sup>23</sup>, entendemos que isso não é sustentável segundo a fotografia atual do ordenamento jurídico. Se o pedido de *obstinação terapêutica* vem do próprio paciente em sua plena consciência e livre vontade, ainda que esteja sendo atormentado por aflitivas dores, não poderá o médico contrariá-lo e praticar a ortotanásia, em primeiro lugar porque isso viola a própria Resolução CFM n. 1.805/2006, que é clara ao vincular a decisão do médico à vontade do paciente; em segundo lugar porque a própria concepção de situação degradante e de tratamentos médicos desproporcionais é muito subjetiva e, por isso, relativa. Pode haver pacientes que tenham maior tolerância à dor, ou que nutram maior esperança de convalescença, e que, por isso, considerem razoável prolongar a existência por um tempo mais longo do que aquele a ser mensurado por um paciente mais desesperançado ou com menor resistência à dor na mesma situação. Os próprios médicos e familiares podem ter variadas posições acerca do que seria aceitável em termos de sofrimento terapêutico e proporcionalidade de tratamentos, de modo que essa decisão deve ficar a cargo, em primeiro lugar, do paciente, depois de seus familiares, se o paciente ou o representante legal dele não puderem se expressar, e por último do médico, ressalvadas, claro, as possibilidades fáticas e econômicas relativas a cada caso.

Há, ainda, a autoeutanásia, ou suicídio eutanásico, ou simplesmente *suicídio assistido*, que é “o comportamento em que o próprio indivíduo dá fim à sua vida sem a intervenção direta de terceiro na conduta que o levará à morte, embora essa outra pessoa, por motivos humanitários, venha a participar prestando assistência moral ou material para a realização do ato”<sup>24</sup>. Esse suicídio se diferenciaria do comum porque na autoeutanásia o sujeito tem realmente uma moléstia ou ferimento grave e pretende pôr fim ao seu sofrimento, e é esse elemento que solidariza o terceiro, ao passo que o suicídio comum prescinde desse elemento. De qualquer forma, o entendimento corrente

---

<sup>23</sup> LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos*. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Atheneu, 2018. p. 75.

<sup>24</sup> LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos*. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Atheneu, 2018. p. 77.

é o de que, no Brasil, a autoeutanásia configuraria, para a pessoa que auxiliou o moribundo, o crime de indução, instigação ou auxílio ao suicídio (CP, art. 122). Daí por que a autoeutanásia não seria *legal* no ordenamento jurídico atual<sup>25</sup>. Mas é de se notar, quiçá, uma certa tendência de alteração desse cenário, uma vez que países como a Holanda, a Suíça e a Bélgica<sup>26</sup> já legalizaram essa prática, submetendo-a, claro, à comprovação de sérios requisitos previstos em lei. O tempo dirá.

A *mistanásia*, por fim, é a *morte miserável*. Trata-se da antecipação da morte por falta do atendimento médico adequado ou pela consideração de que determinado sujeito ou grupo de pessoas é *indigno* de viver. No primeiro caso encontram-se os milhares de pessoas que, por falta de condições materiais, não conseguem ter acesso a serviço médico de qualidade e, conseqüentemente, pela falta dos cuidados necessários, falecem quando haveria plenas condições de sobrevivência se houvesse tratamento adequado. Então, “a *mistanásia* é geralmente a morte do pobre, resultado de uma vida precária e com pouca ou nenhuma qualidade – é uma morte indireta, causada pelo abandono, omissão ou negligência social e pessoal”<sup>27</sup>. No segundo caso, são exemplos os genocídios étnicos ou a criação de grupos de extermínio contra, digamos, aqueles que se encontram em situação de miserabilidade, independentemente de sofrimento (o que alguns denominam, de forma absolutamente incorreta, de eutanásia econômica). Aliás, o chamado “programa eutanásia” nazista – em nome do qual milhões de judeus, ciganos, poloneses, comunistas, homossexuais, testemunhas de Jeová e deficientes físicos e mentais foram assassinados durante o holocausto – é exemplo de *mistanásia*, ou seja, também não tem nada a ver com eutanásia. Essas práticas (ou omissões, no primeiro caso) não se confundem com a eutanásia, pois esta pressupõe um sentimento de solidariedade com aquele que sofre. Então – e muito pelo contrário –, chamando as

---

<sup>25</sup> Nesse sentido, VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Eutanásia. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciano (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 109.

<sup>26</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Suicídio assistido. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciano (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 104 et seq.

<sup>27</sup> PESSINI, Leo; RICCI, Luiz Antonio Lopes. O que entender por *mistanásia*. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciano (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 182.

coisas pelo seu nome exato<sup>28</sup>, mistanásia se trata, isso sim, de um nome diferente para uma odiosa limpeza sociológica e econômica, que nega aos menos favorecidos ou às minorias o próprio direito de continuar vivendo<sup>29</sup>. Sua prática é certamente criminosa e não deve ser aceita por nenhum cidadão do mundo.

Cabe também distinguir, ainda que brevemente, duas outras figuras. A primeira é o *mandato duradouro*. Trata-se da “nomeação de uma pessoa de confiança do outorgante que deverá ser consultado pelos médicos”, normalmente sendo o próprio outorgado um médico, para quando surgir a necessidade de tomada de decisão sobre cuidados de saúde ou for necessário esclarecer alguma dúvida sobre as diretivas antecipadas de vontade e o outorgante não puder mais se manifestar. O outorgado, também denominado procurador de saúde, deverá decidir levando em consideração, na maior medida possível, a própria vontade do paciente<sup>30</sup>. Desse modo, fica claro que essa figura não se confunde com as diretivas antecipadas de vontade, pois se trata simplesmente da nomeação de um procurador para assuntos de saúde.

E, ainda, o termo *testamento vital*, que tem sido usado em dois sentidos. Às vezes, é utilizado como um outro nome para as diretivas antecipadas de vontade. Nesses casos, as figuras são tratadas como sinônimas: onde se vir *testamento vital*, pode-se ler *diretivas antecipadas de vontade*. Em nosso sentir, porém, *testamento vital* não é uma denominação juridicamente adequada para o fenômeno tratado neste estudo, pois entendemos que ele não é nem vital nem testamento. O termo “vital” pode causar confusões aos mais desavisados, pois os efeitos das diretivas se direcionam justamente para o fim da vida e como isso deve ocorrer. O termo “testamento” possui conteúdo próprio, específico e técnico. Com relação ao conceito de testamento, podemos tomar, por exemplo, a definição de José Lopes de Oliveira, para quem testamento seria “ato

---

<sup>28</sup> V. WHITE, Ellen G. *The collection: volume one with five books: Steps to Christ; Christ's object lessons; Education; The ministry of healing and the mount of blessing*. [S.l.]: TWC, 2016 (formato digital e-book, Kindle, part of the *Timeless Wisdom Collection*), pos. 8706.

<sup>29</sup> Para mais sobre mistanásia, ver: DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 372. Ver também: PESSINI, Leo; RICCI, Luiz Antonio Lopes. O que entender por mistanásia. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciano (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017.

<sup>30</sup> Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital e mandato duradouro. *Testamento Vital*. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/diretivas-antecipadas-de-vontade/>>. Acesso em: 29 maio 2018.

personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável, pelo qual alguém, segundo norma de direito, dispõe, no todo ou em parte, de seu patrimônio para depois de sua morte, ou determina providências de caráter pessoal ou familiar”<sup>31</sup>. Como se vê, trata-se de instituto que se apresenta com conteúdo específico e bem diferente do que seriam os chamados *testamentos vitais*, razão pela qual a utilização desse termo resta completamente desaconselhada. No mais, *testamentos vitais* também não devem ser utilizados como espécies do gênero diretivas antecipadas de vontade. Os que defendem essa estrutura o fazem a partir de uma lei norte-americana sobre o assunto, que faz uma distinção que não se aplica à legislação brasileira, sendo desnecessário importar essa sistematização do direito americano.

Diante de toda essa gama conceitual, percebe-se que as diretivas antecipadas de vontade não excluem conceitos como eutanásia, ortotanásia etc., mas sim tratam justamente sobre elas. Então, a eutanásia e os outros conceitos atinentes ao direito de morte digna serão o *objeto* das diretivas antecipadas de vontade. Em uma diretiva, o paciente pode, por exemplo, tanto expressar seu desejo pela obstinação terapêutica (distanásia) como, ao contrário, manifestar-se desejando a ortotanásia ou, mais ainda, pode manifestar-se pela eutanásia direta e ativa. Logo, com relação ao *objeto* do negócio jurídico *diretivas antecipadas de vontade*, a sua validade deverá ser aferida de acordo com a licitude (ou não) daquilo que se expressou. Se as diretivas antecipadas expressarem um desejo por uma eutanásia direta e ativa, o negócio será inválido por ilicitude do objeto (CC, art. 166, II), pois essa prática não é legal no Brasil, ou seja, há uma proibição de atendimento da vontade por força de disposições contrárias, estampadas no nosso ordenamento jurídico. Se, contudo, as diretivas antecipadas de vontade contiverem um pedido de ortotanásia, este objeto deverá ser considerado válido, pois – respeitados os entendimentos contrários – a ortotanásia é lícita enquanto prática médica (conforme a Resolução CFM n. 1.805/2006), havendo de ser executada a vontade do paciente, que foi expressada por meio das diretivas; e também é tida como lícita enquanto prática médica (conforme a Resolução CFM n. 1.995/2012). Além disso, é importante levar em consideração, para fins de aplicação das diretivas antecipadas de

---

<sup>31</sup> OLIVEIRA, José Lopes de. Sucessões. Apud HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CAHALI, Francisco José. *Direito das sucessões*. 5. ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p. 267.

vontade, as objeções de consciência e/ou conflitos do médico, além daquelas circunstâncias clínicas que já estejam superadas pela Medicina.

### **3. Direito fundamental à morte digna como norma justificadora do respeito às diretivas antecipadas de vontade**

A nação ocidental pioneira na regulação das diretivas antecipadas de vontade são provavelmente os Estados Unidos, cuja luta formal pela legalização dos instrumentos de garantia de uma *morte digna* data da década de 30<sup>32</sup>. Na década de 90, houve a edição do *Patient Self-Determination Act*, que legalizou os atos de manifestação volitiva prévia sobre tratamentos médicos e os sistematizou, estabelecendo como gênero as diretivas antecipadas de vontade e, como espécies desse gênero, o *living will* (declaração prévia de vontade para o fim da vida ou testamento vital) e o *durable power of attorney for health care* (mandato duradouro)<sup>33</sup>. Sobre as diretivas, diz a lei que os indivíduos possuem “*the right to formulate advanced directives recognized under State law relating to the provision of care when such individuals are incapacitated, such as through – (I) the appointment of an agent or surrogate to make health care decisions on behalf of such an individual, and (II) the provision of written instructions concerning the individual's health care (including instructions for the disposition of organs)*”<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Referimo-nos à fundação da Sociedade Nacional para a Legalização da Eutanásia, criada nos Estados Unidos em 1937. Aliás, um breve e útil resumo histórico da normatização da eutanásia nos Estados Unidos pode ser encontrado em: JAEGER-FINE, Toni. Morte com dignidade nos Estados Unidos. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciano (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 316 et seq.

<sup>33</sup> Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital e mandato duradouro. *Testamento Vital*. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/diretivas-antecipadas-de-vontade/>>. Acesso em: 29 maio 2018.

<sup>34</sup> Em tradução livre: “o direito de formular diretivas antecipadas reconhecidas sob a Lei Estadual sobre a prestação de cuidados quando tais indivíduos estão incapacitados, tais como através de (i) nomeação de um agente ou substituto para tomar decisões de cuidados de saúde em nome de tal indivíduo, e (ii) fornecimento de instruções escritas relativas aos cuidados de saúde daquele indivíduo (incluindo instruções para a disposição de órgãos)”, como encontramos e traduzimos de UNITED STATES OF AMERICA. Congress. *H. R. 4449 – Patient Self-Determination Act of 1990*. Washington: Congress, 1990. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/101st-congress/house-bill/4449/text>>. Acesso em: 30 maio 2018.

Embora esta sistematização não seja primorosa ou suficiente, é inegável o mérito dos norte-americanos por terem regulamentado precocemente algo tão relevante e que, em muitos países – Brasil incluído –, até hoje não foi objeto de legalização. Ainda sobre os Estados Unidos, é importante pontuar apenas que as diretivas antecipadas de vontade estão submetidas às respectivas legislações estaduais que cuidam do direito à morte digna, que podem ser mais liberais (autorizando o suicídio assistido, por exemplo) ou menos (autorizando apenas a ortotanásia, por exemplo), sendo que, “no momento, a ajuda para morrer está legalmente disponível em apenas um pequeno número de Estados em todos os Estados Unidos”<sup>35</sup>. Como antes mencionado, outros países já avançaram nesse sentido, como Bélgica<sup>36</sup>, Holanda e Suíça; outros nem tanto: a Espanha e a Inglaterra<sup>37</sup>, por exemplo, ainda não reconheceram o direito à eutanásia ou ao suicídio assistido<sup>38</sup>.

No sentido da normativa brasileira, partimos do pressuposto de que – como ocorre em toda análise jurídica – é imprescindível buscar, antes de tudo, as balizas que regem o tema, na esteira da constitucionalização das relações privadas, conforme defendido pela civilística contemporânea<sup>39</sup>. As principais normas constitucionais aplicáveis a esse assunto são, sem dúvida, a proteção à dignidade da pessoa humana (art.

---

<sup>35</sup> JAEGER-FINE, Toni. Morte com dignidade nos Estados Unidos. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciano (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 338.

<sup>36</sup> Ver, ainda: CARVALHO, Carla Vasconcelos. Direito à morte digna na Bélgica: um consenso dialogicamente construído. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciano (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 287-306.

<sup>37</sup> V. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Direito à morte digna na Inglaterra: análise jurídica do caso Lilian Boyes. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciano (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 237-264.

<sup>38</sup> MÖLLER, Leticia Ludwig. Direito à morte digna na Espanha: análise jurídica do caso Ramón Sampedro. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciano (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 233.

<sup>39</sup> V., por todos, PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

1º, III, da CF/88<sup>40</sup>), a proibição de tratamento desumano (art. 5º, III, da CF/88<sup>41</sup>) e a proteção da autonomia da vontade, princípio constitucional implícito, decorrente de vários direitos fundamentais previstos no art. 5º da CF/88<sup>42</sup>. Todos esses princípios constitucionais indicam a existência, conforme já defendido, de um direito fundamental à morte digna.

Em termos de legislação infraconstitucional, não há no Brasil, ainda, legislação específica sobre o tema. Em âmbito infralegal, porém, há dois importantes regramentos deontológicos sobre o assunto. Trata-se da Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n. 1.931/2009, que institui o atual Código de Ética Médica, em vigor desde 2010; e a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n. 1.995/2012 dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes<sup>43</sup>. Esses regulamentos trazem grande avanço ao reconhecimento da importância da vontade do paciente para a suspensão de tratamentos fúteis, mas, ainda assim, não são suficientes para albergar com tranquilidade os problemas práticos atinentes a esse delicado assunto, na relação médico-paciente, pelos motivos acima mencionados (há proteção administrativa, mas ainda não há segurança civil e criminal).

Essas resoluções médicas são flagrantemente constitucionais, pois as diretivas antecipadas de vontade estão protegidas constitucionalmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana e derivam do direito fundamental ao tratamento humano e

---

<sup>40</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana”, conforme BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [CF/88]. Brasília: Congresso Nacional (Poder Constituinte), outubro de 1988. *Portal da Legislação do Governo Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2017.

<sup>41</sup> “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: III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [CF/88]. Brasília: Congresso Nacional (Poder Constituinte), outubro de 1988. *Portal da Legislação do Governo Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2017.

<sup>42</sup> Ver, por exemplo, a liberdade de manifestação do pensamento (CF/88, art. 5º, IV), a liberdade de consciência e de crença (CF/88, art. 5º, VI), a livre expressão artística e intelectual (CF/88, art. 5º, IX), o próprio princípio da legalidade (CF/88, art. 5º, II) etc.

<sup>43</sup> Esta Resolução já foi referida anteriormente. Conferir.

digno, avesso à tortura (CF, art. 5º, III), principalmente. Nesse sentido caminham inúmeros juristas brasileiros e estrangeiros. Dentre eles podemos mencionar Ronald Dworkin<sup>44</sup>, Claus Roxin<sup>45</sup>, Ruy Rosado de Aguiar Júnior<sup>46</sup>, Camilla Appel, George Salomão Leite<sup>47</sup>, Lenio Luiz Streck<sup>48</sup>, Flávia Piovesan e Roberto Dias<sup>49</sup>, Nehemias Domingos de Melo<sup>50</sup>, Luciana Dadalto e Cristiana Savoi<sup>51</sup>, Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira<sup>52</sup>, Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima

---

<sup>44</sup> DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais* [Life's dominion]. 2. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução por Silvana Vieira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 302.

<sup>45</sup> V. ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. Tradução de Luis Greco, autorizada pelo autor, do artigo "Die strafrechtliche Beurteilung der Sterbehilfe". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 32, out./dez. 2000. p. 9.

<sup>46</sup> APPEL, Camilla. Introdução. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 17.

<sup>47</sup> LEITE, George Salomão. Bioética constitucional. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 29.

<sup>48</sup> STRECK, Lenio 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. 50.

<sup>49</sup> "A ordem constitucional de 1988, inspirada no princípio da dignidade humana a iluminar e a redimensionar todo universo de direitos – com destaque aos direitos à vida e à liberdade –, assegura o direito à morte digna como um direito constitucional implícito, decorrente de seus valores, regime e princípios. No Estado Democrático de Direito, pautado no pluralismo e no secularismo, autoriza ao titular do direito à vida que possa dela dispor, decidindo, livremente, com fundamento em sua concepção de dignidade, sobre a intenção de continuar a viver e o modo como pretende morrer. O reconhecimento constitucional do direito à morte digna decorre dos direitos à liberdade, à autonomia, ao respeito e à vida, no marco de um Estado laico, no qual impera a razão pública e secular. Negá-lo é aceitar o paternalismo despótico." PIOVESAN, Flávia; DIAS, Roberto. Proteção jurídica da pessoa humana e o direito à morte digna. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 56.

<sup>50</sup> MELO, Nehemias Domingos de. O direito de morrer com dignidade. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 93 et seq.

<sup>51</sup> V. DADALTO, Luciana; SAVOI, Cristiana. Distanásia: entre o real e o irreal. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 164.

<sup>52</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Suicídio assistido. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 201.



Rodrigues<sup>53</sup>, Luciano de Freitas Santoro<sup>54</sup>, Antônio Carlos Lopes e Carolina Alves de Souza<sup>55</sup>, entre outros.

Aliás, Ronald Dworkin sentencia com grande impacto e seriedade que “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”<sup>56</sup>. O jurista tem razão. Empoderar o paciente e respeitar suas diretivas antecipadas de vontade se trata, então, da *validação jurídica* do exercício do direito fundamental à liberdade de tomar decisões pessoais, de caráter personalíssimo, *immune a interferências externas*, de médicos, da família, de pessoas ou de instituições que pretendam impor sua própria concepção de “*vida boa*”.

#### 4. Aplicação das diretivas antecipadas de vontade

Sobre o uso das diretivas antecipadas de vontade na prática, ainda hoje é bastante *restrito o número de brasileiros* que fizeram as suas próprias diretivas. Várias são as razões para isso, quer para pacientes, quer para seus familiares. Exatamente por isso, ainda hoje é bastante restrito o número de situações reais que se apresentam aos médicos, nos hospitais, requisitando deles a decisão máxima, de acordo com a vontade exarada pelo paciente no documento. Todos esses pontos resultam numa insegurança tanto para as pessoas que querem deixar o registro de suas vontades (expressão máxima de suas liberdades) quanto para os médicos, que têm que lidar com os conflitos próprios, e/ou com os conflitos dos familiares.

---

<sup>53</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Análise do ordenamento jurídico brasileiro: o conteúdo jurídico do direito fundamental à liberdade no processo de morrer. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 381.

<sup>54</sup> V. SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá, 2010.

<sup>55</sup> LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos*. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Atheneu, 2018. p. 40 et seq.

<sup>56</sup> DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais* [Life's dominion]. 2. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução por Silvana Vieira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 307.

Mas esses todos são fatos da vida – da vida como ela é – que, como já dissemos antes, clamam por atenção, uma vez que as pessoas envolvidas em tais situações (movidas por valores sociais que ainda não foram internalizados pela maioria dos sistemas jurídicos) terminam por cometer ilícitos, agindo às escuras para praticar atos que se afiguram como corretos em suas consciências, mas vedados pela sempre fria letra da lei. Nos Estados Unidos, Toni Jaeger-Fine informa que na maior parte daquela nação a ajuda para morrer “continua sendo ilegal, mas há provas que apoiam a ideia de que os médicos às vezes furtivamente ajudam doentes terminais a morrer”, sendo que, “na ausência de uma estrutura jurídica, esses médicos (e outros) continuam vulneráveis à acusação de homicídio, de assistência ao suicídio ou assassinato; e à possível morte por negligência ou processos de negligência médica; e à possibilidade de perda de suas licenças [médicas]”<sup>57</sup>. No Brasil não é diferente. O advogado Alberto Zacharias Toron denuncia que casos como esses estão no cotidiano dos hospitais e que “vivemos uma situação de muita hipocrisia. Como há uma fronteira” – prossegue ele – “nem sempre clara entre a socialmente admitida ortotanásia e, de outro lado, a eutanásia, ou, em português claro, entre o que é crime e o que não é, persiste uma situação em que médicos e familiares de pacientes terminais fazem uma espécie de pacto de silêncio, ficando os profissionais e os familiares com o pesado fardo de suas opções semipúblicas/semiclandestinas”<sup>58</sup>. O advogado tem razão em suas considerações. Trata-se de situação muito importante e grave, digna de nota e de reflexão. Decididamente, o país necessita de uma regulamentação que esclareça a obscuridade e afaste a incerteza.

Alguns tribunais brasileiros têm se manifestado de modo não convencional, nesse sentido. Por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já famoso pelo arrojo nas decisões relativas a liberdades existenciais, possui interessante decisão, proferida na Apelação Cível n. 70054988266, julgada pela Primeira Câmara Cível em 20 de novembro de 2013, tendo como relator Irineu Mariani, que indeferiu um pedido

---

<sup>57</sup> JAEGER-FINE, Toni. Morte com dignidade nos Estados Unidos. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 337.

<sup>58</sup> TORON, Alberto Zacharias. Prefácio. In: LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos*. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Atheneu, 2018.

do Ministério Público estadual para forçar um paciente cujo pé estava necrosado a se submeter a uma intervenção cirúrgica de amputação, pois a infecção poderia se alastrar para o restante do corpo e colocar em risco a vida daquela pessoa. O paciente, porém, negou-se peremptoriamente a fazer a cirurgia, pois acreditava que, com o pé amputado, não teria uma vida digna, preferindo ficar como estava mesmo que a morte chegasse antecipadamente. Ele era capaz e estava perfeitamente lúcido no momento em que se manifestou. Sua vontade ficou documentada, inclusive no próprio processo. Tratou-se claramente de uma diretiva de vontade, portanto <sup>59</sup>. O Tribunal, corretamente, reconheceu o direito do paciente de não se submeter ao tratamento, pontuando que o direito à vida não é absoluto e deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa humana, concluindo, brilhantemente, que viver não é um dever, mas sim um direito.

Passando para alguns aspectos mais práticos sobre o assunto, ao elaborar suas diretivas antecipadas de vontade, há alguns cuidados materiais e formais a serem tomados.

Idealmente, o paciente deve contar com o auxílio de um médico na elaboração do documento, especialmente no que diz respeito à recusa de tratamentos, e à ocasião de recusá-los. Isso porque, conforme muito bem apontado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, baseado em profunda análise doutrinária e legislativa, nacional e estrangeira, um aspecto fundamental relacionado a tratamentos médicos – e nisso se incluem as diretivas antecipadas de vontade (DAVs) – é o consentimento informado do paciente, pois, “quanto mais grave o resultado da ação ou da omissão médica, maior o cuidado com o dever de informar [do médico]”<sup>60</sup>. Essa gravidade, no caso das DAVs, é flagrante, pois elas têm o condão de reduzir a vida do paciente. A falta de informação tem repercussão na validade do negócio jurídico, pois retira o requisito “consciência” do elemento *vontade* (que deve ser livre e consciente). Entendemos que a ausência de um

---

<sup>59</sup> Não podemos considerá-la “antecipada”, pois ela não foi dada anteriormente para ter efeitos quando o paciente não pudesse exprimir sua vontade; ela foi, então, “incidental”, uma diretiva incidental de vontade.

<sup>60</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Consentimento informado. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 357.

profissional médico, no momento da elaboração das diretivas da vontade, não invalida, de per si, o negócio. Contudo, essa ausência pode ser usada como indício de que a vontade não foi expressa de forma consciente, o que pode resultar na invalidade do negócio, a teor do que já ocorre, por exemplo, com os negócios jurídicos processuais celebrados sem a participação de advogado<sup>61</sup>. Claro que, no caso concreto, a invalidade poderá ser afastada, por exemplo, se quem elaborar a diretiva for, ele mesmo, um médico, ou se ficar comprovado que ele tinha subsídios e conhecimentos suficientes para a elaborar.

Com relação à forma, o art. 2º, § 4º, da Resolução CFM n. 1.995/2012 dispõe simplesmente que o médico registrará, no prontuário, as diretivas que lhe forem comunicadas pelo paciente. A leitura da Resolução dá a entender que as diretivas poderiam ser, inclusive, verbais, quando proferidas diretamente no trato médico-paciente<sup>62</sup>. Contudo, esse não nos parece ser exatamente o melhor entendimento. Se a lei exige escritura pública para negócios muito menos importantes (como imobiliários), justamente almejando segurança jurídica, não é coerente que não se exija um mínimo de cuidado formal quando da elaboração de diretivas antecipadas de vontade. Por outro lado, o jurista deve estar atento à realidade de que nem sempre será possível a elaboração de diretivas por meio de um tabelião; a uma, por conta, talvez, das condições socioeconômicas da pessoa; a duas, porque a própria dinâmica da evolução da doença pode dificultar ou impossibilitar que isso se dê, mesmo porque as diretivas podem ser efetivadas quando a pessoa já se encontra na condição de paciente, ou até mesmo acamada (desde que ela ainda tenha como exprimir sua vontade livre e consciente). Por isso, é recomendável que o documento seja confeccionado por tabelião, em Cartório de Notas, sendo que essa medida aumentará substancialmente a segurança jurídica do

---

<sup>61</sup> O Enunciado n. 18 do FPPC tem a seguinte redação: “Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”, cf. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – Carta de Florianópolis. *Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)*, Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com>>. Acesso em: 30 maio 2018. p. 9.

<sup>62</sup> Essa é a opinião de TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Análise do ordenamento jurídico brasileiro: o conteúdo jurídico do direito fundamental à liberdade no processo de morrer. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 383.

negócio. Nessa hipótese, a diretiva antecipada de vontade deve ser registrada na CENSEC – Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados<sup>63-64</sup>.

Na impossibilidade de formalização pela via do tabelião de notas, devem as diretivas pelo menos ser lançadas por escrito, e, se também isso não for possível, a declaração do paciente deve ser gravada (em áudio ou audiovisual) e/ou realizada na presença de testemunhas. Repudiamos a possibilidade de o paciente lançar a declaração única e exclusivamente ao médico que o está incidentalmente atendendo e essa declaração ser validada somente com base no que o médico lançar unilateralmente no prontuário. E há de se esclarecer que essa precaução não se relaciona a qualquer desconfiança em relação à credibilidade dos médicos, mas sim a uma especial atenção ao atendimento da vontade do paciente, sobretudo quando a declaração possa ter o condão de lhe encurtar a vida.

Ainda, é importante apontar que as diretivas antecipadas de vontade devem ser aplicadas apenas a *casos de terminalidade*. Sobre essa situação, J. M. Grau Veciana entende que paciente terminal é aquele cuja condição de insanabilidade é irreversível, independentemente de ser tratado ou não, apresentando alta probabilidade de morrer em tempo relativamente curto<sup>65</sup>.

Há de se verificar, então, que estado de *terminalidade* é diferente de *estado vegetativo persistente* [EVP]. Isso porque este último é aquele estado em que o paciente mantém funções cardiovasculares, respiratórias, renais, termorreguladoras e endócrinas, alterna sono e vigília, mas não mostra nenhum contato com o meio externo e nenhuma atividade voluntária<sup>66</sup>. Por isso, em princípio e aprioristicamente, as diretivas antecipadas de vontade não se aplicariam aos casos de *estado vegetativo persistente*,

---

<sup>63</sup> A instituição tem sítio eletrônico, disponível em: <[www.censec.org.br](http://www.censec.org.br)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>64</sup> É como se aconselha aos advogados, quando consultados, para a elaboração de DAVs para seus clientes.

<sup>65</sup> VECIANA, J. M. Grau. Estado vegetativo persistente: aspectos clínicos. *Medicina Intensiva*, Madrid: Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias, v. 28, n. 3, 2004. p. 108-111.

<sup>66</sup> BOUZA-ALVARES, C. Medidas de soporte vital en un paciente en estado vegetativo persistente. *Medicina Intensiva*, Madrid: Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias, v. 28, n. 3, 2004. p. 156.

pois a supressão dos cuidados a esse tipo de paciente não corresponderia à ortotanásia, mas, sim, a uma eutanásia passiva, ainda não autorizada no Brasil.

## **5. Diretivas antecipadas de vontade elaboradas pela via do instrumento público: aspectos notariais**

Como negócio jurídico que é, muito mais conveniente e seguro que se opte por lavrá-lo perante um tabelião de notas. O notário, ou tabelião de notas, é um oficial público, profissional do Direito, cuja atuação imprime segurança jurídica aos atos nos quais for chamado a intervir, prevenindo litígios futuros.

Toda vez que o negócio jurídico for instrumentalizado por meio de uma escritura pública, estarão melhor garantidos os requisitos de validade, ou seja: o tabelião dá a sua fé pública acerca da capacidade jurídica e civil do agente, averigua se o objeto do negócio desejado era lícito e possível e se foram seguidas todas as formalidades legais. Desta maneira, um tabelião não permitirá que um menor de dezesseis anos lave um instrumento destes, ou que sejam feitas disposições *contra legem*, por exemplo, de eutanásia direta e ativa. O tabelião confere o documento de identidade da parte, com todo o seu conhecimento grafotécnico e documentoscópico, atestando que aquela pessoa, além de civilmente capaz, realmente é a de quem se trata no documento e que a escritura foi lavrada na data tal, no endereço tal.

Além disso, o tabelião, quando atua, também afasta os chamados “defeitos dos negócios jurídicos”, certificando que o comparecente se manifestou de maneira livre de coação, erro, dolo etc., protegendo contra eventual possibilidade de anulação do ato. Percebendo que a pessoa não está certa de sua manifestação de vontade, ou está em aparente coação, seja de parentes ou de terceiros, o tabelião simplesmente se recusa à lavratura.

Inclusive, quando o ato é feito por escritura pública, quanto aos fatos atestados pelo notário, existe a *presunção de veracidade e autenticidade*, uma vez que apostos sob o manto da *fé pública*, havendo uma garantia de idoneidade do negócio e ficando

invertido o ônus da prova<sup>67</sup>. Quem desejar desconstituir um negócio lavrado por escritura pública é que precisará provar judicialmente o defeito do negócio jurídico ou a invalidade do ato por outro motivo. A presunção é de veracidade e autenticidade.

O negócio jurídico lavrado perante o tabelião de notas gera efeitos *erga omnes* e ninguém poderá alegar desconhecimento, nem de sua existência e nem de seu conteúdo, seja pela possibilidade de busca do ato na central abaixo mencionada (CENSEC), seja pela viabilidade de obtenção de certidão pública do ato em si, no tabelionato no qual foi lavrado.

A diretiva antecipada de vontade, assim como qualquer outro ato notarial lavrado, fica arquivada de maneira permanente nos arquivos do cartório e é, por força normativa, arquivada também de maneira digital, com *backup* múltiplo (físico e nas nuvens), o que garante a sua perpetuidade no tempo e no espaço, mesmo nas situações mais adversas.

Outro robusto motivo para que se opte pela forma pública é a existência de uma central nacional de registro dos atos lavrados em cartórios de notas. Toda escritura pública é informada eletronicamente à Central Nacional de Serviços Compartilhados (CENSEC), cuja regulamentação se encontra no Provimento n. 18/2012 do CNJ<sup>68</sup>. Essa informação peremptória do tabelião é feita de maneira *gratuita*, e a central pode ser consultada por qualquer autoridade pública lá cadastrada. Relativamente às diretivas antecipadas de vontade, essa consulta, também gratuita, é *aberta ao público*, e basta que

---

<sup>67</sup> Art. 405. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença.

<sup>68</sup> Da Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados: “Art. 1º Fica instituída a Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados – CENSEC, disponível por meio do Sistema de Informações e Gerenciamento Notarial – SIGNO e publicada sob o domínio [www.censec.org.br](http://www.censec.org.br), desenvolvida, mantida e operada pelo Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal (CNB/CF), sem nenhum ônus para o Conselho Nacional de Justiça ou qualquer outro órgão governamental, com objetivo de: I. interligar as serventias extrajudiciais brasileiras que praticam atos notariais, permitindo o intercâmbio de documentos eletrônicos e o tráfego de informações e dados; II. aprimorar tecnologias com a finalidade de viabilizar os serviços notariais em meio eletrônico; III. implantar em âmbito nacional um sistema de gerenciamento de banco de dados, para pesquisa; IV. incentivar o desenvolvimento tecnológico do sistema notarial brasileiro, facilitando o acesso às informações, ressalvadas as hipóteses de acesso restrito nos caso de sigilo; V. possibilitar o acesso direto de órgãos do Poder Público a informações e dados correspondentes ao serviço notarial”.

se preencham alguns dados do declarante que a central imediatamente indicará se existe ou não DAV lavrada em nome dele e em qual tabelionato se encontra<sup>69</sup>.

Tanto os tabelionatos de notas como as centrais nacionais extrajudiciais de dados contam atualmente com os mais modernos meios de tráfego eletrônico e segurança jurídica no arquivamento e proteção de dados, sendo uma importante ferramenta para a consecução dos objetivos das DAVs, quais sejam: conhecimento de sua existência pelos médicos e familiares e efetividade no seu cumprimento.

Tendo aumentado sobremaneira a procura pela lavratura deste tipo de ato nos tabelionatos nos últimos tempos, independentemente da linha à qual se incline o outorgante (há os que desejam tratamento que prolongue a vida e, ao contrário, há os que o repudiam), identificamos como força motriz dessas pessoas a vontade pulsante e inerente de decidir sobre o *seu* futuro, de maneira digna, sem deixar a cargo de parentes ou equipe médica o desfecho de sua própria vida.

Algumas cláusulas comuns neste tipo de escritura são: 1. Manifestação de vontade no sentido de que, em caso de terminalidade, sejam ou não ligados equipamentos médicos para manutenção da vida e respiração artificial; 2. Eleição do *procurador duradouro*, ou *procurador médico* (é comum que se nomeie até mais de um procurador ou se preveja a participação de um terceiro, em caso de empate de opiniões sobre o laudo de conclusão de morte encefálica, p. ex.); 3. Declaração sobre ser ou não doador de órgãos; 4. Autorização (ou negativa de autorização) ao procurador médico para necropsia, injeção de substâncias no corpo, embalsamação, colocação em refrigeração etc.; 5. Disposições sobre o desejo de ter ministro religioso de acordo com sua crença no momento da morte, desejo de haver ou não velório, de ser cremado (e o destino das cinzas) ou enterrado etc.; 6. Nomeação prévia de advogado, gestor de negócios ou procurador, para caso de incapacidade mental posterior à lavratura da DAV, com ou sem interdição; entre outras disposições que serão feitas considerando-se o caso concreto (desejo de ser internado em asilo, casa de repouso ou justamente o contrário, de que isso não ocorra, etc.).

---

<sup>69</sup> Disponível em: <<https://censec.org.br/Cadastro/Centrais/Cep/ConsultaAto-1.aspx>>.



Na impossibilidade de a pessoa dirigir-se até o tabelionato de notas, é possível a convocação do tabelião até o local onde esta se encontra, para que a escritura seja lavrada em diligência. O usual é que o tabelião encontre a parte para uma conversa e entrevista prévia, e, acertados os detalhes, seja lavrado o instrumento definitivo, no seu Livro de Notas.

Comum também é a pessoa aproveitar o ensejo da DAV para lavrar (ou pensar sobre) o seu testamento público, uma vez que disposições patrimoniais *post mortem* só podem ser viabilizadas por ele.

Importante ressaltar que a diretiva antecipada de vontade é prementemente *revogável*, seja porque a pessoa pode mudar de ideia com o passar dos anos (o que no momento da lavratura era considerado uma doença incurável futuramente pode ser tratado), seja porque, com o amadurecimento pessoal e o passar do tempo, as pessoas mudam mesmo de ideia e o que consideravam bom e justo em um momento pode não ser mais para a frente. Havendo revogação da DAV, ela será também imediatamente comunicada à CENSEC.

Para a feitura da escritura, basta a apresentação de um documento de identidade (RG, CNH, passaporte, identidade profissional ou CTPS). Se a parte não souber se expressar no idioma nacional, pode valer-se de tradutor público juramentado, devidamente inscrito na junta comercial estadual. Não são necessárias quaisquer testemunhas intrumentárias ao ato, a não ser que a parte não saiba ou não possa assinar, momento no qual será exigida uma testemunha para assinar a rogo.

Finalmente, frisa-se que o tabelião de notas (diferentemente do oficial de registro civil e de imóveis, p. ex.) é profissional de livre escolha da parte, não sendo necessário dirigir-se ao cartório do bairro ou de onde se encontra o paciente. Como é o notário que criará o ato em si (com a lavratura), ele deverá ser eleito por confiança do contratante, que, assim como escolheu o seu advogado, o seu médico, escolherá o tabelião que melhor lhe traduzir a vontade<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> No Estado de São Paulo, no ano de 2018, uma escritura dessa natureza custa R\$ 411,59, valor módico para o tanto de segurança jurídica que se consegue (valor de junho de 2018).

## Conclusão

A interpretação do direito deve ter índole e caráter humanos, e levar em consideração os anseios sociais e as necessidades individuais nas situações que concretamente se apresentam para serem solucionadas por uma comunidade. Existem problemas fáticos na vida das pessoas que o direito precisa resolver. Há pessoas com problemas de saúde, circunstância que pode fazê-las sofrer intensamente. Os avanços da Medicina conseguem, muitas vezes, mantê-las vivas, mas – seria o caso de perguntar – a que custo? Não estamos a falar apenas de custos patrimoniais ou de recursos humanos, mas também, e principalmente, de custos existenciais, ou seja, se é adequado manter viva uma pessoa mesmo quando ela própria não considera digna a sobrevivência que a Medicina lhe pode proporcionar. Nossa resposta é negativa. O princípio da dignidade da pessoa humana, cumulado com a vedação à tortura e ao tratamento degradante, permite exegese no sentido de que há, sim, um direito fundamental à morte digna, protegido pela Constituição. Aliás, é possível ir além: esse não é nem um direito de “morrer”, mas, sim, de *viver com dignidade*, em cada segundo da existência.

Nesse contexto, as diretivas antecipadas de vontade são importantes instrumentos na concretização desse direito fundamental à vida e à morte digna e, a despeito de não possuírem regulação legislativa, devem ser, na maior medida possível, respeitadas pelos médicos e familiares. E estes, ao mesmo tempo, ao tomarem decisões difíceis, devem estar protegidos e resguardados por nossa jurisprudência, pois os cidadãos de bem não podem viver sob a sombra de um possível processo civil ou criminal, que os puna, pelo fato de terem lutado até as últimas consequências em prol da dignidade do paciente. Defendemos estas posturas, indene de dúvida, relativamente às situações já regulamentadas pelo Conselho Federal de Medicina, notadamente os casos de diretivas antecipadas de vontade relacionadas à ortotanásia, que devem ser consideradas totalmente lícitas e válidas.

Com relação a outros casos, a *ponderação* é necessária, devendo-se analisar as atitudes dos envolvidos, caso a caso, sem preciosismo irracional à norma jurídica infraconstitucional, mas também sem o desvio corrosivo e irresponsável das regras, uma vez que o sistema, como um todo, visa, acima de tudo, à preservação da dignidade da

pessoa humana. Conforme a sempre atenta e atual lição do Professor Luiz Edson Fachin, a aferição do que se tem por “vida digna” admite subjetividade, e deve ser avaliada conforme o caso concreto<sup>71</sup>. Deve-se, pois, repudiar a pseudosseguurança do mero positivismo, pois é fundamental abandonar “a postura da segurança dos conceitos, uma vez que, em uma certa medida, as explicações segmentadas conduzem a uma banalização da complexidade dos problemas”<sup>72</sup>, sendo que o novo Direito Civil, que queremos e defendemos, serve “para apreender e não clausular as relações”<sup>73</sup>.

Daí ser fundamental retomar a antiga discussão sobre a legitimidade do direito. Esse tema encontra-se magistralmente posto, sob a pena e as defesas do Professor Luiz Edson Fachin, para quem

o instrumental jurídico se vê de fato com a sua legitimidade contestada, à medida que ela se coloca como fonte única de regulação social. Isso se mostra claramente quando uma regra é absolutamente distante da prática social. Não é, pois, o fundamento formal de racionalidade que desaparece, mas o fundamento de legitimidade. O conteúdo da regra não se coaduna ao conteúdo das relações concretas, das relações sociais travadas no mundo dos fatos<sup>74</sup>.

É necessário e urgente, pois, diminuir essa defasagem entre o direito e os fatos da vida. No caso do direito à morte digna e às diretivas antecipadas de vontade, propomos os seguintes fundamentos para uma nova interpretação do tema:

Por *primeiro*, o respeito à autonomia privada do paciente no que diz respeito às suas decisões existenciais, pois é ele quem melhor pode dizer o que entende por vida digna, e, na medida em que o ordenamento protege a dignidade da pessoa humana, há implicitamente um princípio da primazia da vontade do paciente com relação aos tratamentos médicos aos quais se submeterá ou não. Isso envolve, entre outros desdobramentos, o reconhecimento da validade das diretivas antecipadas de vontade, o reconhecimento da licitude da ortotanásia e a utilização da *técnica da ponderação* em outros casos especiais, sob diversos ou diferentes matizes. Para tanto, há de se levar,

---

<sup>71</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 285.

<sup>72</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 196.

<sup>73</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 320.

<sup>74</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 226.

cuidadosamente, em consideração as características do caso concreto, pautando-se em critérios como o da dignidade *in concreto* do paciente; levar em consideração também o procedimento dos médicos e familiares envolvidos e sua solidariedade para com o paciente; e, ainda, considerar a aceitação social do ato, como percebido pelo direito naquela comunidade, bem como o que seria exigível, ou não, dos envolvidos em termos de conduta adequada, dada a complexidade da situação, o grau de emergência do fato e a pressão psicológica a que estavam submetidos os agentes. Como resultado da ponderação no caso concreto, é possível quiçá concluir pela licitude de atos específicos praticados por médicos e validados por familiares ou procuradores vitais.

Por *segundo*, um íntimo diálogo entre juristas e médicos na definição de conceitos relevantes para a matéria (por exemplo, a importantíssima diferença, especialmente para os da área do direito, entre tratamentos indispensáveis, úteis e fúteis). Os trabalhos e definições que resultarem desse diálogo devem levar em consideração, pelo menos, os seguintes pontos: o delicado trânsito entre a racionalidade e a afetividade familiar, os cuidados paliativos agregados ao bem-estar do paciente, a suspensão dos suportes vitais e, ainda, eventuais resistências de parte dos profissionais da saúde.

Por *terceiro*, é importantíssimo que o Brasil avance na edição de uma lei que trate verticalmente o assunto. Porque a ausência de regulamentação, infelizmente, só tem mesmo produzido insegurança, quer para o paciente, quer para o médico.

## Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Consentimento informado. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 339-362.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* [Theorie der grundrechte, 1986]. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

APPEL, Camilla. Introdução. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 15-17.

ARENDT, Hannah. *The human condition*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1998 (publicado originalmente em 1958).

BOUZA-ALVARES, C. Medidas de suporte vital en un paciente en estado vegetativo persistente. *Medicina Intensiva*, Madrid: Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias, v. 28, n. 3, 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 5.559/2016, que dispõe sobre os direitos dos pacientes e dá outras providências*. Autores: Pepe Vargas (PT/RS), Chico D'Angelo (PT/RJ) e Henrique Fontana (PT/RS). Brasília: Congresso Nacional, 2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoes/Web/fichadetratamacao?idProposicao=208797>>. Acesso em: 29 maio 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM n. 1.805/2006*, publicada no *DOU* de 28 de novembro de 2006, Seção I, p. 169. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm)>. Acesso em: 29 maio 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM n. 1.995/2012*, publicada no *DOU* de 31 de agosto de 2012, Seção I, p. 269-270. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>>. Acesso em: 30 maio 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [CF/88]. Brasília: Congresso Nacional (Poder Constituinte), outubro de 1988. *Portal da Legislação do Governo Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2017.

CARVALHO, Carla Vasconcelos. Direito à morte digna na Bélgica: um consenso dialogicamente construído. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 287-306.

COSTA JR., Paulo José da. *Curso de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DADALTO, Luciana; SAVOI, Cristiana. Distanásia: entre o real e o irreal. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 151-166.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIRETIVAS antecipadas de vontade: testamento vital e mandato duradouro. *Testamento Vital*. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/diretivas-antecipadas-de-vontade/>>. Acesso em: 29 maio 2018.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais* [Life's dominion]. 2. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução por Silvana Vieira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – Carta de Florianópolis. *Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC)*, Florianópolis, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com>>. Acesso em: 30 maio 2018.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GODINHO, Adriano Marteleto. Ortotanásia e cuidados paliativos: o correto exercício da prática médica no fim da vida. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 131-150.
- GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017.
- JAEGER-FINE, Toni. Morte com dignidade nos Estados Unidos. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 307-337.
- LEITE, George Salomão. Bioética constitucional. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 19-34.
- LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos*. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Atheneu, 2018.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Direito à morte digna na Inglaterra: análise jurídica do caso Lilian Boyes. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 237-264.
- MELO, Nehemias Domingos de. O direito de morrer com dignidade. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 87-100.
- MÖLLER, Letícia Ludwig. Direito à morte digna na Espanha: análise jurídica do caso Ramón Sampredo. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 217-236.
- OLIVEIRA, José Lopes de. Sucessões. Apud HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CAHALI, Francisco José. *Direito das sucessões*. 5. ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p. 267.
- PEREIRA, André Dias; MATOS, Mafalda Francisco. Direito à morte digna na Itália: análise jurídica do caso Eliana Englaro. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 265-286.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. ed. rev. e ampl. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PESSINI, Leo; RICCI, Luiz Antonio Lopes. O que entender por mistanásia. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana

(Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 167-191.

PIOVESAN, Flávia; DIAS, Roberto. Proteção jurídica da pessoa humana e o direito à morte digna. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 55-77.

ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. Tradução de Luis Greco, autorizada pelo autor, do artigo “Die strafrechtliche Beurteilung der Sterbehilfe”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 32, out./dez. 2000.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Suicídio assistido. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 193-216.

SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá, 2010.

STRECK, Lenio 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.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Análise do ordenamento jurídico brasileiro: o conteúdo jurídico do direito fundamental à liberdade no processo de morrer. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 363-386.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TORON, Alberto Zacharias. Prefácio. In: LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos*. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Atheneu, 2018.

UNITED STATES OF AMERICA. Congress. *H. R. 4449 – Patient Self-Determination Act of 1990*. Washington: Congress, 1990. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/101st-congress/house-bill/4449/text>>. Acesso em: 30 maio 2018.

VECIANA, J. M. Grau. Estado vegetativo persistente: aspectos clínicos. *Medicina Intensiva*, Madrid: Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias, v. 28, n. 3, 2004.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Eutanásia. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 101-130.

WHITE, Ellen G. *The collection: volume one with five books: Steps to Christ; Christ's object lessons; Education; The ministry of healing and the mount of blessing*. [S.l.]:

TWC, 2016 (formato digital e-book, Kindle, part of the *Timeless Wisdom Collection*),  
pos. 8706.