

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

ACESSO À JUSTIÇA II

JUVÊNIO BORGES SILVA

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

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

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

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

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

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

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

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

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

Eventos:

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

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

A174

Acesso à justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Juvêncio Borges Silva

Luiz Fernando Bellinetti – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-057-2

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

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

ACESSO À JUSTIÇA II

Apresentação

O presente volume é decorrente dos artigos apresentados no Grupo de Trabalho (GT) Acesso à Justiça II durante o I Encontro Virtual do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito), realizado pela primeira vez nessa modalidade, no período de 23 a 30 de junho de 2020. Pioneiro, ficará marcado indelevelmente na história do Conpedi e da pós-graduação brasileira.

O Congresso teve como base a temática inicial “CONSTITUIÇÃO, CIDADES E CRISE”, fortemente influenciada pela pandemia da Covid19 que afeta o mundo desde o início do ano.

Os trabalhos apresentados guardam relação com o tema básico do Grupo de Trabalho, o que demonstra a adequada seleção dos artigos, circunstância que favoreceu sobremaneira os debates no momento das discussões.

Decorrentes de pesquisas realizadas em diferentes instituições nacionais, foram apresentados neste Grupo de Trabalho 16 (dezesesseis) artigos vinculados à temática do acesso à Justiça.

Os textos foram divididos em três blocos buscando reunir afinidades maiores.

O primeiro é composto por textos que tratam da temática do ativismo judicial, em várias perspectivas, bem como de situações que envolvem a administração do acesso à Justiça, incluindo seis artigos: (1) “O ATIVISMO JUDICIAL E O DIREITO BRASILEIRO”; (2) “ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DO REGISTRO CIVIL: ALTERAÇÃO DE NOME E GÊNERO”; (3) “O DIREITO SISTÊMICO E AS REDES DE APOIO: INTERSEÇÕES COMPLEMENTARES COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA”; (4) “O (DES) CAMINHO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELAS VIAS DO PODER JUDICIÁRIO: A CONSEQUÊNCIA DA JUDICIALIZAÇÃO”; (5) “CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ): UMA ANÁLISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E INTRAFAMILIAR CONTRA A MULHER NO BRASIL, EM MEIO A PANDEMIA DA COVID-19” e (6) “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIGITAL E O ACESSO À JUSTIÇA: A SIMBIOSE ENTRE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, O PROCESSO ADMINISTRATIVO ELETRÔNICO E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL”.

O segundo bloco reuniu trabalhos tratando de acesso à justiça através de soluções consensuais e extrajudiciais, contendo cinco artigos: (7) “A AUTOCOMPOSIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL”; (8) “MÉTODOS ALTERNATIVOS E GESTÃO DE CONFLITOS: DA MOROSIDADE À EFETIVIDADE”; (9) “ACESSO À JUSTIÇA: MEDIAÇÃO DE CONFLITO E A IMPORTÂNCIA DAS OFICINAS DE PARENTALIDADE ANTERIOR À DISSOLUÇÃO CONJUGAL”; (10) “O ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS”; (11) “DIREITO À MORTE DIGNA: AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE (DAV) COMO MÉTODO PREVENTIVO DE CONFLITOS”.

Finalmente, o terceiro bloco trouxe cinco artigos versando sobre acesso à justiça nas searas trabalhista e criminal: (12) “O PANORAMA DOS DIREITOS HUMANOS NO ACESSO À JUSTIÇA PELA VIA DOS DIREITOS SOCIAIS: A JUSTIÇA RESTAURATIVA TRABALHISTA UMA REALIDADE POSSÍVEL?”; (13) “HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO, ALTERAÇÕES DA LEI N. 13.467 /2017”; (14) “DO INDIVIDUAL AO COLETIVO: AS ATUAÇÕES DE SINDICATOS E MPT FRENTE À FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS”; (15) “ACESSO À JUSTIÇA COMO MEIO FUNDAMENTAL AOS POVOS AMAZÔNIDAS (EM ESPECIAL OS SERINGUEIROS, RIBEIRINHOS, CASTANHEIROS E INDÍGENAS) ATRAVÉS DOS JUIZADOS ITINERANTES FEDERAIS NO ESTADO DO ACRE”; (16) “REFLEXÕES ACERCA DA LEI MARIA DA PENHA E DA (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA POR POLICIAIS”.

A grande amplitude dos debates e das questões objeto de discussão no GT demonstraram a importância dos temas apresentados por todos os pesquisadores e pesquisadoras desse grupo. Pela primeira vez reunidos pelo CONPEDI num Congresso em ambiente virtual, pesquisadores de todo o Brasil aprofundaram os estudos sobre o acesso à justiça em nosso país, apresentando o resultado de seu fecundo e profícuo trabalho. Gostaríamos que a leitura desses trabalhos pudesse reproduzir, ainda que em parte, a satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado e discussão sobre o tema.

Desta forma, é com orgulho que apresentamos a toda sociedade jurídica a presente obra, que certamente será um importante contributo para a pesquisa jurídica nacional.

Coordenadores:

Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva – Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti – UEL

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Acesso à Justiça II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Cidadania e Acesso à Justiça. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**DIREITO À MORTE DIGNA: AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE
(DAV) COMO MÉTODO PREVENTIVO DE CONFLITOS**

**RIGHT TO DIGNIFIED DEATH: THE ANTICIPATED DIRECTIVES OF WILL
(ADW) AS A CONFLICT PREVENTION METHOD**

**Beatriz Ponceano Nunes Buzatto
Larissa Camerlengo Dias Gomes
Julio Cesar Franceschet**

Resumo

Os expressivos avanços tecnológicos hodiernamente empreendidos nas ciências médicas vêm propiciando o prolongamento artificial da vida, por meio de técnicas extraordinárias que, não conduzindo à cura, afastam a morte temporariamente. Por meio deste artigo questiona-se, ante a ordem constitucional brasileira, sobre a possibilidade de o paciente acometido por grave doença incurável recusar tratamentos inócuos, por meio de documento denominado Diretivas Antecipadas de Vontade, não obstante a ausência, até o momento, de legislação a tratar sobre o tema no país. Busca-se, outrossim, analisar de que maneira estas podem contribuir para a desjudicialização de demandas, atuando como método preventivo de conflitos

Palavras-chave: Testamento vital, Eutanásia, Ortotanásia, . desjudicialização, Dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

The expressive technological advances currently undertaken in the medical sciences have been promoting the artificial extension of life, through extraordinary techniques that, not leading to cure, temporarily ward off death. Through this article, it is questioned, before the Brazilian constitutional order, about the possibility of the patient affected by a serious incurable disease refusing innocuous treatments, through a document called Advance Directives of Will, despite the absence, so far, of legislation to deal with the topic in the country. It also seeks to analyze how these can contribute to the dejudicialization of demands, acting as a conflict prevention method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Living will, Euthanasia, Orthothanasia, Dejudicialization, Dignity of human person

1 INTRODUÇÃO

“Qual será a forma da minha morte? Uma das tantas coisas que eu não escolhi na vida/Existem tantas(...)”¹. A morte, bem como o momento e o modo como ela ocorrerá, como já cantarejava o saudoso Raul Seixas, é um dos maiores mistérios a circundar a existência humana. Se, por um lado, o cantor e compositor estava correto sobre a impossibilidade de se escolher qual será a forma do futuro e certo fenecimento, por outro discute-se, diante de caros princípios constitucionais, como a autonomia privada e a dignidade da pessoa humana, sobre a possibilidade de se antever, em documento escrito, os tratamentos e medidas excepcionais aos quais deseja a pessoa ser submetida, ou não, em caso de se encontrar em estado terminal, e na impossibilidade de externar vontade qualificada.

A discussão sobre a aplicabilidade do referido documento perante a ordem jurídica brasileira torna-se especialmente relevante quando confrontada com o atual estágio de afogamento do Poder Judiciário no país, e com a urgência de se resolver determinadas questões que, intimamente ligadas à dignidade da pessoa, não podem padecer sem solução por longos períodos. Nesse sentido, a confecção prévia de um documento pelo qual o autor manifesta seus desejos quanto à condução de sua própria vida e o momento de sua morte acaba por afastar a necessidade de seus familiares ajuizarem ações judiciais que pleiteiem a não submissão do ente querido a métodos prolongadores da vida, sem perspectiva de cura. Apesar, portanto, da ausência de legislação vigente, até o momento, a tratar sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade no país, conforme será visto oportunamente ao longo deste trabalho, buscou-se analisar se podem estas serem consideradas como um eficiente método de prevenção de conflitos, na esteira do forte movimento por soluções consensuais que vem se alastrando no Brasil, sobretudo a partir da edição do Código de Processo Civil de 2015. Sabe-se que a prevenção, por si só, é apta a reduzir demandas judiciais, retirando do crivo do Poder Judiciário aquelas matérias que, dizendo respeito a interesses substancialmente privados, podem ser resolvidas de forma antecipada pelos próprios interessados.

Neste artigo, em suma, utilizou-se da técnica de pesquisa exploratória, notadamente bibliográfica, a fim de se realizar uma revisão da literatura hoje existente sobre o tema, com particular enfoque em recentes produções acadêmicas. Para tanto, foram explorados, em especial, artigos científicos publicados no sítio eletrônico de periódicos da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), bem como aqueles constantes do sítio www.testamentovital.com.br, de coordenação da jurista Luciana Dadalto,

¹*Canto para minha morte*, música que inicia o álbum “Há 10 mil anos atrás”, lançado em 1976 por Raul Seixas, na qual o autor reflete de maneira profunda sobre o tão temido acontecimento.

maior nome no país a respeito do tema. Valeu-se, para tanto, do método dialético de abordagem científica.

O texto, dentro de um encadeamento lógico, foi organizado em sete seções, quais sejam: esta, introdutória, que contextualizou a pesquisa, e as seguintes, que trouxeram, nesta ordem, um panorama a respeito dos direitos à vida e à saúde, sob uma perspectiva constitucional; o conceito jurídico de morte, sua representação social ao longo do tempo e uma visão constitucional sobre o direito à morte digna; uma breve distinção entre os conceitos jurídicos de eutanásia e ortotanásia, apresentando-se as posições adotadas pelo Conselho Federal de Medicina; impressões gerais sobre as chamadas Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV), suas espécies, natureza jurídica e formalidades exigíveis, tendo como pano de fundo o ordenamento jurídico brasileiro; e algumas notas sobre Direito Comparado, especialmente sobre como a questão vem sendo apresentada em países europeus. Nas considerações finais, enfim, foram tecidos comentários gerais a respeito da legalidade do documento no Brasil, não obstante a ausência de legislação, e a sua aplicabilidade enquanto método preventivo de conflitos.

2 DIREITO À VIDA E DIREITO À SAÚDE SOB UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Entre todos os direitos fundamentais apontados pela Constituição Federal de 1988, o direito à vida possui especial destaque, pois, além de transcender a seara do direito, sendo abordado por ciências como a medicina, a psicologia e a filosofia, é considerado o bem jurídico de maior importância, haja vista que sem sua guarda os demais direitos perdem seu propósito. Ou seja, o direito à vida constitui verdadeiro requisito para o gozo das garantias constitucionais. Assim, firma-se o entendimento de que a vida é dotada de um valor inestimável na ordem constitucional e que tem a incumbência de orientar, informar e atribuir sentido a todos os outros direitos fundamentais (BRANCO, 2016).

Além de caracterizar-se como um valor supremo do ordenamento jurídico, o direito à vida configura também um direito de defesa que visa impedir atos praticados pelo Estado ou por um particular que atentem contra a existência de qualquer pessoa, delimitando a dimensão negativa desse direito. Simultaneamente, existe a dimensão positiva, que se compõe da responsabilidade do Poder Público de zelar pelo referido bem jurídico (BRANCO, 2016). Considerando sua relevância, o direito à vida abrange dois significados: o primeiro refere-se ao direito de existir propriamente dito, e o segundo concerne ao direito à uma vida digna. Aduz-se, portanto, da primeira vertente, que todos têm o direito de continuar vivos até a

interrupção da vida por causas naturais, cabendo ao Estado, por meio de políticas públicas, proteger a vida de seus cidadãos. Em segundo lugar, conclui-se que para o pleno exercício do direito à vida requer-se a garantia de um mínimo existencial compatível com a dignidade humana (TAVARES, 2017). Assim, o direito à vida não compreende somente o resguardo da integridade física, mas também a preservação da vida em sua melhor condição.

A partir desse entendimento, percebe-se a necessidade da existência de um aparato estatal que ofereça suporte e garanta o pleno exercício do aludido direito a uma vida digna. Nesse diapasão, a Constituição Federal elenca o rol dos direitos sociais, entre os quais se encontra o direito à saúde, que configura ferramenta substancial para a promoção tanto da plenitude do corpo, como da vida digna. A saúde esteve, durante muito tempo, relacionada à ausência de enfermidades. O cuidado das pessoas que eram acometidas por alguma doença era de responsabilidade das famílias dos enfermos. Com o advento do Estado de Bem-Estar Social, a saúde deixou de ser associada exclusivamente com a inexistência de moléstias e a pessoa passou a ser considerada, cada vez mais, como destinatária de cuidado e, cada vez menos, como protagonista do dever de zelo. Assim, iniciou-se o movimento que retirou do âmbito familiar parte do dever de cuidado e o direcionou para a esfera pública, oportunidade em que as organizações sanitárias públicas e privadas transformaram-se em lugares apropriados para o cuidado do corpo (RODOTÀ, 2010).

Importante salientar que o direito à saúde não se resume à tutela da integridade corporal. Para Perlingieri:

É redutivo individuar o conteúdo do chamado direito à saúde no respeito à integridade física, e isto por duas razões: a saúde é também psíquica, pois a pessoa é unidade psicofísica indissolúvel; não é apenas aspecto estático e individual, mas se reconduz ao desenvolvimento sadio e livre da pessoa, constituindo por isso um todo com ela mesma (PERLINGIERI, 2008. p. 773-774).

Com a evolução de seu conceito, a saúde passou a ser atrelada a abordagens sanitárias de caráter não apenas terapêutico, mas também profilático, que devem ser garantidas pelo Poder Público à coletividade por meio de condutas positivas que, segundo Perlingieri:

Podem se apresentar sob várias formas, assumindo relevância e configurações diversas, conforme seja entendido como direito à assistência sanitária, à salubridade do meio ambiente, à integridade física ou mental, conforme seja realizado mediante o esquema do interesse diretamente protegido ou aquele do poder jurídico e, portanto, do interesse legítimo (PERLINGIERI, 2008. p. 775).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, classifica o direito à saúde como um direito fundamental social. Diante dessa positivação, tal direito representa uma via para a concretização da própria dignidade da pessoa humana, o que faz com que o Estado tenha o dever de promover certas prestações materiais que visem sua efetivação, pois, conforme preleciona Ingo Wolfgang Sarlet:

Em que pese a inequívoca relevância das posições jurídico-fundamentais, é no âmbito do direito à saúde, igualmente integrante do sistema de proteção da seguridade social (juntamente com a previdência e a assistência social), que se manifesta de forma mais contundente a vinculação do seu objeto (prestações materiais na esfera da assistência médica e hospitalar), como direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2003. p. 313).

É preciso ter em mente, contudo, que a concepção do direito à saúde não deve ser restringida a um direito do homem à assistência sanitária frente ao Poder Público, pois a saúde ostenta também importância nas relações intersubjetivas, expressando não só um ponto de vista estritamente relacionado a uma vida saudável, mas também comportamental, social e ambiental (PERLINGIERI, 2008).

Pondera-se, dessa forma, que os direitos à saúde bem como o direito à vida estão atrelados ao desenvolvimento do ser humano em suas mais variadas vertentes (física, psicológica, social, cultural e intelectual), pois são inerentes à condição de pessoa e atuam como garantia para a preservação da própria dignidade. Ademais, por seus traços culturais, o ordenamento jurídico brasileiro tende a consagrar a vida como um direito inviolável em quase todas as situações. Apesar de a titularidade do direito de existir pertencer à pessoa, tende-se a afirmar que esse direito não admite a liberdade jurídica de escolher entre a vida e a morte. Isso, claro, do ponto de vista de opção jurídico-estatal, que pressupõe a chancela da autonomia privada, acompanhada da coercibilidade estatal, uma vez que, desde o ponto de vista estritamente material, não é possível impedir alguém de tirar a própria vida. Entretanto, debates surgiram acerca da possibilidade jurídica – ou seja, da legitimação positiva – de a pessoa recusar tratamento médico. Isso ganhou viabilidade mediante o instituto das Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV), em respeito ao direito de autodeterminação. O instituto citado, como se verá adiante, terá aplicação nos limites das exigências legais. Naturalmente acarreta impacto no exercício do direito à saúde, e, conseqüentemente, no direito à vida. Mas o caso sob exame não se subsume às situações de DAV, como se explicará.

3 MORTE: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS, REPRESENTAÇÃO SOCIAL E O DIREITO DE MORRER DE FORMA DIGNA

A morte, em uma visão puramente jurídica, pode ser definida como o fato jurídico “stricto sensu” ordinário (GONÇALVES, 2016), que decorre da natureza, independentemente de qualquer ação humana, sendo de ocorrência certa, não obstante seu momento seja incerto. A existência da pessoa natural termina com a morte (artigo 6º, Código Civil). Ademais, com ela extinguem-se os contratos personalíssimos, como o de mandato (artigo 682, II, 1ª parte, Código Civil); finda-se a sociedade conjugal (artigo 1.571, I, Código Civil); extingue-se o poder familiar (artigo 1.635, I, 1ª parte, Código Civil), e abre-se a sucessão “causa mortis”, com transmissão da herança aos herdeiros legítimos e testamentários (artigo 1.784, Código Civil).

Mas, para além de seu conceito jurídico, a morte é acontecimento impregnado de significações que se alteram ao longo da história e conforme o contexto social em que inserida. Se, na primeira fase da Idade Média europeia, a morte era tida como natural, aceitável, sendo evento pelo qual “o homem se sujeitava a uma das grandes leis da espécie, e não cogitava em evitá-la, nem em exaltá-la” (ARIÈS, 2012, p. 50), com o advento da modernidade, passou a ser relacionada com a ideia de interrupção da produtividade (COMBINATO; QUEIROZ, 2006), devendo ser obstada a qualquer custo. Intensificou-se, então, a relação verticalizada médico-paciente já existente desde a época hipocrática² (DADALTO, 2015), pela qual predominava “a confiança absoluta na figura do médico, eticamente responsável pela beneficência do doente” (MELO, 2018, p. 261). Passaram os médicos, portanto, a serem “os donos da morte, do seu momento e também de suas circunstâncias” (ARIÈS, 2012, p. 86). Nesse contexto, pouco importava a vontade do doente: o médico haveria de fazer tudo o que estivesse a seu alcance para mantê-lo vivo.

Esse cenário começou a se alterar de forma substancial especialmente após o fim da 2ª Guerra Mundial, como reação aos experimentos científicos que, à época, foram perpetrados por médicos vinculados ao regime nazista (GRECO; WELSH, 2016), em uma clara tentativa de limpeza racial. Editou-se, nessa perspectiva, o Código de Nuremberg³, em 1947, que

²*Hipócrates de Cós*, médico grego que viveu durante a segunda metade do século V a.C., tido por muitos como o “pai da Medicina” (RIBEIRO JR., 2005).

³ “Entre os anos 1946 e 1947, vinte e três médicos nazistas foram julgados em Nuremberg, Alemanha, sob a acusação, formulada pelos Estados Unidos da América (EUA), por crimes relacionados à investigação científica e médica envolvendo seres humanos, enquadrados pelo Tribunal como crimes contra a humanidade e de guerra. Dentre os crimes praticados ‘em nome do progresso científico e médico’, destacam-se: a manutenção de vítimas desnudas em temperaturas baixíssimas por mais de dez horas ou em tanques de água congelada; a infecção de pessoas saudáveis por meio de picadas de mosquitos de malária; a submissão de vítimas à inalação do gás

estabeleceu princípios a serem observados em situações de experimentos médicos que empregassem pessoas, focando na autodeterminação e consentimento informado dos participantes (ALBUQUERQUE, 2013). Ao lado dessa intensificação do princípio da autonomia privada, cujo exercício garante o direito fundamental da liberdade individual (DONNINI; LEMOS, 2017), os acentuados avanços na área da Medicina, sobretudo a partir da metade do século XX, possibilitaram o prolongamento da vida de maneira artificial (DADALTO, 2015), de modo que o momento da morte passou a ser uma questão de escolha.

Neste mesmo quadro do pós-guerra, a ideia de dignidade da pessoa humana passou a constar de importantes documentos internacionais, como a Carta da ONU, de 1945⁴, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948⁵ (RABELO; CASTELLI, 2016). A respeito do tema, e considerando a dificuldade de se conceituar referido princípio, destacamos as palavras de Rocha (2001, p. 51):

Dignidade é o pressuposto da ideia da justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal.

Criou-se, neste diapasão, terreno fértil para que surgissem as primeiras noções a respeito de um pretense “direito de morrer”. Nas palavras de Rabelo e Castelli (2016), “não há antagonismo entre o direito de viver e o direito de morrer. Em verdade, são duas dimensões do mesmo direito”. Nessa trilha, em 1969, nos Estados Unidos da América, foi publicado o primeiro artigo científico⁶ que se tem notícia sobre o tema, de autoria do americano Luis Kutner, ativista dos direitos humanos e advogado (DADALTO, 2015), no qual trata sobre eutanásia e a antijuridicidade da conduta de se tirar a vida de alguém que se encontra em estado terminal, acometido de doença incurável, ainda que a pedido do doente e imbuído de relevante valor moral. Não obstante a ilegalidade desta prática, o autor traz à baila a possibilidade de o paciente recusar meios extraordinários de manutenção da vida, desde que adulto e capaz de dar consentimento válido. Tendo em vista, no entanto, que em muitos casos

mostarda; o não tratamento de pessoas feridas, com a intenção de verificar o processo da gangrena; e a esterilização diária de vítimas” (ALBUQUERQUE, 2013, p. 413).

⁴ Pelo preâmbulo, “nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres (...)”,

⁵ v.g., dispõe o artigo I: “*todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade*”.

⁶ “Due process of Euthanasia – living will, a proposal”, publicado no respeitado “Indiana Law Journal”.

há impossibilidade de manifestação válida de vontade, em razão, por exemplo, de estado comatoso, traz o autor as primeiras linhas sobre um documento pelo qual se poderia manifestar, de maneira prévia, os tratamentos aos quais deseja o paciente ser submetido em situação de estado terminal. É o chamado “*living will*”, traduzido livremente no Brasil como “testamento vital”, sobre o qual trataremos mais detidamente em momento oportuno. Cabe, porém, primeiramente, se traçar uma breve distinção entre os conceitos jurídicos de eutanásia e ortotanásia.

4 EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA E O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM)

Nas palavras de Martin (1998, p. 172), a eutanásia “é um ato médico que tem por finalidade acabar com a dor e a indignidade na doença crônica e no morrer, eliminando o portador da dor”. Trata-se, portanto, de ato comissivo, que visa abreviar a vida do paciente sofredor, mediante utilização, v.g., de injeção letal. A ortotanásia, por sua vez, traduz-se no sentimento de que “a morte não é uma doença a curar, mas sim algo que faz parte da vida” (MARTIN, 1998, p. 190). Neste sentido, permite-se ao doente que não seja submetido a procedimentos extraordinários que, não curando a doença que lhe acomete, apenas prolongam seu sofrimento de maneira contrária à sua dignidade. A ortotanásia, outrossim, consiste em comportamento omissivo: é a não utilização de métodos prolongadores da vida em doente terminal.

Em um contexto brasileiro, enquanto a eutanásia, ou “homicídio piedoso”, é conduta tipificada por nosso Código Penal, enquadrando-se na hipótese de homicídio privilegiado por relevante valor moral (artigo 121, § 1º), a ortotanásia, por sua vez, não representa qualquer ilícito penal (MARTINELLI, 2015). É nessa perspectiva que, em 09 de novembro de 2006, foi editada pelo Conselho Federal de Medicina a Resolução CFM nº 1.805, permitindo ao médico, em seu artigo 1º, “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”. Isso não significa, no entanto, que o médico não deva ofertar todos os cuidados necessários a fim de aliviar o sofrimento do doente, conforme demonstra o art. 2º da Resolução.

Importante mencionar, contudo, que referida disposição normativa não foi aceita de maneira pacífica, tendo sido proposta Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal, a fim de se declarar a nulidade da Resolução, tomando como um dos fundamentos a impossibilidade do Conselho Federal de Medicina regulamentar o tema, para o qual seria

necessária lei em sentido estrito, e delimitação de que a prática da ortotanásia constitui, sim, crime de acordo com o ordenamento jurídico pátrio. O impasse viria a se resolver definitivamente apenas em 2010, entendendo a jurisprudência não haver qualquer ofensa ao direito positivo, posto não tratar a Resolução sobre Direito Penal, e sim apenas de normas disciplinares de conduta médica. Ademais, cabe destacar o seguinte trecho da sentença, na qual o nobre Magistrado trata mais detidamente sobre a questão da ortotanásia, em específico:

É que, diagnosticada a terminalidade da vida, qualquer terapia extra se afigurará ineficaz. Assim, já não se pode aceitar que o médico deva fazer tudo para salvar a vida do paciente (beneficência), se esta vida não pode ser salva. Desse modo, sendo o quadro irreversível, é melhor – caso o paciente e sua família o desejem – não lançar mão de cuidados terapêuticos excessivos (pois ineficazes), que apenas terão o condão de causar agressão ao paciente.(...) Então, o que propugna a medicina paliativa, em cujo contexto está a ortotanásia, é que, na impossibilidade de salvar a vida, deve-se deixar correr o processo natural – e irreversível – da morte, conferindo-se ao paciente o maior conforto que possa ter nos seus últimos dias (o que pode se limitar ao alívio da dor ou chegar até a desospitalização, se esta for a vontade do próprio paciente e de sua família [...] (ACP nº 2007.34.00.014809-3, 2010)

A mencionada decisão significou uma importante vitória para a classe médica brasileira, que se viu resguardada de eventual responsabilização ética-profissional ao atender o pedido do doente terminal de não prolongar inutilmente seu sofrimento mediante técnicas ineficazes, bem como demonstrou necessária observância aos princípios constitucionais pelos quais se pode extrair o direito de morrer de forma digna. Não obstante, não tenhamos no Brasil, até o momento, conforme veremos em momento oportuno, legislação a tratar sobre as DAV, de certo a Resolução confere maior tranquilidade ao profissional para que possa respeitar a vontade ultimada pelo doente ou seus representantes.

5 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: ORIGENS E IMPRESSÕES GERAIS

Consoante visto anteriormente, as primeiras reflexões de que se tem notícia sobre o documento denominado “*living will*”, conhecido por nós como “testamento vital” ou “testamento biológico”, foram feitas por Luis Kutner em 1969, nos Estados Unidos. O autor propôs inicialmente que o doente, ao assinar formulários padrão de consentimento a cirurgias e demais procedimentos médicos, pudesse optar por inserir uma cláusula dispondo que, em caso de sua condição se tornar incurável, ou de restar em estado vegetativos em possibilidade de recobrar suas faculdades, seu consentimento inicial fosse revogado, de forma a se interromper tratamentos inúteis. Porém, tendo em vista que muitas vezes não é possível ao

doente expressar sua vontade quando do momento em que ingressa no hospital, em razão de algum acontecimento que tenha lhe tirado a capacidade, o autor sugeriu a elaboração de um documento escrito, quando ainda em plenas faculdades mentais, a fim de que, posteriormente, a equipe médica que fosse atender o doente pudesse levar em consideração a sua vontade previamente manifestada.

Salienta-se, ainda, que, na metade dos anos 70, aprofundou-se o debate acerca de situações de impossibilidade de manifestação de vontade por paciente acometido de doença de mau prognóstico, tendo em vista o caso emblemático de Karen Ann Quinlan⁷, que abalou a sociedade norte-americana (VALENTE, 2014). No mesmo sentido, em 1983 o caso de Nancy Beth Cruzan⁸ acabou por inspirar a edição, em 1991, da primeira lei federal norte-americana sobre o tema, denominada “Patient Self Determination Act” (PSDA), pela qual se dispôs sobre as “advanced directives”, que viriam a ser conhecidas no Brasil como Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) (DADALTO, 2015). Estas, por sua vez, constituem gênero cujas espécies são o “living will” e o “durable power of attorney for healthcare” (DPAHC). O “living will” manteve a natureza jurídica prevista originalmente por Kutner, qual seja, de documento antecipatório pelo qual a pessoa manifesta sua recusa a determinados tratamentos médicos em caso de eventual terminalidade ou estado vegetativo persistente. O DPAHC, por sua vez, traduzido como “mandato duradouro para cuidados de saúde”, ou, simplesmente, “mandato duradouro”, consiste na procuração pela qual se conferem poderes de mandatário para uma pessoa tratar sobre as questões de saúde do mandante, quando este não mais estiver podendo se manifestar de maneira válida (DADALTO; TUPINAMBÁS; GRECO, 2013). Percebe-se, nesse sentido, haver uma imprecisão técnica quando se dá o nome genérico de “testamento vital” para toda e qualquer manifestação prévia que diga respeito a cuidados de saúde.

Aqui cabe, inclusive, uma crítica à denominação “testamento vital”. Como se sabe, o testamento dito “comum”, próprio do Direito das Sucessões, consiste em negócio jurídico unilateral, personalíssimo, gratuito, solene, revogável e com eficácia “causa mortis”, podendo

⁷ “Karen Quinlan, uma jovem de 21 anos, tinha sofrido depressão respiratória provavelmente devido a uma overdose de álcool em combinação com drogas depressoras do sistema nervoso central, o que a deixou em estado vegetativo persistente. Embora o médico de Karen acreditasse que era seu dever mantê-la viva usando respiração assistida, os pais tentaram obter, e conseguiram, autoridade para abrir mão do tratamento para prolongamento artificial da vida” (VEAKH, 1998).

⁸ “Nancy Beth Cruzan, uma americana casada de 25 anos, sofreu um acidente automobilístico e permaneceu em coma por três semanas, evoluindo para um quadro de inconsciência (...) e, posteriormente, para um quadro de estado vegetativo permanente. (...) Em junho de 1989, seis anos após o acidente de Nancy, seus pais ajuizaram uma ação no tribunal do Missouri pedindo autorização para a suspensão da nutrição e da hidratação. Respaldaram tal pedido em uma suposta conversa de Nancy com uma colega, quando essa tinha 20 anos, em que a paciente havia dito que não gostaria de ser mantida viva quando tivesse menos da metade de suas capacidades normais” (DADALTO, 2015).

tratar sobre disposições patrimoniais e não patrimoniais (JOSÉ, 2019), não obstante, para estas questões, existe também a figura do codicilo. O “testamento vital”, por seu turno, é também negócio jurídico unilateral, personalíssimo, gratuito, solene e revogável, porém com efeitos extra patrimoniais “inter vivos” (DONNINI; LEMOS, 2017). Isso porque se trata de negócio que passa a produzir efeitos no momento em que a pessoa que o redigiu vem a se encontrar em estado terminal ou vegetativo persistente⁹ – situação, portanto, em que está viva, porém incapacitada de manifestar sua vontade validamente.

Interessante refletir ainda sobre o conteúdo do parágrafo único do artigo 1.860 do Código Civil, pelo qual o maior de 16 anos, não obstante relativamente incapaz pela regra geral do inciso I do artigo 4º do mesmo diploma, possui capacidade testamentária ativa (*testamentifactioactiva*), capacidade especial que permite ao menor testar, independentemente de assistência (GONÇALVES, 2012), o que nos leva a questionar se esta espécie de capacidade se aplicaria também ao testamento vital. *A priori*, em se tratando de negócio jurídico envolvendo direito da personalidade¹⁰, que tem como característica, entre outras, a irrenunciabilidade, conforme artigo 11 do Código Civil, nos parece prudente a exigência de capacidade civil plena para elaboração do documento. É o que ocorre, *v.g.*, na Espanha e em Portugal, países que, conforme veremos, já possuem legislação própria sobre o tema, e estabelecem como requisito ser o agente maior de idade.

Como visto brevemente em momento anterior, cabe rememorar que no Brasil, até hoje, não há qualquer legislação em vigor¹¹ que trate sobre as DAV e suas espécies. A despeito dessa lacuna legal, o tema já foi trabalhado pela Resolução CFM nº 1.995, de 31 de agosto de 2012¹², com o fim de se regulamentar a postura do médico diante do referido documento. É pertinente mencionar o § 2º de seu artigo 2º, que dispõe que o médico deixará de levar em consideração a vontade do paciente quando esta for contrária ao Código de Ética Médica. Neste mesmo sentido, nas palavras de Donnini e Lemos (2017),

⁹De acordo com Tablada (2013), “el estado vegetativo persistente es una condición clínica caracterizada por la ausencia completa de conciencia sobre uno mismo y el entorno, unido a ciclos de sueño-vigilia, con preservación total o parcial de las funciones hipotálamicas y autonómicas del tallo encefálico”.

¹⁰Limongi França (1983) propõe uma subdivisão dos direitos da personalidade em direitos à integridade física (dentre os quais o direito à vida), à integridade intelectual e à integridade moral.

¹¹Há que se destacar, no entanto, o Projeto de Lei do Senado nº 149 de 2018, que se encontra atualmente em tramitação, tendo sido redistribuído ao relator, Senador Fabiano Contarato, aos 08/05/2019, para emissão de relatório.

¹²Ressalta-se que esta Resolução também foi objeto de questionamento mediante a Ação Civil Pública nº 1039-86.2013.4.01.3500, tendo sido julgada improcedente pelo MMº Juiz Substituto, Dr. Eduardo Pereira da Silva (DADALTO, 2015).

[...] os limites às declarações devem ser buscados no ordenamento jurídico como um todo, e não apenas na comentada resolução médica, o que parece esbarrar principalmente na norma penal impeditiva da eutanásia (art. 121, § 1º, do CP), obstando-se, noutras palavras, que o paciente consigne no testamento biológico a intervenção médica com o intuito de abreviar ou acelerar o processo natural em direção ao óbito.

Além disso, há que se questionar qual deveria ser a postura do médico quando o conteúdo das DAV estiver em desacordo com os avanços técnicos e científicos existentes à época da ocorrência da doença. Nesses casos, imperioso que o médico desconsidere a vontade previamente manifestada, o que não gerará qualquer responsabilização ao profissional, tendo em vista o dever médico justificado (MELO, 2018). Não se trata, no entanto, de documento inválido, e sim somente ineficaz, na medida em que não irradia efeitos (DONNINI; LEMOS, 2017).

No que diz respeito ao seu requisito formal, entendemos que as DAV devem obedecer à forma escrita, tendo em vista os irreversíveis efeitos que serão produzidos mediante a sua observância. Assevera-se que esta é uma interessante abordagem da solenidade, podendo ser o caso de se aplicar, ainda que por analogia, as formas testamentárias a fim de se garantir maior segurança ao ato jurídico. Filiamo-nos aqui mais uma vez à Donnini e Lemos (2017), no sentido de que não necessariamente o documento deva obedecer à forma pública, até mesmo em um paralelismo com o que ocorre com o testamento do Direito Sucessório, que pode assumir as formas pública, particular ou cerrada. Destaca-se, porém, que lavrar o documento perante Tabelião de Notas, profissional do Direito dotado de fé pública, nos termos do artigo 3º da Lei Federal nº 8.935/94, faz com que aquele goze de presunção *juris tantum* de autenticidade, além de revesti-lo de maior segurança jurídica, sendo assim altamente recomendável¹³.

6 DIREITO COMPARADO – AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NA EUROPA

Finalmente, compete esclarecer como a questão das DAV vem sendo trabalhada em termos de Direito Comparado, para além do pioneirismo já estudado dos Estados Unidos da América, e com enfoque no continente europeu, em que, ainda na década de 90, influenciados pela PSDA norte-americana, alguns países de tradição mais liberal já legislaram sobre o tema: Finlândia, Holanda e Hungria. Nos demais países, houve o reconhecimento das DAV apenas

¹³ O Projeto de Lei do Senado nº 149 de 2018, porém, traz a obrigatoriedade de o instrumento ser lavrado mediante “escritura pública sem conteúdo financeiro” (artigo 3º, § 1º).

após a Convenção de Oviedo¹⁴. Nesse sentido, legislaram sobre o tema: Bélgica e Espanha, em 2002; Inglaterra, País de Gales e França, em 2005; Áustria, em 2006; Alemanha, em 2009, e Portugal, em 2012 (DADALTO, 2015). Teceremos breves comentários sobre algumas dessas legislações.

Na Holanda, desde 1º de abril de 1995, anteriormente, portanto, à Convenção de Oviedo, a defesa dos direitos do paciente é garantida por meio do *Act on the medical treatment contract*, que foi inserido como parte do Código Civil Holandês. De acordo com a legislação, são as DAV denominadas *nontreatment directives*, e não se confundem com autorização para a eutanásia, que é legalizada no país. Ademais, é pertinente observar que, nos Países Baixos, a capacidade civil plena é atingida aos 16 anos, mas, desde os 12 anos, é lícito à pessoa afastar a possibilidade de seu representante legal decidir sobre os procedimentos médicos pelos quais deseja ela passar (MABTUM; MARCHETTO, 2015).

Após a Convenção de Oviedo, a Bélgica foi o primeiro país a legislar sobre as DAV, denominando-as *déclaration anticipée de volonté*, mediante lei de 28 de maio de 2002, a qual tratou, de modo principal, da legalização da eutanásia, por isso sendo chamada *Loi relative à l'euthanasie* (LIMA, 2013). Por esta lei, estabelece-se a possibilidade de nomeação de procurador para cuidados de saúde, além de até mesmo o paciente menor de idade poder manifestar sua vontade de interromper o tratamento, desde que devidamente representado. Ademais, estipula-se um prazo de validade de 5 anos para as declarações, considerando-se inválidas aquelas com prazo superior, e podendo ser revogadas a qualquer tempo (MABTUM; MARCHETTO, 2015).

A lei espanhola nº 41, de 14 de novembro de 2002, por sua vez, denomina as DAV de *instrucciones previas*. Interessante mencionar que seu artigo 11.1 traz a possibilidade de as instruções indicarem também o destino do corpo e dos órgãos do autor, em caso deste vir a falecer. Verifica-se, portanto, que na Espanha a decisão sobre doação de órgãos é personalíssima (DADALTO, 2013), diferentemente do que ocorre no Brasil, em que, pelo teor do artigo 4º da Lei Federal nº 9.434/97 (Lei de Transplantes), a decisão cabe ao “cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive”. Mas o que desperta maior atenção na referida legislação espanhola é o teor de seu artigo 11.5., que trata sobre o *Registro Nacional de instrucciones previas*, vinculado ao

¹⁴Formalmente denominada “Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina”, foi adotada e aberta à assinatura em Oviedo, cidade espanhola, a 04 de Abril de 1997. Prevê seu artigo 9º: “a vontade anteriormente manifestada no tocante à uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontra em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta”.

Ministerio de Sanidad y Consumo, cuja criação viria a ser regulamentada pelo Decreto Real nº 124/2017, e tem como objetivo garantir a eficácia desses documentos (ALVES, 2013).

Na França, não obstante a Lei Leonetti, de 2005, tenha avançado nas discussões já iniciadas em 2002 sobre os direitos dos doentes e a qualidade do sistema de saúde, no que diz respeito às DAV a legislação ainda não reconhecia sua força vinculante, constituindo apenas em um elemento a ser levado em consideração pelo médico na tomada das decisões. Foi somente em 2016, com a aprovação da Lei 2016-87, que as DAV passaram enfim a ter caráter vinculante, estabelecendo a legislação, entre outras, a possibilidade de incapazes também poderem redigi-las, desde que com autorização judicial (DADALTO, 2016).

Por fim, em Portugal, a lei nº 25, de 16 de junho de 2012, disciplinou o assunto, tratando tanto do testamento vital como da nomeação de procurador de cuidados de saúde, além de criar o Registro Nacional do Testamento Vital (RNTV). No que tange à forma do testamento vital, estabelece seu artigo 3º, nº 1, que deverá ser escrita, sendo assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado no RNTV ou notário. É prevista, ademais, a possibilidade do documento ser assinado em conjunto com um médico, sendo facultado constar sua identificação e assinatura (art. 3º, nº 2). Pertinente observar que, nos termos do seu artigo 7º, o documento possui um prazo de validade de 5 anos a contar da sua assinatura, assim como ocorre na Bélgica, sendo este sucessivamente renovável mediante declaração de confirmação. Perfilhamo-nos, contudo, ao entendimento de Dadalto (2013), que considera desnecessário o estabelecimento de prazo de validade, tendo em vista que as DAV são revogáveis por natureza. Cabe indicar que aqueles que defendem o prazo, no entanto, o fazem argumentando ser o documento dinâmico, tendo em vista os avanços médicos que permitem que uma doença antes incurável hoje tenha cura, de modo a não poder ser esquecido no tempo. No que diz respeito ao registro no RNTV, extrai-se do artigo 16º, nº 1 ser facultativo (RAIMUNDO, 2014), sendo os documentos não registrados igualmente eficazes desde que formalizados de acordo com a lei.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi possível analisar ao longo desse trabalho, a morte é um evento natural cuja significação alterou-se profundamente no decorrer da história. Se, a princípio, era considerada inevitável, hoje, em razão de intensos avanços tecnológicos, tornou-se possível o prolongamento indefinido da vida de maneira artificial. Nessa conjuntura, e tendo-se em vista princípios fundantes do próprio Estado Democrático de Direito, como a autonomia privada e a dignidade da pessoa humana, foi cunhado um novo direito, qual seja, o de morrer de forma

digna. Ora, se é lícito à pessoa se valer de métodos que retardem a sua morte, é lícito também que não deseje ser mantida viva por meio de aparelhos que, não possibilitando sua cura, apenas adiam o acontecimento inexorável.

Após uma breve digressão a respeito dos direitos constitucionais à vida e à saúde, e a fim de melhor contextualizar o tema, examinou-se de maneira sucinta os institutos da eutanásia e da ortotanásia, esclarecendo as diferenças entre ambas as condutas e demonstrando que, em nosso país, a ortotanásia ganha ares de legalidade, embasada em especial por Resoluções do Conselho Federal de Medicina, disciplinadoras do proceder ético-profissional médico, não obstante a ausência de previsão legal, ao contrário da eutanásia, que se enquadra no tipo penal do homicídio privilegiado em razão de relevante valor moral. Pode-se verificar, nesse sentido, que o Brasil vem acolhendo, sim, a tese da viabilidade legal de se recusar tratamentos médicos extraordinários.

Nessa perspectiva, em seguida investigou-se as chamadas “Diretivas Antecipadas de Vontade”, de origem estadunidense, originalmente idealizadas sob a espécie de “living will”, por Luis Kutner, em 1969, em emblemático artigo sobre eutanásia e a possibilidade de, mediante documento escrito, se antever os tratamentos médicos a que a pessoa pretende ou não se submeter em caso de se encontrar impossibilitada de manifestar vontade. Foram tecidos ainda breves comentários sobre a posterior normatização do tema no Estados Unidos, através da edição do PSDA em 1991. Ademais, classificou-se as DAV com base na teoria geral dos negócios jurídicos, estabelecendo a principal diferença entre elas e o testamento próprio do Direito Sucessório, posto que este último produz efeitos “causa mortis”, enquanto aquelas produzem efeitos “inter vivos”.

Finalmente, analisou-se as legislações existentes sobre o assunto em países europeus, com especial enfoque à Holanda, Bélgica, Espanha, França e Portugal. Sobretudo neste momento, visualizou-se o quanto o Brasil está caminhando a passos lentos, já que até hoje não há legislação própria em vigor para tratar sobre as DAV, a despeito de toda a importância que deveria ser a elas conferidas, porquanto instrumento apto a efetivar o fundamento constitucional máximo, qual seja, o da dignidade da pessoa humana.

Sem qualquer dúvida, não houve com esse trabalho pretensão de esgotar a matéria, que é complexa e difundida em âmbito nacional e internacional, cabendo um estudo mais aprofundado sobre todas as legislações já existentes e o contexto social em que são atualmente aplicadas, em uma comparação com a realidade brasileira. O que se propôs, então, foi uma pesquisa inicial, que pudesse abranger as linhas gerais, através de consulta aos mais recentes estudos que vem sendo realizados a respeito do tema.

Por ora, o que se pode inferir é que as DAV são passíveis de classificação como método preventivo de conflitos, tendo em vista que encontram-se em perfeita consonância com o sistema constitucional brasileiro, devendo sua utilização ser estimulada, evitando-se, assim, a propositura de futuras ações judiciais a fim de se decidir sobre a manutenção ou não da vida do paciente terminal mediante técnicas extraordinárias. Dessa maneira, assegura-se o direito deste de ter sua autonomia e poder de decisão respeitados até o derradeiro momento, minimizando-se, outrossim, o sofrimento de seus entes queridos, em uma circunstância naturalmente dolorosa como o é a da concretização da finitude da vida terrena.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACP nº 2007.34.00.014809-3. **Tramitou perante a 14ª Vara da Justiça Federal durante mais de três anos, vindo a ser decidida por sentença proferida aos 01/12/2010 pelo MMº Juiz de Direito, Dr. Roberto LuisLuchi Demo.** Brasília, 2010.

ALBUQUERQUE, A. Para uma ética em pesquisa fundada nos Direitos Humanos. **Revista Bioética**, v. 21, n. 3, p. 412-422, 2013.

ALVES, C. A. Linguagem, Diretivas Antecipadas de Vontade e Testamento Vital: uma interface nacional e internacional. **Revista Bioethikos**, v. 7, n. 3, p. 259-270, 2013.

ARIÈS, P. **História da morte no Ocidente**: da Idade Média aos nossos dias. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

BRANCO, P. G. G. **Direitos fundamentais em espécie**: direito à vida. In: MENDES, GilmarFerreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: República Federativa do Brasil: Poder Legislativo, Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 jan. 2020.

_____. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: República Federativa do Brasil: Poder Legislativo, Brasília, 16 de março de 2015; 194º da Independência e 127º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 19 mar. 2020.

COMBINATO, D. S.; QUEIROZ, M. S. Morte: uma visão psicossocial. **Estudos de psicologia**, v. 11, n. 2, p. 209-216, 2006.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina**. 04 de abril de 1997. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/16.htm>. Acesso em: 19 mar. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 1.995/2012**. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 19 mar. 2020.

_____. **Resolução nº 1.805/2006**. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso em: 19 mar. 2020.

DADALTO, L. A necessidade de um modelo de Diretivas Antecipadas de Vontade para o Brasil: estudo comparativo dos modelos português e franceses. **Revista M.**, v. 1, n.2, p. 443-460, 2016.

_____. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). **Revista de Bioética y Derecho**, n. 28, p. 61-71, 2013.

_____. História do testamento vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. **Mirabilia Medicinæ** 4, v. I, p. 23-42, 2015.

DADALTO, L.; TUPINAMBÁS, U.; GRECO, D. B. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**, v. 21, n. 3, p. 463-476, 2013.

DONNINI, R.; LEMOS, R. A. M. de. Dignidade e Autonomia: a ponte dogmática para o testamento vital. **Quaestio Iuris**, v. 10, n. 1, p. 389-433, 2017.

FRANÇA, R. L. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. **Revista dos Tribunais**, v. 567/9, p. 9-16, 1983.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**, Volume 1: parte geral. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**, Volume 7: Direito das Sucessões. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, D.; WELSH, J. Direitos humanos, ética e prática médica. **Revista Bioética**, v. 24, n. 03, p. 443-451, 2016.

JOSÉ, P. C. O “Testamento vital”: direitos do paciente e os cuidados paliativos. **Fronteiras interdisciplinares do Direito**, v. 1, n. 1, p. 138-151, 2019.

KUTNER, L. Due process of Euthanasia: The Living Will, a proposal. **Indiana Law Journal**, v. 44, p. 539-554, 1969.

LIMA, P. B. L. Diretivas antecipadas de vontade e testamento vital: a tutela efetiva do direito à morte digna. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas**, v. 14, n.1/2, 2013.

MABTUM, M. M.; MARCHETTO, P. B. O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas da vontade. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015.

MARTIN, L. M. Eutanásia e Distanásia. In: COSTA, S. I. F.; OSELKA, G.; GARRAFA, V. (Coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

MARTINELLI, J. P. O. **A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro**. Disponível em: <https://jpomartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/167709457/a-ortotanasia-e-o-direito-penal-brasileiro>. Acesso em: 19 mar. 2020.

MELO, V. R. de. Diretivas antecipadas de vontade: construção de bases dogmáticas e jurídicas. **Revista de Direito – Viçosa**, v. 10, n. 1, p. 251-279, 2018.

PERLINGIERI, P. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RABELO, C. G.; CASTELLI, T. Direito de morrer com dignidade: proteção à luz do direito internacional e nacional. **RIDH – Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 4, n. 2, p. 161-182, 2016.

RAIMUNDO, D. S. L. O procurador de cuidados de saúde na Lei nº 25/2012, de 16 de julho. **e-Pública: Revista Eletrônica de Direito Público**, v. 1, n. 2, 2014.

RIBEIRO JR., W. A. Hipócrates de Cós. In: CAIRUS, H. F.; RIBEIRO JR., W.A. **Textos hipocráticos: o doente, o médico e a doença**. Rio de Janeiro, 2005.

ROCHA, C. L. A. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, n. 2, p. 49-67, 2001.

RODOTÀ, S. **La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho**. Tradução de Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2010

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003 .

TABLADA, C. R. H. Aspectos puntuales del estado vegetativo persistente. **Medisan**, v. 17, n. 08, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VALENTE, S. E. **Diretivas Antecipadas de Vontade para o fim da vida**: um estudo à luz do Direito Penal. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

VEAKH, R. M. As Comissões de Ética Hospitalar ainda têm função? **Revista Bioética**, v. 6, n. 2, 1998.