

Morte: do tratamento jurídico convencional à análise da existência e extensão de um direito fundamental

*Cássio Henrique Dolce de Faria*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Resumo: inicialmente, buscou-se neste artigo confirmar a afirmação de que há repúdio social à morte, mediante análise de seu tratamento normativo tradicional. Nele, a morte é tolerada apenas em situações excepcionais, mas nunca como algo que deve ser de alguma forma estimulado. Procurou-se, ainda, evidenciar que a tutela jurídica tradicional da morte visa assegurar a produção de seus efeitos jurídicos e tem finalidade predominantemente patrimonial, voltada para produção de efeitos apenas depois do óbito. Depois disso, foi proposta uma nova abordagem possível para o evento morte, à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e com enfoque na pessoa que se encontra em situação de terminalidade da vida. Pretendeu-se, então, expor os fundamentos jurídicos que permitem a humanização do evento morte e a afirmação, em situações pontuais, da existência de um direito fundamental de morrer, instrumentalizado por seu titular por meio de diretivas antecipadas de vontade. Objetivou-se, por fim, delimitar a forma de exercício e a extensão desse direito. Para tanto, este trabalho foi apoiado, sobretudo, em doutrina e embasado no método hipotético-dedutivo de pesquisa.

Palavras-chave: Morte. Tratamento jurídico tradicional. Direito fundamental. Diretivas antecipadas de vontade.

¹ Aluno do curso de pós-graduação em Direito da UNIMEP.

Abstract: first of all, this article aimed to confirm the assessment of social condemnation of death, through the traditional normative treatment analysis. In it, death is tolerated in exceptional situations, but never as something that must be somehow stimulated. It was also tried to show that the traditional legal protection of death aims to ensure the consequences of law and has a predominantly patrimonial purpose, which has effects only after death. Besides, a new possible approach was proposed for death event, based on the constitutional principle of human dignity, mainly on person who is in terminal condition of life. Then it was intended to expose legal foundations that allow the humanization of death event and the affirmation, in specific situations, about the existence of a fundamental right to die, instrumented by means of anticipated directives of will. Finally, it was intended to determine the way to exercise the right and his extension. Therefore, this article was supported mainly in doctrine and hypothetical-deductive method of research.

Keywords: Death. Traditional legal treatment. Fundamental right. Advance directives of will.

1. Introdução

Tradicionalmente, no Brasil, o direito à morte é abordado com reservas pelo operador do direito. Afinal, morte é a negação da vida. O direito à vida, por sua vez, é aquele que recebe maior proteção no ordenamento jurídico pátrio, já que constitui pressuposto para o exercício da maior parte dos direitos fundamentais.

A despeito da laicidade estatal, valores ético-religiosos apoiados no cristianismo estão arraigados na sociedade brasileira, o que contribui para a criação de verdadeiro tabu em torno de tratamento legal permissivo ou tolerante à produção do resultado morte.

O sistema normativo brasileiro, de maneira geral e expressa, repudia a morte. Apenas o registro do óbito, as disposições de vontade *post mortem* e o sentimento de respeito aos mortos são objeto de proteção legal explícita.

A Constituição Federal, em isolada menção, trata a morte como uma pena resguardada a situações excepcionais, regulamentadas no Código Penal Militar. O Código Penal descriminaliza o resultado morte somente em hipóteses singulares. A legislação civil, de maneira geral,

preocupa-se apenas em negar efeitos jurídicos a atos embasados no desejo de morte própria ou alheia.

Não há enfoque legislativo que regulamente a morte sob a perspectiva do paciente terminal.

Diante desse quadro, cabe questionar: existe um direito fundamental à morte? Se existente esse direito, em quais situações e observados quais limites ele pode ser exercido?

O que se buscará neste trabalho é defender que, em situações de terminalidade da vida, existe ao titular um direito à morte digna, como consectário do princípio da dignidade da pessoa humana, baliza do movimento neoconstitucionalista.

Será abordada a fundamentação das diretivas antecipadas de vontade, instrumento adequado para a formalização de verdadeiro negócio jurídico existencial de cunho prospectivo garantidor do direito à morte digna. Características gerais desse instituto também serão analisadas.

Com apoio, sobretudo, de doutrina, será utilizado o método hipotético-dedutivo para confirmação da tese defendida.

2. Desenvolvimento

2.1. Conceito leigo de morte. Conceito jurídico de morte

Na primeira definição que lhe é dada pela Academia Brasileira de Letras (2010, p. 880), morte é a “cessação da vida de ser humano, animal ou vegetal; fim da vida”. Trata-se de um conceito abrangente, mas desprovido de técnica jurídica na abordagem da questão.

O artigo 6º, do Código Civil, estabelece que “a existência da pessoa natural termina com a morte”, mas não define o momento em que consumada a morte.

É possível, por interpretação lógico-sistemática da legislação, concluir-se que foi adotado o critério da morte encefálica como aquele definidor do momento do óbito.

Farias e Rosenvald (2015, p. 305) observam que se entende,

[...] a partir da regra inserida no art. 3º da Lei de Transplantes², que a cessação da vida ocorre com

² Lei nº 9.434/97, artigo 3º: A retirada “post mortem” de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica,

a morte encefálica, atribuindo-se ao Conselho Federal de Medicina a fixação dos critérios clínicos e tecnológicos para determiná-la, o que foi feito através da Resolução nº 1.480/97.³ (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 305).

2.2. Tratamento jurídico normativo tradicional da morte

Em contraposição à ampla tutela normativa existente para o bem jurídico vida⁴, as situações que normatizam a morte, no direito brasileiro, são raras e excepcionais.

Verificar-se-á, na sequência, em linhas gerais, os dispositivos que compõem o arcabouço normativo que trata da morte.

A) Constituição Federal

Na Constituição Federal, há uma única menção à morte. Ela é tratada como pena excepcional, que só poderá ser cominada “nos casos de guerra declarada” (artigo 5º, XLVII, alínea “a”).

A possibilidade excepcional de imposição de pena de morte na situação prevista no dispositivo constitucional já citado foi mantida pelo Brasil no momento em que, por meio do Decreto Legislativo n.º 311/09, o Congresso Nacional aprovou o texto do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, adotado em Nova Iorque, em 16 de dezembro de 1966, e do Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos com vistas à Abolição da Pena de Morte, adotado e proclamado pela Resolução n.º 44/128, de 15 de dezembro de 1989.

Este último Protocolo foi incorporado ao ordenamento pátrio com a reserva expressa em seu artigo 2º, a ressaltar justamente a possibilidade de “aplicação da pena de morte em tempo de guerra em virtude

constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

³ A Resolução nº 1.480/97, do Conselho Federal de Medicina, considera que a “parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial” e traça critérios de ordem clínica para a constatação da morte encefálica.

⁴ A proteger, até mesmo: a) a vida intrauterina, na esfera penal; b) o nascituro e a prole eventual como titulares de diversos direitos sob condição suspensiva, na esfera civil. Exemplos: capacidade para serem donatários, fideicomissários, etc.

de condenação por infração penal de natureza militar de gravidade extrema cometida em tempo de guerra”.

B) Legislação infraconstitucional

B.1) Código Penal Militar (Decreto-Lei n.º 1.001/69)

Em pouco mais de trinta dispositivos, recepcionados pela Carta Política de 1988, é prevista a pena de morte, mas somente para crimes praticados em tempo de guerra.

Normalmente, a morte é cominada ora como única sanção, ora como sanção mais grave dentre as possíveis, para apenar figuras típicas ligadas a atos de traição da pátria⁵.

A sentença condenatória definitiva deve ser comunicada, tão logo transite em julgado, ao Presidente da República, não podendo ser executada senão depois de sete dias após a comunicação⁶.

Quanto a esse ponto, Moraes (2018, p. 1) assinala que

[...] a comunicação ao Presidente da República, a que faz referência o art. 57 do CPM e art. 707 § 3º do CPPM, é em razão da competência privativa do mesmo, nos termos do art. 84, XII da atual Constituição: “conceder indulto e comutar penas [...]”. Durante o prazo de sete dias o Presidente da República poderá conceder indulto ou comutar a pena do condenado [...]. (MORAES, 2018, p. 1)⁷.

B.2) Código Penal (Decreto-Lei n.º 2.848/40)

No Código Penal: a) como regra, o ato de extirpação da vida humana extra ou intrauterina é punido como crime (artigos 121, 123 até 127); b) também o induzimento, a instigação ou o auxílio ao suicídio alheio representa figura penalmente típica (artigo 122); c) o sentimento

⁵ Conforme artigo 56, do Código Penal Militar, a morte deve ser executada por fuzilamento, forma de execução considerada a menos degradante possível. Salvo se houver recusa por parte dele, o executado terá seus olhos vendados antes de receber as descargas fatais. O comando verbal de fogo será substituído por sinais, conforme artigo 707, do Código de Processo Penal Militar – Decreto-Lei n.º 1.002/69.

⁶ Conforme artigo 57, “caput”, do Código Penal Militar.

⁷ O mesmo autor cita precedente no qual comutada a pena de morte imposta a soldados, que cometeram crimes durante a Segunda Guerra Mundial, para trinta anos de reclusão: acórdão do Conselho Superior da Justiça Militar de 7 de março de 1945, publicado no Diário da Justiça da União de 24 de março de 1945.

de respeito aos mortos é bem juridicamente protegido nas figuras típicas previstas nos artigos 209 (impedimento ou perturbação de cerimônia funerária), 210 (violação de sepultura), 211 (destruição, subtração ou ocultação de cadáver) e 212 (vilipêndio a cadáver).

Apenas como exceção, o resultado morte é tolerado na legislação penal, que o considera jurídico quando consequência das causas genéricas de exclusão de antijuridicidade previstas no artigo 23, do Código Penal (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de um direito), ou das causas especiais de exclusão de ilicitude previstas no artigo 128, do mesmo Código (hipóteses de aborto legal: aborto necessário e aborto no caso de gravidez resultante de estupro).

Nessas situações, Masson (2012, p. 370) pondera:

Em face do acolhimento da teoria da tipicidade como indicio da ilicitude, uma vez uma vez praticado o fato típico, isto é, o comportamento humano previsto em lei como crime ou contravenção penal, presume-se o seu caráter ilícito. A tipicidade não constitui a ilicitude, apenas a revela indiciariamente. Essa presunção é relativa, *iuris tantum*, pois um fato típico pode ser lícito, desde que seu autor demonstre ter agido acobertado por uma causa de exclusão de ilicitude. Presente uma excludente de ilicitude, estará excluída a infração penal. Crime e contravenção penal deixam de existir, pois o fato típico não é contrário ao Direito. Ao contrário, a ele se amolda. (MASSON, 2012, p. 370).

Deve-se registrar, ainda, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54 (BRASIL, 2012), acolheu, por maioria de votos (oito a dois), o pedido inicial, declarando a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez do feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal. Fixou-se a tese segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é atípica.

Esse julgamento teve enorme repercussão social. Foram vinte e cinco as instituições e os especialistas habilitados como *amicus curiae* ouvidos em audiência pública, o que só evidencia a enorme controvérsia causada pela discussão de tema relacionado à tolerância jurídica à morte.

B.3) Código Civil (Lei n.º 10.406/02)

Na legislação civil, a morte marca o fim da personalidade e impede a pessoa de titularizar relações jurídicas. Há preocupação com a regulamentação das hipóteses de morte e com o resguardo de seus efeitos jurídicos. Procura-se, em alguns dispositivos, desestimular o desejo dos interessados na morte alheia. Por último, embora tenha havido evolução no tratamento da matéria, o enfoque das manifestações de última vontade manteve seu caráter prospectivo e condicionado à ocorrência do evento morte.

A título ilustrativo, Camargo Neto e Oliveira (2014, p. 103-104), citam os seguintes efeitos jurídicos da morte na área cível: a) abertura de sucessão, com transmissão da herança desde o momento da morte aos herdeiros (Código Civil, artigo 1.784); b) extinção do poder familiar (Código Civil, artigo 1.635, I); c) fim da sociedade conjugal e dissolução do casamento (Código Civil, artigo 1.571, I e § 1º); d) encerramento dos contratos *intuitu personae*, como o mandato (Código Civil, artigo 682, II) e o contrato de prestação de serviço (Código Civil, artigo 607); e) resolução da sociedade simples em relação ao sócio (Código Civil, artigo 1.028); f) extinção do usufruto (Código Civil, artigo 1.410); g) direito ao recebimento de seguro de vida pelo beneficiário, hipótese em que será relevante o exame da causa da morte⁸. (CAMARGO NETO; OLIVEIRA, 2014, p. 103-104). Pode-se citar, por fim, a extinção da obrigação de pagar alimentos, que se transfere para os herdeiros do devedor, como outro efeito jurídico relevante da morte (Código Civil, artigo 1.697 e 1.700).

A legislação civil, em sua parte geral:

a) trata das situações de morte real com cadáver (Código Civil, artigo 6º, primeira parte), de morte real sem cadáver, também chamada de morte presumida sem decretação de ausência (artigo 7º, do Código Civil, Lei n.º 9.140/95) e de morte presumida com decretação de ausência (Código Civil, artigo 6º, segunda parte e artigos 22 até 39). Existe polêmica em doutrina se a situação de justificação de óbito prevista no artigo 88, da Lei de Registros Públicos, representa, hoje, situação de morte real certa ou de morte presumida. Não é objetivo deste trabalho esmiuçar essa questão. Basta, aqui, a menção no sentido de que, nas

⁸ A confirmar essa relevância a recente Súmula n.º 610, do Superior Tribunal de Justiça: “O suicídio não é coberto nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, ressalvado o direito do beneficiário à devolução do montante da reserva técnica formada”. Esta Súmula revogou antiga orientação daquela Corte, consagrada na Súmula n.º 61, *verbis*: “O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado”.

situações abrangidas pelo mencionado dispositivo, a falta do atestado de óbito decorrente do não encontro do corpo do falecido poderá ser suprida judicialmente após audiência de justificação do óbito;

b) prevê a obrigatoriedade do registro do assento de óbito no cartório de registro civil das pessoas naturais, como ato que deve ser, em princípio, cronologicamente anterior ao sepultamento (Código Civil, artigo 9º, I; Lei de Registros Públicos, artigos 29, III e 77). Observa Velloso (2013, p. 279) que “o registro do óbito é um direito difuso, e faz parte do grupo dos geradores, por si sós, da segurança jurídica”;

c) trata da comoriência (artigo 8º), adotando a presunção pragmática dela decorrente com inequívoco propósito de trazer segurança no campo sucessório.

No campo contratual, o Código Civil estabelece regra no sentido que de que “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva” (Código Civil, artigo 426). De fato, só o testamento, instrumento essencialmente revogável, é apto a viabilizar a transmissão de todo um patrimônio.

Ao comentar esse dispositivo, Rosenvald (2012, p. 494) assinala:

[...] é inválido o contrato de herança de pessoa viva. Conhecido como *pacto sucessório*, esse contrato é um negócio bilateral, efetivado com a integração do consentimento dos herdeiros e/ou legatários. Assim, sobejaria desnaturada a revogabilidade das disposições de última vontade, pois ao contratante seria vedada a rescisão unilateral do pacto, privando uma pessoa de regular a própria sucessão. A vedação da sucessão contratual também é de ordem moral. A formalização de um contrato de tal natureza é conhecida como *pacto corvina*, pois gera clima de expectativa de óbito entre os herdeiros, que como corvos aguardam por esse momento. É flagrante a nulidade do ato pela ilicitude do objeto. (ROSENVALD, 2012, p. 494).

Tudo o que foi acima exposto até o momento retrata consequências jurídicas vinculadas ao evento morte que terão impacto na esfera de interesses da sociedade como um todo. Sob o enfoque da pessoa que vem a óbito, com efeito futuro para depois do óbito, a proteção legal é reduzida. Limita-se:

a) ao direito do titular de, em vida, dispor sobre o próprio corpo, no todo ou em parte, para depois de sua morte, por ato revogável e sempre gratuito (Código Civil, artigo 14).

A Lei n.º 9.454/97 regulamenta disposição *post mortem* de tecidos, órgãos e partes do corpo humano para fins de transplante.

De acordo com Duarte (2012, p. 31):

A retirada de órgãos para essa finalidade deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não integrantes da equipe de remoção e transplante, sendo admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato de comprovação e atestação da morte encefálica. A autorização para retirada de partes do corpo do morto poderá ser dada pelo próprio doador e é revogável, não estabelecendo a lei formal especial; entretanto, pela necessidade de documentação, terá de ser por escrito, sendo aconselhável, embora não obrigatória, a escritura pública (DUARTE, 2012, p. 31);

b) ao direito de testar.

O testamento, no Código Civil de 1916, era expressamente definido como o “ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois de sua morte” (artigo 1.626).

Tratava-se de definição consentânea com a concepção eminentemente patrimonialista do Código Beviláqua. Não havia, quando elaborado esse diploma, maiores preocupações de cunho não patrimonial. A lógica do negócio jurídico, na época, era essencialmente econômica, centrada na circulação de riqueza.

Ainda assim, ao comentar esse conceito legal, Diniz (1997, p. 128) rotulou-o de “bastante defeituoso”, explicitando que “o testamento pode, em seu conteúdo, conter não só disposições patrimoniais, mas também extrapatrimoniais”. (DINIZ, 1997, p. 128).

Essa crítica acabou por ser incorporada ao texto legal, quando do advento do Código Civil de 2002. Nele, após adotar conceito similar ao do antigo Código para definir testamento em seu artigo 1.857, “caput”⁹,

⁹ Que tem a seguinte redação: “Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”.

o legislador acrescentou que “são válidas as disposições de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas tenha se limitado” (Código Civil, artigo 1.857, § 2º).

Coelho (2009, p. 291), sintetizando o pensamento vigente, estabelece:

No testamento, em geral, o testador cuida exclusivamente de questões patrimoniais, definindo a destinação que pretende seja dada, após sua morte, aos bens. Secundariamente, o testamento pode ser o veículo de outras disposições de vontade, de caráter não patrimonial, como, por exemplo, a destinação do corpo para fins científicos ou altruísticos (Código Civil, art. 14), reconhecimento de filhos (art. 1.069, III), escolha de tutor (art. 1.634, IV) e reabilitação de sucessor indigno (art. 1.818). Testamento é negócio jurídico solene, unilateral e não receptício. Assim, só vale se observadas as formas e formalidades legais, e independe, para se constituir, da convergência da vontade do testamentário ou da ciência deste. (COELHO, 2009, p. 291).

Embora as manifestações do testador de cunho não patrimonial possam ter impacto sobre seus próprios direitos de personalidade (por exemplo, ao alterar seu estado familiar, por conta do reconhecimento de um filho em testamento), estes efeitos não serão por ele sentidos em vida. Afinal, como bem salienta Wald (2015, p. 173), “sendo ato de última vontade, o testamento só tem efeitos após a morte do testador”.

2.3. Colocação do problema

Cotejamento do que foi acima exposto, que sintetiza o regramento alusivo à morte previsto expressamente para esse fim no ordenamento brasileiro, permite as seguintes conclusões:

1ª) o sistema legal, como um todo, repudia a morte. A regulamentação existente, como regra, não admite a morte como um resultado socialmente aceito;

2ª) o tratamento dado à morte pela lei civil, fundamentado em razões de segurança jurídica, tem nítido caráter de proteção social e eficácia prospectiva em relação ao evento óbito.

Posto isso, deve-se perguntar: existe mesmo um direito fundamental de determinada pessoa a morrer? Se existente, qual a dimensão desse direito e qual a sua fundamentação?

A resposta a essas questões demanda natural polêmica.

Moraes (2016, p. 95), sintetizando o que constitui pensamento de boa parte da doutrina sobre o tema, assevera:

O direito à vida tem um conteúdo de proteção positiva que impede configurá-lo com um direito de liberdade que inclua o *direito à própria morte*. O Estado, principalmente por situações fáticas, não pode prever e impedir que alguém disponha de seu direito à vida, suicidando-se ou praticando eutanásia. Isso, porém, não coloca a vida com direito disponível, nem a morte como direito subjetivo do indivíduo. O direito à vida não engloba, portanto, o direito subjetivo de exigir-se a própria morte. [...] O ordenamento jurídico-constitucional não autoriza, portanto, nenhuma das espécies de eutanásia, quais seja, a ativa ou a passiva (ortotanásia). Enquanto a primeira configura o direito subjetivo de exigir-se de terceiros, inclusive do próprio Estado, a provocação de morte para atenuar sofrimentos (*morte doce ou homicídio por piedade*), a segunda é o direito de opor-se ao prolongamento artificial da própria vida, por meio de artifícios médicos, seja em casos de doenças incuráveis e terríveis, seja em caso de acidentes gravíssimos (o chamado direito à *morte digna*). Em relação ao suicídio, não por outro motivo, a nossa legislação penal tipifica como crime *induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para quem o faça, desde o que suicídio se consume ou da tentativa resultar lesão corporal grave* (CP, art. 122). No caso da eutanásia, a lei penal tipifica a conduta como homicídio (CP, art. 121). MORAES, 2016, p. 95).

Procurar-se-á, a seguir, demonstrar que o raciocínio sintetizado no parágrafo anterior é apenas parcialmente acertado, já que o caráter positivo do princípio da dignidade da pessoa humana, instrumentalizado nas diretivas antecipadas de vontade, deve implicar o reconhecimento da ortotanásia como conduta lícita.

2.4. Movimento neoconstitucionalista. Dignidade da pessoa humana

O movimento neoconstitucionalista desenvolveu-se principalmente depois da Segunda Guerra Mundial, tendo inspirado a Constituição Federal de 1988. Por meio dele pretendeu-se implantar, efetivamente, o Estado Democrático de Direito, com a concretização de prestações materiais prometidas para a sociedade.

A essência desse movimento consiste na criação de um projeto de civilização que propicie a cada ser humano os meios necessários para que ele atinja o seu esplendor.

Para isso, destacam-se, no texto da Constituição Federal de 1988: a positivação de inúmeros direitos fundamentais do homem e a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, elevado ao *status* de princípio fundamental da República (artigo 1º, III).

Nesse contexto, Sarlet (2015, p. 61-62) acrescenta que:

[...] os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (e assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, de ordem normativa, revelando que mesmo num Estado Constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir de forma mais contundente no período que sucedeu a Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo. (SARLET, 2015, p. 61-62).

Sobre a abrangência da expressão direitos fundamentais do homem, Silva (2013, p. 180) ressalta:

[...] além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no *nível do direito positivo*, aquelas

prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. *Do homem* não como o macho em espécie, mas no sentido de *pessoa humana* [...]. (SILVA, 2013, p. 180).

Já com relação ao vetor da dignidade da pessoa humana, Farias e Rosenvald (op. cit., p. 127) explicam que:

[...] o mais precioso valor da ordem jurídica brasileira, erigido como fundamental pela Constituição de 1988, é a *dignidade humana*, vinculando o conteúdo de regras acerca da personalidade jurídica. Assim, como consectário, impõe reconhecer a elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas para a pessoa humana e para a sua realização existencial, devendo garantir um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para lhe proporcionar vida com dignidade. (FARIA; ROSENVALD, op. cit., p. 127).

O princípio fundamental da República da dignidade da pessoa humana resguarda o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais e tem amplo espectro. Sua eficácia não é apenas protetora, servindo como escudo contra a atuação abusiva por parte de terceiros. Ela também tem caráter positivo, servindo como instrumento de promoção da autonomia existencial do ser humano, que tem o direito de ser o autor da biografia da sua vida, na busca da felicidade.

2.5. Artigo 15, do Código Civil. Negócio jurídico existencial

O Capítulo II, do Título I, do Livro I, do Código Civil de 2002 é destinado aos direitos de personalidade. Dentre os enunciados normativos,

há, no artigo 15, do já mencionado diploma, previsão no sentido de que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Parte da doutrina, ao interpretar referido dispositivo legal, nele encontrou o fundamento para verdadeiro negócio jurídico existencial, subordinado ao implemento da condição consistente na verificação de situação concreta e irreversível de terminalidade da vida.

Nesse sentido, o Enunciado n.º 533, da VI Jornada de Direito Civil (2013):

O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos.

Logicamente, o exercício do direito previsto no artigo 15, do Código Civil, também pressupõe consentimento informado, ou seja, prévia informação adequada ao paciente e corresponsabilidade entre paciente e médico na tomada de decisões sobre a terapêutica a ser adotada.

Rüger (2007) assinala que o fim do consentimento informado é o estabelecimento de um acordo entre médico e paciente sobre os limites da atuação médica, fixando-se aquilo que pode ser considerado bom para o interessado (RÜGER, 2007).

Ocorre que, de acordo com dados do Conselho Federal de Medicina¹⁰, noventa e cinco por cento dos pacientes que se encontram em seu contexto final de vida não apresentaram condições de exteriorizar de forma válida sua vontade. As graves decisões alusivas a seu tratamento, nesses casos, ficarão a cargo da família ou do médico assistente, em patente violação à autonomia existencial do paciente.

O reconhecimento da validade das diretivas antecipadas de vontade constitui meio de superação dessa contradição e de consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, em seu aspecto positivo.

¹⁰ Apontados na exposição de motivos da Resolução CFM n.º 1.995/12.

2.6. Diretivas antecipadas de vontade. Testamento vital (declarações prévias). Mandato duradouro. Resolução n.º 1.995/12, do Conselho Federal de Medicina

Sánchez (2003, p. 27-28) define diretiva antecipada de vontade como

[...] um termo geral que contém instruções acerca dos futuros cuidados médicos que uma pessoa que esteja incapaz de expressar sua vontade será submetida. Esta denominação, diretivas antecipadas, na realidade, constitui gênero e compreende dois tipos de documentos em virtude dos quais e pode dispor, anteriormente, a vontade da pessoa que os redige. Assim, por um lado temos o chamado testamento vital, e por outro, o mandato duradouro. (SÁNCHEZ, 2003, p. 27-28).

Segundo Dadalto (2016, p. 447), no testamento vital “o paciente define os cuidados, tratamentos e procedimentos médicos que deseja ou não para si”; já no mandato duradouro, o paciente “escolhe alguém de sua confiança para que essa pessoa tome decisões em seu lugar”.

Deve-se registrar que a expressão “testamento vital” vem sendo severamente criticada por parte da doutrina, que a substitui por “declarações prévias”. Isso porque testamento é, por definição, negócio jurídico que só produz efeitos *post mortem*. Parece evidente, assim, a impropriedade terminológica da expressão “testamento vital”, que veicula instituto destinado a produzir efeitos em vida do paciente.

De qualquer forma, novamente de acordo com Dadalto (2015, p. 106-154), tanto o testamento vital como o mandato duradouro tiveram origem nos Estados Unidos da América, no fim da década de 1960 e no início da década de 1980, respectivamente. Lá foram cunhadas as expressões “living will” e “durable power of attorney”, que definem os institutos. Depois de diversas batalhas judiciais, as diretivas antecipadas de vontade se encontram, desde 1991¹¹, normatizadas, inclusive em nível federal, naquele país. O restante do mundo, porém, demorou a seguir os passos pioneiros traçados nos Estados Unidos da América. A legislação mundo afora sobre a matéria é relativamente recente, tendo-se desenvolvido em países de línguas latinas principalmente depois de 1997.

¹¹ Quando aprovado o Patient Self-Determination Act.

No Brasil, apenas a Resolução n.º 1.995/12, do Conselho Federal de Medicina, incorporou as diretivas antecipadas de vontade ao mundo jurídico, ainda que em nível infralegal.

A já mencionada Resolução:

a) definiu as diretivas antecipadas de vontade como o “conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade” (artigo 1º);

b) também previu a possibilidade de o paciente designar um procurador para cuidar de sua saúde nas situações em que estiver impossibilitado de expressar sua vontade (artigo 2º, § 1º).

Nessas situações, o representante eleito pelo paciente explicitará para o médico quais os tratamentos que o representado aceitará.

O mandato duradouro é uma forma de representação que dispensa procuração (basta constar das diretivas antecipadas de vontade), por meio da qual são delegados direitos fundamentais. Constituirá instrumento para verdadeira autotutela. O mandatário poderá vir a funcionar inclusive como verdadeiro hermeneuta da vontade do paciente, porque as declarações prévias podem não ser claras o suficiente para dirimir situações duvidosas;

c) vinculou a atuação do médico ao estabelecido nas diretivas antecipadas de vontade (declarações prévias e/ou mandato duradouro), desde elas estejam de acordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica;

d) expressamente estabeleceu que o disposto nas diretivas prevalecerá sobre qualquer outro parecer de cunho não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares;

e) determinou que o médico registre em prontuário as diretivas que lhe forem diretamente comunicadas pelo paciente.

Bem por isso, Rosenthal (2015, informação verbal¹²) classifica as diretivas antecipadas de vontade como um negócio jurídico personalíssimo, unilateral, revogável, gratuito, autorreferente, que não produz efeitos imediatos, tendo suas consequências jurídicas programadas apenas para situações de inconsciência, impedimento de manifestação volitiva, em hipótese de terminalidade da vida (morte certa). Por meio dele, a autonomia existencial terá caráter prospectivo (ROSENTHAL, 2015).

¹² Extraída da palestra de Nelson Rosenthal no II Fórum Atlas de Direito Civil e Processo Civil, realizado na Faculdade de Direito da UFC em Fortaleza, em 2015.

2.7. As diretivas antecipadas de vontade no contexto eutanásia x distanásia x ortotanásia

Schreiber (2011, p. 52), em sua interpretação do artigo 15, do Código Civil, pondera que:

[...] o crescente reconhecimento da autonomia da vontade e da autodeterminação dos pacientes nos processos de tomada de decisão sobre questões envolvidas em seus tratamentos de saúde é uma das marcas do final do século XX. Essas mudanças vêm se consolidando até os dias de hoje. Inúmeras manifestações nesse sentido podem ser identificadas, por exemplo, a modificação do Código de Ética Médica e a aprovação do Conselho Federal de Medicina sobre diretivas antecipadas de vontade. O reconhecimento da autonomia do paciente repercute social e juridicamente nas relações entre médico e paciente, médico e família do paciente e médico e equipe assistencial. O art. 15 deve ser interpretado na perspectiva do exercício pleno dos direitos da personalidade, especificamente no exercício da autonomia da vontade. (SCHREIBER, 2011, p. 52).

De fato, a Resolução n.º 1.995/12, do Conselho Federal de Medicina, criou um mecanismo jurídico para a instrumentalização de um negócio jurídico de cunho existencial e de caráter prospectivo. Entretanto, a autonomia privada da pessoa, no momento de firmar a diretiva antecipada de vontade, traduz um direito fundamental relativo. A vontade externada só será válida se ela estiver em conformidade com outros princípios do ordenamento jurídico.

Nesse ponto, alguns conceitos finais devem ser acrescentados.

Segundo Villas-Bôas (2005, p. 36-37), terminal é “o paciente que, encontrando-se já em fase tal de sua patologia, evoluirá inexoravelmente para o óbito, sem que haja nenhum recurso médico capaz de evitar esse desfecho e independentemente dos esforços empregados”. (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 36-37).

Em situações de morte iminente e inevitável, há três condutas clínicas possíveis, em tese.

A primeira delas, denominada eutanásia, consiste na antecipação artificial da morte de paciente incurável e em situação de grave sofrimento. Ela pode ser concretizada por ação (eutanásia ativa), ou por omissão (eutanásia passiva) do médico. Trata-se de prática vedada pelo Código de Ética Médica (artigo 41, “caput”) e que configura o delito de homicídio privilegiado por relevante valor moral (Código Penal, artigo 121, § 1º). Obviamente, diretiva antecipada de vontade, na qual postulada a antecipação artificial da morte, não deverá ser levada em consideração pelo médico, porquanto em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

A segunda delas, conhecida como distanásia, consiste no prolongamento artificial da morte de paciente incurável e em situação de grave sofrimento por meio de ações terapêuticas inúteis ou obstinadas. Trata-se de prática médica igualmente proscrita, sob o ponto de vista ético (artigo 41, parágrafo único do Código de Ética Médica), caracterizada pelo prolongamento da vida por meio de excesso terapêutico e à revelia do conforto e da vontade do indivíduo que morre.

A terceira delas, conhecida como ortotanásia, consiste em ministrar ao paciente incurável e em situação de grave sofrimento todos os cuidados paliativos disponíveis para diminuir-lhe a dor, sem a adoção de quaisquer medidas protelatórias, tendentes a retardar a morte. Trata-se do processo de humanização da morte, no qual se procura cuidar do paciente que não se pode curar, com respeito ao tempo certo da morte.

Godinho (2017, p. 135-136), acertadamente, observa:

Não há, portanto, como confundir eutanásia passiva e ortotanásia, como frequentemente se procede. Na eutanásia passiva, há a omissão de tratamentos ou cuidados *proporcionais* que, caso ministrados, poderiam preservar a vida do paciente. Na ortotanásia, omitem-se os tratamentos *fúteis, desproporcionais*, que nenhum proveito trariam ao paciente e que somente postergariam a sua morte, quando chegada a hora de morrer. Na eutanásia passiva, constata-se a presença de um nexo de causalidade que une a conduta médica e a morte: por mais que o paciente sofra de doença grave, quicá incurável, não morre em função dela, mas da supressão de medidas úteis e indicadas que,

se adequadamente aplicadas, o manteriam vivo, sem que tal implicasse um agravamento do seu estado de saúde ou do sofrimento de que padeça. Na ortotanásia, a morte nada mais é que consequência inexorável da terminalidade do paciente, que não falece em virtude de omissão de tratamentos médicos – eis que estes não seriam hábeis a propiciar nenhuma vantagem para o seu quadro clínico –, mas em função de sua doença. Na eutanásia passiva, a morte é provocada por um ato omissivo; na ortotanásia, sobrevém a morte natural, que pede passagem e que se deixa passar. Na ortotanásia, a morte é mera decorrência natural de uma vida que efetivamente chegou ao fim, abandonando-se a vã tentativa de tentar curar a doença e evitar a morte, sem que se abandone o paciente, a quem são dedicados cuidados médicos que evitem dores e sofrimento, mediante o abandono de tratamentos inúteis. (GODINHO, 2017, p. 135-136).

Posto isso, não se pode confundir eutanásia passiva, vedada, com ortotanásia, permitida.

Comprovada a existência de amparo normativo suficiente, em situações de terminalidade da vida devem ser admitidas como válidas as diretivas antecipadas de vontade, nas quais estabelecido o desejo do paciente à ortotanásia.

Nessas situações, o direito do paciente de morrer de acordo com sua autodeterminação deve ser encarado como simples extensão natural do direito à vida digna. Subtrair do indivíduo, no seu leito de morte, esse direito, implicaria negar-lhe, no fim de sua existência, o direito que lhe deveria ser mais natural.

Cabe ao aplicador do direito despir-se de preconceitos de cunhos religioso e moral e reconhecer o direito à morte digna do paciente terminal como consectário do direito de se autodeterminar.

Dworkin (2009, p. 307) bem adverte: “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.”

3. Considerações finais

Ávila (2018, p. 54) explica que, no processo de interpretação:

É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que um dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a crença de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos [...]. (ÁVILA, 2018, p. 54).

Todavia, ele alerta que “o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado” (ÁVILA, 2018, p. 54).

Alexy (2008, p. 281) acrescenta, quando discorre sobre restrições a direitos fundamentais, que “uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição”.

À luz dessas balizas, o que se procurou demonstrar neste trabalho foi que, a despeito da existência de todo um tratamento jurídico-legal tradicional restritivo, punitivo e limitador, à morte, enquanto fenômeno natural e decorrente da vida, também deve ser observada a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, vetor para a existência do ser, na concepção neoconstitucionalista.

Como conseqüência disso, estão compassadas com a matriz constitucional as normas segundo as quais é garantido, em situações de terminalidade da vida, o direito à autonomia existencial, instrumentalizado em diretiva antecipada de vontade e concretizado por meio da permissão jurídica à ortotanásia.

Referências

- ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2010.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54/Distrito Federal*. Brasília, DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 30 nov. 2018.
- CAMARGO NETO, Mario de Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli. *Registro civil das pessoas naturais II: habilitação e registro de casamento, registro de óbito e livro “E”*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5: Família. Sucessões.
- DADALTO, Luciana. *A necessidade de um modelo de Diretivas Antecipadas de Vontade para o Brasil: estudo comparativo dos modelos português e franceses*. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <http://www.revistam-unirio.com.br/arquivos/2017/01/v01_n02_a09.pdf>.
- _____. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2015.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 6: Direito das sucessões.
- DUARTE, Nestor et al. *Código civil comentado*. 6. ed. Barueri: Manole, 2012.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil – parte geral e LINDB*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1.
- GODINHO, Adriano Marteleto et al. *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017.
- MASSON, Cleber. *Direito penal*. 6. ed. São Paulo: Método, 2012. v. 1: Parte geral (arts. 1.º a 120).
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES FILHO, Julio César Gaberel de. *A pena de morte no Direito Penal Militar*: algumas considerações. Rio Grande, 2018. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2879>. Acesso em: 30 nov. 2018.

ROSENVALD, Nelson et al. *Código civil comentado*. 6. ed. Barueri: Manole, 2012.

RÜGER, André. *Conflitos familiares em genética humana*: o profissional da saúde diante do direito de saber e do direito de não saber. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RugerA_1.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2018.

SÁNCHEZ, Cristina Lopez. *Testamento vital y voluntad del paciente*: conforme a la Ley nº 41/2002, de 14 de noviembre. Madrid: Dykinson, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos de personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

VELOSO, Waldir de Pinho. *Registro civil das pessoas naturais*. Curitiba: Juruá, 2013.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial*: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WALD, Arnaldo. *Direito civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 6: Direito das sucessões.