Luciana Carone Nucci Eugenio Mahuad

Morte digna?
Direito à vida e autonomia privada

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Claudio Luiz Bueno de Godoy

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO – SP
2016

Luciana Carone Nucci Eugenio Mahuad

Morte digna?
Direito à vida e autonomia privada

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Civil, sob a orientação do Prof. Claudio Luiz Bueno de Godoy.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO – SP
2016

“Não deixe jamais que o seu senso moral o impeça de fazer o bem”

(Isaac Asimov)

Ao Universo, com imensa gratidão pela oportunidade.

Ao Professor Claudio, pela confiança e pela condução.

À família, pela inspiração e por tanto amor!

Resumo em português

MAHUAD, Luciana Carone Nucci Eugenio. Morte digna? Direito à vida e autonomia privada, 297 páginas. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 27 de novembro de 2016.

O presente trabalho se destina a analisar os diversos aspectos do direito à vida, mas digna (ou o direito à morte, quando a vida deixa de ser digna, o que envolve o direito de morrer com dignidade), enquanto direito da personalidade, e suas implicações jurídicas, notadamente no que diz respeito à eutanásia e à ortotanásia, ao lado da viabilidade do instrumento chamado de Diretivas Antecipadas de Vontade (Diretivas Escritas ou "Testamento Vital" e Procuração para Cuidados de Saúde), para culminar em uma proposta para regulamentação da matéria por lei.
Palavras-chave: Direito à vida digna. Direito da personalidade. Autonomia privada. Eutanásia. Ortotanásia. Diretivas antecipadas de vontade. Diretivas escritas. "Testamento vital". Procuração para cuidados de saúde.

Resumo em inglês

MAHUAD, Luciana Carone Nucci Eugenio. Dignified death? The right to life and private autonomy, 297 pages. Master dissertation – Faculty of Law, University of São Paulo. São Paulo, 27 of November, 2016.

The present work is intended to analyze the various aspects of the right to life, but to a dignified life (or the right to die, when life stops being dignified, which involves the right to die with dignity), as a personality right, and its legal implications, notably with regard to euthanasia and orthotanasia, alongside with the feasibility of the instrument called Advanced Directives (Living Will and Durable Power of Attorney), to culminate in a proposal for regulation of the matter by law.
Key-words: Right to a dignified life. Personality right. Private autonomy. Euthanasia. Orthotanasia. Advanced directives. Living will. Durable power of attorney.

Sumário

Introdução e motivos. 6
I. Direitos da Personalidade. 14
I.a. Evolução da dogmática jurídica dos direitos da personalidade. 57
I.b. Características. 69
I.c. Classificações. 81
II. Dignidade da pessoa humana e autonomia privada. 86
II.a. Dignidade. 86
II.b. Liberdade e autonomia. Igualdade e fraternidade. As duas faces da mesma moeda. 104
III. Direito à vida. 121
III.a. A morte. 121
III.a.1. A morte sob diferentes enfoques, com pertinência ao tema. 123
III.a.1.1. Filosofia, Religião e outras formas de compreensão... 123
III.a.1.2. Medicina. 133
III.a.1.3. A morte juridicamente considerada. 145
III.b. Direito à vida e sua tutela legal. 160
III.c. Direito à vida, mas digna, ou direito à morte digna (boa morte)? 166
IV. Formas de interferência no processo morte. 178
IV.a. Eutanásia. 182
IV.b. Distanásia e mistanásia. 200
IV.c. Ortotanásia. 204
V. Diretivas antecipadas de vontade (exercíveis por meio de "testamento vital ou biológico" ou pela constituição de um procurador para cuidados de saúde). 208
V.a. Conceito. 213
V.b. Direito Estrangeiro. 225
VI. Proposta para regulamentação da matéria por lei. Emenda ao Código Civil. 245
Conclusão. 272
Bibliografia. 280
Endereços eletrônicos e notas. 293

Introdução e motivos.

Para os romanos, que não diferenciavam a teoria da prática, o Direito, o *jus*[1], era a arte do bem e do justo[2], estando o seu fim último na realização da justiça verdadeira ou superior: as normas jurídicas, enquanto normas de comportamento ou de organização que emanam do Estado ou têm sua aplicação por ele garantida, existem justamente em virtude da necessidade de se estabelecer uma estrutura que possibilite a vida em sociedade, promovendo o livre desenvolvimento da pessoa humana em todas as suas virtualidades, bem como evitando e solucionando conflitos, garantindo segurança às relações sociais e jurídicas e realizando o justo e o bem comum[3].

Vale notar, por outro lado, que não "basta uma reunião de pessoas para que se tenha por constituída uma sociedade, sendo indispensável, entre outras coisas, que essas pessoas se tenham agrupado em vista de uma finalidade". No que diz respeito à sociedade humana, "que é a reunião de todos os homens e que, portanto, deve objetivar o bem de todos, a finalidade é o bem comum"[4].

Bem comum, porém, somente é possível, obviamente, pela realização do bem pessoal.

Afinal, não há como se falar em bem de todos quando se desconsidera o bem de cada um.

A melhor expressão para sintetizar a ideia de bem comum conquistado pela realização do bem de cada um está no termo africano Ubuntu, encontrado nas línguas Bantu do sudeste

---

[1] BONFANTE, Pietro. Diritto Romano, Firenze: Casa Editrice Libraria "Fratelli Cammelli", 1900, páginas 113 a 117.

[2] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. Rio de Janeiro: editora Forense, 2014, 16ª edição, página 81: "Lê-se, no *Digesto* (1, 1, 1, pr.), que Ulpiano considerava exata (*eleganter*) a definição de Celso: *ius est ars boni at aequi*... Há, ainda, os que pretendem (Dernburg e Monier) que, para Celso, o direito nada mais é do que a realização prática (*ars*) do bem comum (*bonum*) e da igual distribuição de justiça (*aequum*)". Pietro Bonfante confirma que a *aequitas*, enquanto concepção à qual se atribui igualmente um sabor filosófico e uma tendência humanitária a quebrar o rigor do Direito, e também na qual se manifesta uma infiltração do pensamento moderno em uma linguagem antiga, não corresponde à nossa equidade, ou seja, não representa uma temperância aportada à lei em um caso particular, por razões de humanidade e de doçura. Corresponde, em verdade, ao nosso conceito de justiça, de modo que a *aequitas* pode implicar tratamento mais duro e pena mais severa, se isto está em conformidade com a justiça (Historia Del Derecho Romano, volumen 1, Madrid: editora Revista de Derecho Privado, 1944, páginas 477 a 478, e Diritto Romano, Firenze: Casa Editrice Libraria "Fratelli Cammelli", 1900, páginas 116 a 117).

[3] AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. Rio de Janeiro: editora Renovar, 8ª edição, 2014, página 104.

[4] DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: editora Saraiva, 2013, 32ª edição, página 36.

africano como o isiZulu e o isiXhosa[5], o qual retrata uma visão particular africana de que uma pessoa somente consegue alcançar total realização quando interage com outra pessoa, de forma que não há satisfação para um sem que haja satisfação para todos[6].

Na definição dada por Nkem Ifejika, em artigo elaborado para o jornal The Guardian, Ubuntu significa "eu sou porque você é", "uma pessoa é uma pessoa através de outras pessoas"[7]. Nelson Mandela, por sua vez, explica que se trata de expressão com muitos significados, como o de prestação de auxílio voluntário ao próximo, mesmo que desconhecido, e de atuar de forma a melhorar não apenas o próprio viver, mas o de toda a comunidade[8].

É neste contexto que o Direito surge como criação nossa e se destina, justamente, a servir à pessoa humana e a sua comunidade, motivo pelo qual está fadado a se atualizar e aperfeiçoar segundo os ditames da realidade[9].

A Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale bem elucida tal ponto: o Direito, assim como a norma jurídica, se compõe de três dimensões: em seu aspecto normativo, o Direito é ordenamento e ciência. Em seu aspecto fático, o direito observa a sua efetividade social e histórica. Por fim, o direito cuida dos valores buscados pela sociedade, como a justiça, em seu lado axiológico. Neste contexto, "toda experiência jurídica pressupõe sempre três elementos:

---

[5] MBERIA, Kithaka wa. Ubuntu: Linguistic Explorations. International Journal of Scientific Research and Innovative Technology, Vol. 2, No. 1, January 2015, páginas 103 a 115, a página 106.

[6] LUTZ, D. African *Ubuntu* Philosophy and Global Management. Journal of Business Ethics, 84, 2009, pages 313-328.

[7] *In* http://www.theguardian.com/theguardian/2006/sep/29/features11.g2, com acesso em 17.05.2015. Entendimento próximo está no *sanatana dharma* das filosofias indianas, o qual representa a Verdade, as regras que regem a vida, o caminho do Divino, em que cada ser possui uma função para o seu bem e o bem do todo. Pedro Kupfer, um dos expoentes do Yoga no Brasil, explica que, "na visão do *sanatana dharma*, quando sei o que devo fazer, quando conheço meu papel no mundo e na sociedade, fico tranquilo. Quando consigo discernir o certo do errado, e deliberadamente escolher o certo, me fortaleço muito. Quando minhas ações estão alinhadas com o bem comum, fico em paz pois encontro o meu lugar na ordem das coisas. Cabe lembrar que, além do sentido de dever moral, a palavra *dharma* significa ainda, dentre outras coisas, ordem, ética, filosofia e harmonia" (Kant e o Dharma, 23 de agosto de 2011, *in* http://www.yoga.pro.br/artigos/1038/1/kant-e-o-dharma, com acesso em 14 de setembro de 2016).

[8] *In* http://embraceubuntu.com/2006/06/01/the-meaning-of-ubuntu-explained-by-nelson-mandela/, com acesso em 17.05.2015.

[9] "O Direito é um modo de resolver casos concretos. Assim sendo, ele sempre teve uma particular aptidão para aderir à realidade: mesmo quando desamparado pela reflexão dos juristas, o Direito foi, ao longo da História, procurando as soluções possíveis. A preocupação harmonizadora dos jurisprudentes romanos permitiu um passo da maior importância, que não mais se perderia: a procura incessante de regras pré-determinadas ou pré-determináveis para a resolução dos problemas. Assim, do Direito, se fez uma Ciência" (Introdução de Antonio Menezes Cordeiro à obra de Claus-Wilhelm Canaris, Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, Lisboa: editora Fundação Calouste-Gulbenkian, 4ª edição, 2008, páginas XXIV a XXV). O caminho percorrido pela propriedade, de direito absoluto da burguesia a instituto regido pela função social (atendimento ao particular e à própria coletividade), pode ser citado como um bom exemplo desta evolução necessária (Stefano Rodotà, Il terribile diritto – Studi sulla proprietà privata, Bologna: editora Il Mulino, 1990).

fato, valor e norma; ou seja, um elemento de fato, ordenado valorativamente em um processo normativo"[10].

Em outros termos, o "direito não possui uma estrutura simplesmente factual, como querem os sociólogos; valorativa, como proclamam os idealistas; normativa, como defendem os normativistas. Essas visões são parciais e não revelam toda a dimensão do fenômeno jurídico. Este congrega aqueles componentes, mas não em uma simples adição. Juntos vão formar uma síntese integrada na qual cada fator é explicado pelos demais e pela totalidade do processo"[11].

---

[10] NADER, PAULO. Introdução ao estudo do direito. Rio de Janeiro, Forense, 37ª edição, 2015, página 390. Santi Romano, *in* L'ordinamento giuridico (1918), editora Firenze, 1977, páginas 12, 15, 16, 96 e 97, confirma que o Direito não pode ser visto como regra de conduta, norma ou conjunto de normas ou, ainda, como uma soma aritmética de normas. O Direito é uma unidade concreta e efetiva, não apenas a norma dada, mas também a entidade da qual a norma é emanada. O processo de objetivação que dá lugar ao fenômeno jurídico não se inicia com a emanação de uma regra, mas sim em momento anterior: as normas são apenas uma manifestação, um meio distinto por meio do qual se faz valer o poder do 'eu' social. Em outros termos, deve ser enxergado não do ponto de vista das forças materiais que o produzem e o regram, não em relação ao ambiente no qual se desenvolve e vive como fenômeno interdependente com outros, e também não sociologicamente, mas em si e por si, o direito como si mesmo, enquanto entidade objetiva, que é o seu princípio, o seu reino e o seu fim: "non dal punto di vista delle forze materiali che lo producono e lo reggono, non in rapporto all'ambiente in cui si sviluppa e vive come fenomeno interdipendente con altri […] e quindi non sociologicamente, ma "in sé e per sé", allo scopo di "concludere il diritto in sé medesimo, cio è un'entità obiettiva, che è il suo principio, il suo regno e la sua fine". E, ainda: "quando […] si parla, per esempio, del diritto italiano o del diritto francese, non è vero che si pensi soltanto ad una serie di regole o che si presenti l'immagine di quelle fila di volumi che sono le raccolte ufficiali delle leggi e decreti. Ciò a cui si pensa, dai giuristi e, ancora di più, dai non giuristi, che ignorano quelle definizioni del diritto di cui parliamo, è invece qualche cosa di più vivo e di più animato: è, in primo luogo, la complessa e varia organizzazione dello Stato italiano o francese; i numerosi meccanismi o ingranaggi, i collegamenti di autorità e di forza, che producono, modificano, applicano, garantiscono le norme giuridiche, ma non si identificano con esse. In altri termini, l'ordinamento giuridico, così complessivamente inteso, muove, quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo della sua attività, che non un elemento della sua struttura" (Em tradução livre: "não do ponto de vista das forças materiais que o produzem e o regram, não em relação ao ambiente no qual se desenvolve e vive como fenômeno interdependente com outros (...) e também não sociologicamente, mas em "si e por si", com a finalidade de "concluir o direito em si mesmo, isto é, uma entidade objetiva, que é o seu princípio, o seu reino e o sim"; "quando (...) se fala, por exemplo, do direito italiano ou do direito francês, não é verdade que se pensa apenas em uma série de regras ou que se apresenta a imagem de uma fileira de volumes que são as compilações oficiais da lei e do direito. O que se pensa, por juristas e, mais ainda, por não juristas, que ignoram as definições do direito de que falamos, é, ao invés, algo muito mais vivo e mais animado: é, em primeiro lugar, a complexa e variada organização do Estado italiano ou francês; os inúmeros mecanismos e engrenagens, as ligações de autoridade e de poder, que produzem, modificam, aplicam, garantem a norma jurídica, mas não se identificam com ela. Em outras palavras, o ordenamento jurídico, assim globalmente entendido, move, quase como um peão em um tabuleiro de xadrez, as mesmas regras, que assim representam de forma satisfatória o objeto e também o meio de sua atividade, e não apenas um elemento de sua estrutura").

[11] NADER, PAULO. Op. cit. Introdução ao estudo do direito. Rio de Janeiro, Forense, 37ª edição, 2015, página 390. Judith Martins Costa, em seu artigo DIREITO E CULTURA: ENTRE AS VEREDAS DA EXISTÊNCIA E DA HISTÓRIA, *in* Revista do Advogado n. 61, a páginas 74 e 75, acrescenta que Miguel Reale concebeu a Teoria Tridimensional para ensinar que o ordenamento jurídico, "embora indubitavelmente normativo, não se apresenta tão–somente como um conjunto de normas, "e muito menos como um sistema de proposições lógicas". Diversamente, revela-se como um **processo** que se desenvolve na dimensão da historicidade e no qual se articulam as normas – momento culminante deste processo -, os fatos que estão em sua origem e os valores ou fins que constituem a sua razão de ser. Ocorre, assim, a correlação dialética entre os três fatores, correlação

O Direito, portanto, não pode ser visto com um sistema lógico e fechado[12], sem resultados concretos. A sua razão de ser está no providenciar soluções práticas à pessoa humana no seu dia-a-dia, tratando-se, assim, de ciência dinâmica, que acompanha as mudanças e se transforma para atender aos novos anseios sociais[13].

A pessoa, em consequência, é o valor central em torno do qual orbita a ciência do Direito.

O desenvolvimento nos conduziu a uma sociedade tecnológica, que domina muitas das forças da natureza, antes incontroláveis.

Como bem assevera Miguel Reale, "o que efetivamente caracteriza o homem moderno é a confiança em seus poderes demiurgos, em sua capacidade de penetrar nas leis da natureza, não pelo prazer estético-intelectual de expressá-las, mas pela necessidade de convertê-las em instrumento de seus projetos existenciais... Pois bem, a chamada revolução copernicana de Kant, pondo o sujeito pensante no centro do cosmos, significou, no fundo, uma forma de compensação para a perda da terra como centro do cosmos. Situado na terra e a ela vinculado, o homem *pensa* o universo e, através de suas categorias mentais e dos enlaces de suas cogitações, subordina o universo ao vértice de sua subjetividade, certo de poder atuar sôbre êle e de ajustá-lo pragmàticamente às coordenadas de seu pensar e querer"[14].

---

fático-axiológica normativa apresentada, contudo, no terreno chão da experiência e não no plano das idealizações abstratas. Os valores integram o Direito e o próprio conhecimento do Direito, dirigem o olhar do sujeito que o valora e escolhe as suas soluções... E o Direito, que é experiência, apresenta-se como concreção justamente porque o processo de co-implicação entre tempo e valor opera na história e, portanto, deve ser visto em sua **concretitude**. Esta, diz Reale, "põe-se no plano filosófico ou transcendental como momento da ontognoseologia jurídica e do historicismo axiológico (...) mas se realiza como modalidade de estruturas sociais, ou modelos jurídicos no plano empírico da experiência do Direito". Articula, assim, à Teoria Tridimensional, a Teoria dos Modelos que explicará como os valores atuam, dinâmica e concretamente, nas situações da vida".

[12] "Longe de ser uma aberração, como pretendem os críticos do pensamento sistemático, a ideia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para generalização. Acontece ainda que outro valor supremo, a *segurança jurídica*, aponta na mesma direção. Também ela pressiona, em todas as suas manifestações – seja como determinabilidade e previsibilidade do Direito, como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente como praticabilidade da aplicação do Direito – para a formação de um sistema, pois todos esses postulados podem ser muito melhor prosseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, portanto um Direito ordenado em sistema, do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e em demasiado fácil contradição umas com as outras". (CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, Lisboa: editora Fundação Calouste-Gulbenkian, 4ª edição, 2008, página 22).

[13] COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. São Paulo: editora Martins Fontes, 1995, página 318: "Não é da natureza do direito ser absoluto e imutável; modifica-se e transforma-se, como toda a obra humana. Cada sociedade tem o seu direito, com ela se formando e se desenvolvendo, como ela se transformando e enfim seguindo sempre o movimento das suas instituições, dos seus costumes e das suas crenças".

[14] REALE, Miguel. Pluralismo e Liberdade. São Paulo, editora Saraiva, 1963, páginas 06 e 07.

Por outro lado, a quarta era dos direitos, na expressão de Noberto Bobbio, a qual se funda na biomedicina e nas novas comunicações, produzindo a sociedade de informação (ou de comunicação, como querem alguns, como Silmara Chinellato[15]), sociedade esta também marcada pela maior amplitude dos círculos individuais e sociais e por um forte viés capitalista-consumista, em que tudo tem valor monetário e tudo se quer e se pode comprar, trouxe grande impacto para a proteção dos direitos da personalidade. Isto porque em muito aumentou as hipóteses em que tais direitos podem ser violados, acentuando o seu embate com outros direitos, muitos dos quais também constitucionalmente garantidos, e dificultando a já tênue delimitação entre o público e o privado.

De fato e como mais uma vez já bem apontava Miguel Reale, ainda que há cinquenta anos, "jamais o homem se sentiu tão aflito, tão ameaçado; tão rico de saber e de ciência e, no entanto, tão carecedor de segurança e tranquilidade. O mundo em que hoje vivemos, se nos surpreende, por certo decepcionaria aos pensadores do século passado, os quais, confiantes nos progressos das ciências e da técnica, se julgavam em condições de vaticinar uma época tranquila, pela multiplicação dos bens materiais, pela disseminação do saber, pela possibilidade de comunicação mais pronta entre os povos, por tôdos aqueles elementos que sem dúvida alguma representam os benefícios da civilização chamada burguesa. Infelizmente, verificamos que assim não aconteceu. Haverá porventura quem não perceba, se não a angústia, pelo menos a inquietação e a perplexidade do homem no dealbar da era interplanetária? Desvendamos, é certo, prodigiosos mistérios da natureza, penetramos nos refolhos do átomo e descemos a camadas do ser que antes pareciam insondáveis; elevamo-nos a altitudes jamais sonhadas, e, imitando o Criador, acrescentamos pretensiosos satélites ao nosso já pequeno planêta. Mas, se dominamos cada vez mais a natureza, esse domínio parece aumentar cada vez mais os motivos de preocupação sobre o destino da espécie"[16].

Justamente em virtude de um controle maior sobre a natureza, o ser humano, atualmente, vive mais e conta com maior possibilidade de sobrevivência face a inúmeros desafios, inclusive doenças graves, perda de órgãos e parada de sistemas vitais ou até mesmo de todo o funcionamento metabólico, restando apenas pequena atividade cerebral.

---

[15] CHINELLATO, Silmara. Pessoa natural e novas tecnologias. Aula magna na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Nova série. Ano 14. N. 27. Jan./jun.2011.

[16] REALE, Miguel. Op. cit. Pluralismo e Liberdade. São Paulo, editora Saraiva, 1963, páginas 15 e 16.

Mas é também este maior número de possibilidades que traz uma série de questionamentos não só de ordem moral e ética, mas também jurídica.

Questão pulsante e extremamente atual: assim como existe o direito à vida, base de todos os demais direitos do homem, sejam eles classificados como direitos inatos ou positivos ou, ainda, como direitos humanos, garantias fundamentais ou direitos da personalidade, haveria também um direito à morte? Qualificar-se-ia tal direito como um direito da personalidade? Possuiria a pessoa humana autonomia para decidir quando interromper sua experiência de vida neste mundo, inclusive celebrando negócio jurídico com este objetivo?

E o que são direitos qualificáveis como direitos da personalidade? Deveria o seu conceito ser construído em torno de seus elementos próprios e comuns ou de acordo com sua finalidade precípua, de proteção da dignidade humana, de garantia do pleno desenvolvimento da pessoa humana?

A autonomia privada ou esfera de liberdade de que dispõe o agente no âmbito do direito privado, enquanto poder de regular, pelo exercício de sua própria vontade, os atos e as relações de que participa, estabelecendo o seu conteúdo e a respectiva disciplina jurídica, é uma das manifestações da dignidade da pessoa humana. Seria ela fundamento suficiente para se reconhecer a validade jurídica das diretivas antecipadas de vontade (exercíveis por meio de "testamento vital ou biológico" ou procuração), notadamente diante da regra do artigo 1.857, § 2º, do Código Civil brasileiro em vigor, aplicável à hipótese por analogia, que autoriza a elaboração de testamento sem conteúdo patrimonial? Ou a limitação imposta à autonomia privada pelo artigo 11 do Código Civil brasileiro, o qual dispõe que os direitos da personalidade, salvo as devidas exceções previstas em lei, são irrenunciáveis e intransmissíveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, é obstáculo intransponível para a elaboração ou utilização de diretivas antecipadas de vontade, envolvendo o direito à vida? Em outros termos, poderia a pessoa dispor sobre o seu direito da personalidade mais fundamental por meio de "testamento", regulando o tipo de tratamento médico que deseja receber em caso de doença incurável ou quando em estágio terminal, determinando até mesmo a sua duração ou intensidade? E poderia ela, ainda, optar por não se tratar ou receber mero amparo contra o sofrimento no aguardo da morte?

Este trabalho se destina a analisar os diversos aspectos do direito à vida, mas digna (ou o direito à morte, quando a vida deixa de ser digna, o que envolve o direito de morrer com

dignidade), enquanto direito da personalidade, e suas implicações jurídicas, notadamente no que diz respeito à eutanásia e à ortotanásia, ao lado da viabilidade das Diretivas Antecipadas de Vontade (Diretivas escritas ou "testamento vital" e procuração para cuidados de saúde), para culminar em uma proposta para regulamentação da matéria por lei.

Afinal, há muito se reconhece que as "boas leis civis são o maior bem que os homens podem dar e receber; elas são a fonte de costumes, o paládio da prosperidade e a garantia de toda paz pública e particular; se elas não fundam o governo, elas o mantém; elas moderam o poder e contribuem para que ele seja respeitado, como se ele fosse a própria justiça. Elas atingem cada indivíduo, elas se misturam às principais ações morais do povo e são sempre parte de sua liberdade; enfim, elas consolam cada cidadão dos sacrifícios que a lei política comanda a ele pela cidade, protegendo-o quando necessário, no que diz respeito à sua pessoa e aos seus bens, como se ele só fosse a cidade inteira"[17].

Em outros termos, "somente as normas de direito podem assegurar as condições de equilíbrio imanentes à própria coexistência dos seres humanos, possibilitando a todos e a cada um o pleno desenvolvimento de suas virtualidades e a consecução e o gozo de suas necessidades sociais, ao regular a possibilidade objetiva das ações humanas"[18].

Note-se que normas são necessárias não apenas para a coexistência humana, mas também para a sustentabilidade de toda existência, que envolve os demais seres vivos e o meio ambiente. Incumbe ao homem, justamente por possuir maior consciência e responsabilidade, normatizar comportamentos, com vistas a adequá-los, dentro do respectivo momento histórico vivido, à busca do bem comum e dos anseios da sociedade. E é dentro de tal contexto que se torna ainda mais compreensível a necessidade de adoção de normas legais que disciplinem as peculiaridades suscitadas pelo progresso tecnológico, com controle de práticas para que não

[17] Discours préliminaire du premier projet de code civil Français, *in* http://www.justice.gc.ca/fra/apd-abt/gci-icg/code/index.html, em 23 de agosto de 2014: "De bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir, elles sont la source des moeurs, le palladium de la prosperité et la garantie de toute paix publique et particulière; si elles ne fondent pas le gouvernement, elles le maintiennent; elles modèrent la puissance et contribuent à la faire respecter, comme si elle était déjà la justice elle même. Elles atteignent chaque individu, elles se mêlent aux principales actions morales du peuple et toujours elles font partie de sa liberté; enfin elles consolent chaque citoyen des sacrifices que la loi politique lui commande pour la cité, en le protégeant quand il le faut, dans sa personne et dans ses biens, comme s'il était lui seul la cité tout entière".

[18] DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil, volume 1, São Paulo: editora Saraiva, 2015, 32ª edição, página 21.

haja desrespeito a direitos fundamentais[19].

A ausência de regulamentação da matéria no "novo" Código Civil de 2002, e a especificidade da Lei n. 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, a qual dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, abordando apenas alguns aspectos do assunto, mas com finalidade bastante específica, ao lado das tentativas já iniciadas pelo Conselho Federal de Medicina de indicar parâmetros mínimos de segurança para a atuação médica, face à morte iminente ou inafastável de seus pacientes, confirmam a urgência e utilidade do tema.

[19] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de Bioética e Biodireito. São Paulo: editora Atlas, 2ª edição, 2013, página 33.

I. Direitos da Personalidade.

Carlos Alberto Bittar explica que as divergências doutrinárias sobre o tema começam já pela própria denominação de tais direitos. Tobeñas os identifica como "direitos essenciais da pessoa" ou "direitos subjetivos essenciais", apontando, ainda, outros termos: "direitos da personalidade" (por Gierke, Ferrara e autores mais modernos); "direitos à personalidade" ou "essenciais" ou "fundamentais da pessoa" (Ravà, Gangi, De Cupis); "direitos sobre a própria pessoa" (Windscheid, Campogrande); "direitos individuais" (Kohler, Gareis); "direitos pessoais" (Wachter, Bruns); "direitos personalíssimos" (Pugliatti, Rotondi). Mais comum, porém, é o título "direitos da personalidade", utilizado por Adriano De Cupis, Orlando Gomes, Limongi França, Antonio Chaves, Orozimbo Nonato e Anacleto de Oliveira Faria[20].

Orlando Gomes retrata a mesma impressão, ao esclarecer que são antigas as hesitações da doutrina quanto ao seu conceito, natureza, conteúdo e extensão. No início, não era pacífica sequer sua identificação: "direitos individuais" (Kohler), "direitos sobre a própria pessoa" (Windscheid), "direitos pessoais" (Wachter), "direitos de estado" (Muhlenbruch), "direitos originários", "direitos inatos", "direitos personalíssimos", embora se acentuasse, com o tempo, a preferência pela expressão "direitos de personalidade", empregada por Gierke. Em nota de rodapé, esclarece, ainda, que preferiram, a expressão direitos de personalidade, os escritores italianos. Já no Direito Brasileiro, Eduardo Espínola denominava-os "direitos personalíssimos", enquanto Limongi França, em recente obra, chamara-os "direitos da personalidade"[21]. Os sinais, porém, confirmavam a preferência pela expressão "direitos da personalidade", como utilizada pelos Projetos francês e brasileiro[22].

Fabio Maria de Mattia acrescenta que "os especialistas alemães, na segunda metade do século XIX, cognominaram os direitos da personalidade como *Individualrechte, Personalitätsrechte, Individualitätsrechte e Personlichkeitsrechte.* Outras denominações usadas são: 'Direitos essenciais ou fundamentais da pessoa', 'Direitos da própria pessoa', 'Direitos de Estado', 'Direitos Personalíssimos'. Uma denominação bem antiga é a de direitos inatos, utilizada pela Escola do Direito Natural. ARTURO VALENCIA ZEA os chamou de

[20] BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. São Paulo: editora Saraiva, 8ª edição, 2015, páginas 30 e 31.
[21] FRANÇA, Limongi. Manual de Direito Civil, volume 1o, São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1966, página 325.
[22] GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Forense, 18ª edição, 2001, página 150.

'derechos de personalidad o humanos'"[23].

Mas consagrada há quase um século está a expressão 'direitos da personalidade', havendo, ainda, a expressão 'direitos privados da personalidade', que "apresenta, em certas circunstâncias, a vantagem de frisar o aspecto **privado** desses Direitos, uma vez que, até a sua definição pelos juristas alemães, só se lhes reconhecia a tutela **pública**, através do Direito Constitucional e do Direito Penal"[24].

Os direitos da personalidade envolvem as faculdades jurídicas que têm por objeto os diversos aspectos da própria pessoa do titular, assim como seus prolongamentos e projeções[25]. Versam, portanto, sobre a própria pessoa e seus reflexos, sendo reconhecidos à pessoa física e atribuídos à pessoa jurídica[26], por força de fundamento legal, jurisprudencial e doutrinário[27], e se compreendem como direitos absolutos - oponíveis *erga omnes*, e essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, já que destinados a resguardar a dignidade dela[28].

São, em outros termos, direitos existenciais inerentes à pessoa humana[29], certas prerrogativas individuais, que, aos poucos, foram sendo reconhecidas pela doutrina e pelo ordenamento jurídico, bem como protegidas pela jurisprudência, com apoio na ideia de que, "a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou o crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica"[30].

Nos dizeres de Diogo Leite de Campos, "o estatuto jurídico da pessoa depende, nos seus traços fundamentais, da personalidade, do ser pessoa. Assim, os direitos humanos (da personalidade, de ser humano) decorrem do valor moral da pessoa e da dignidade de ser

---

[23] MATTIA, Fábio Maria. Direitos da personalidade: aspectos gerais. Revista Forense, vol. 262, ano 74, abril a junho de 1978, páginas 79 a 88, a página 80.

[24] FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade, coordenadas fundamentais. São Paulo: Revista do Advogado, n. 38, dezembro de 1992, páginas 05 e 06.

[25] Id., página 05.

[26] No Direito Brasileiro, há determinação expressa da proteção dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas, no que couber (artigo 52 do Código Civil brasileiro).

[27] MORATO, Antonio Carlos. Quadro Geral dos Direitos da Personalidade. Revista da Faculdade de Direito (USP), v. 106-107, 2012, páginas 121 a 158.

[28] GOMES, Orlando. Op. cit. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Forense, 18ª edição, 2001, páginas 148 a 150: "Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade".

[29] TARTUCE, Flávio. A questão do Testamento *Vital* ou *Biológico*. Primeiras Reflexões. Direito de Família, Novas Tendências e Julgamentos Emblemáticos. Caetano Lagrasta Neto, Flávio Tartuce e José Fernando Simão. São Paulo: editora Atlas, 2ª edição, 2012, página 10.

[30] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume I, Parte Geral, São Paulo: editora Saraiva, 7ª edição, 2009, página 153.

pessoa"[31].

Em sentido próximo, se manifestam Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, que identificam os direitos da personalidade como "as características que distinguem o ser humano, ao mesmo tempo em que integra a sociedade e o gênero humano; são características que configuram pressupostos da própria existência da pessoa"[32], bem como Carlos Alberto da Mota Pinto, para quem tais direitos incidem sobre os vários modos de ser físicos ou morais da pessoa, compondo um "*círculo de direitos necessários; um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa*"[33].

Famosa é a definição de Gierke, na citação de Orlando Gomes, "segundo a qual são os direitos que asseguram ao sujeito o domínio sobre uma parte da própria esfera da personalidade. Procedente, no entanto, a crítica de Dernburg, porque a honra não dá esse domínio sobre a própria pessoa, que seria a nota distintiva desta categoria. Seriam, como os conceitua Ferrara, faculdades específicas sobre diferentes partes de nossa esfera pessoal. Frederico de Castro define-os como os direitos que concedem um poder às pessoas para protegerem a essência de sua personalidade e suas qualidades mais importantes"[34].

Já para António Menezes Cordeiro, são direitos que "exprimem posições jurídicas protegidas pelo Direito objetivo", correspondendo a aspectos específicos de uma pessoa, efetivamente presentes, e suscetíveis de serem desfrutados pelo próprio. "Tais posições têm uma particularidade: reportam-se, diretamente, à própria pessoa tutelada. Estão em causa, designadamente, realidades como a vida, a integridade física e moral, o bom nome, a honra e a privacidade do próprio sujeito"; "têm, assim e logo à partida, a estranha configuração de implicarem direitos virados para o titular que deles beneficia". "A ideia de bem de personalidade", porém, "é tanto mais útil quanto mais preciso e delimitado for o seu universo"[35].

---

[31] CAMPOS, Diogo Leite de. A capacidade sucessória do nascituro. Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas, v. 5, p. 1-8, 2013, ISSN 2175-4853, página 01 (*in* file:///F:/Mestrado/Direitos%20da%20Personalidade/Livros-junho/nascituro-diogo-de-campos.pdf, com acesso em 02 de junho de 2015).

[32] MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. Curso de Direito Civil, volume 1. São Paulo: editora Saraiva, 42ª edição, 2009, página 64.

[33] PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Privado. Coimbra: editora Coimbra, 4ª edição, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2005, páginas 100 a 101.

[34] GOMES, Orlando. Op. cit. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Forense, 18ª edição, 2001, páginas 150.

[35] CORDEIRO, António Menezes. Op. cit. Tratado de Direito Civil IV. Parte Geral: Pessoas. Coimbra: editora Almedina, 3ª edição, 2011, páginas 45 e 101. Segundo o doutrinador, decompondo a noção por ele apresentada, temos: a) aspectos específicos: o bem será sempre algo de delimitado, para poder suportar um direito subjetivo;

Carlos Alberto Bittar acrescenta que os direitos da personalidade são conceituados pela maioria dos autores – Puchta, Windscheid, Chironi, Campogrande, Ravà, Fadda e Bensa, Ruiz Tomás, como poderes que o homem exerce sobre a própria pessoa (objeto do direito: o próprio homem). Outros doutrinadores os definem como direitos sem sujeito, "assinalando que se não deve buscá-los na pessoa, mas nos demais indivíduos, que os devem respeitar, como Ferrara. Nesse sentido, a colocação como direito à inviolabilidade da pessoa, de Vanni. A tese prevalecente considera que são direitos ínsitos na pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral. Daí são dotados de certas particularidades, que lhes conferem posição singular no cenário dos direitos privados..."[36].

Rosa Nery se orienta, por outro lado, de acordo com o posicionamento de Walter Moraes, que identificou como uma confusão lógica o reconhecimento de que o direito da personalidade teria por objeto elementos que compõem a própria pessoa, já que algo não pode ser, ao mesmo tempo, objeto e sujeito de direito. Como poderia, portanto, ser definido como direito da pessoa se todos os direitos são da pessoa, sujeito de direito? Para Walter Moraes, "o *homem* (substância independente = suposto = hipóstase = pessoa) é sempre *sujeito de direito*. Os objetos básicos dos direitos da personalidade (que não estão no sujeito) são os componentes da natureza individual do homem, estando na natureza do homem (na própria humanidade do ser humano) e não na pessoa: a) o *corpo* (substância pendente); b) a *alma* (substância dependente); c) as *potências* (*dynamis*) (vegetativa, sensitiva, locomotiva, apetitiva, intelectiva); d) os *atos* (potência realizada)". Por isso, seria inadequada a expressão direitos da personalidade, já que esses objetos de direito não são inerentes à personalidade, mas à humanidade de cada um, sujeitos de direito[37].

---

assim, a própria pessoa não opera como bem delimitado, sob pena de termos um único direito de personalidade, com prejuízo para níveis analíticos importantes do sistema; b) de uma pessoa: estão em causa bens de personalidade e não quaisquer outros, ainda que vitais: assim, o bem "vida" não abrange o bem "alimentos", embora estes sejam essenciais àquela; c) efetivamente presentes: a vantagem futura, mesmo quando tutelada pelo direito, não constitui algo de uma pessoa: uma carreira ou uma promoção podem, quando afetadas, dar azo a danos morais indenizáveis: não são, todavia, bens de personalidade; d) suscetíveis de serem desfrutados pelo próprio: o bem de personalidade opera como algo de "egoísta" ou "introvertido": o dano provocado noutro, por relevantes sofrimentos que cause ao próprio, não atinge um direito de personalidade deste (página 101). Tais direitos são marcados por uma dupla inerência: uma dupla e indissociável ligação do direito da personalidade ao seu titular e ao seu objeto (páginas 108 a 109).

[36] BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit. Os Direitos da Personalidade. São Paulo: editora Saraiva, 8ª edição, 2015, páginas 34 e 35.

[37] NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Dano moral e patrimonial: Fixação do valor indenizatório. *In* NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade, organizadores. Responsabilidade civil, volume 2. Direito de obrigações e direito negocial. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2010, página 1.047.

Neste contexto, não deveriam ser tratados pela teoria geral do direito privado, a quem incumbe o estudo da pessoa (sujeito de direito), mas, sim, em livro especial e enquanto direitos da humanidade, por versarem sobre objetos que estão na humanidade total do homem (e não da personalidade, por não estarem na pessoa)[38].

Para Melo Alexandrino, são situações jurídicas básicas do homem, reconhecidas na lei civil[39].

Adriano De Cupis, por sua vez, defende que devem ser entendidos como direitos subjetivos que têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais da pessoa: a vida, a integridade física, a liberdade e outros que constituem o que somos. Afinal, "não se vê porque razão o legislador deveria limitar-se a proteger a categoria do *ter*, deixando de fora a categoria do *ser*, tanto mais que esta última abraça... os bens mais preciosos relacionados à pessoa"[40].

Segundo Simón Carrejo, "en el lenguaje jurídico actual la expresión 'derechos de la personalidad' tiene significado particular, referido a algunos derechos cuya función se relaciona de modo más directo con la persona humana, pués se dirigen a la preservación de sus más íntimos e imprescindibles intereses. En efecto, esos derechos constituyen un mínimo para asegurar los valores fundamentales del sujecto de derecho; sin ellos, la personalidad quedaría incompleta e imperfecta, y el individuo, sometido a la incertidumbre en cuanto a sus bienes jurídicos fundamentales… Puede decirse que los derechos de la personalidad son los derechos subjetivos de carácter privado y no patrimonial, primordiales y absolutos através de los cuales el ordenamiento reconoce y tutela los intereses básicos e inherentes a la persona en si misma considerada"[41].

Já nos dizeres de Francisco Amaral, são construção teórica recente, enquanto "direitos subjetivos ou melhor, situações jurídicas existenciais que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, de natureza física, moral e intelectual. Como direitos ou situações jurídicas subjetivas, conferem ao seu titular o poder de agir na defesa dos bens ou valores essenciais da personalidade, que compreendem, no seu aspecto físico, o direito à vida e ao próprio corpo; no aspecto intelectual, o direito à liberdade de pensamento, direito de autor e de inventor; e no

[38] Id. página 1048.
[39] ALEXANDRINO, José Alberto de Melo. Direitos fundamentais - introdução geral. Estoril: editora Princípia, 2007, página 32.
[40] CUPIS, Adriano De. Os Direitos da Personalidade. São Paulo: editora Quorum, 2ª edição, 2008, páginas 31 e 34.
[41] MATTIA, Fábio Maria. Op. cit. Direitos da personalidade: aspectos gerais. Revista Forense, vol. 262, ano 74, abril a junho de 1978, páginas 79 a 88, a páginas 79 e 80.

aspecto moral, o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem, à identidade e, ainda, o direito de exigir de terceiros o respeito a esses direitos. A tutela dos direitos da personalidade... é de natureza constitucional, civil e penal, tendo como suporte básico o princípio fundamental expresso no art. 1º, III, da Constituição Brasileira, o da dignidade da pessoa humana. Significa que este princípio, que orienta e legitima o sistema jurídico de defesa da personalidade, que a pessoa humana é o fundamento e o fim da sociedade, do Estado e do direito e como tal, a eles preexistente"[42].

Diante da multiplicidade de conceitos sobre os direitos da personalidade e a antiga dificuldade em se identificar a sua natureza e seu fundamento jurídico, e também porque relevante para a exposição que seguirá, parece-nos importante determinar o que efetivamente são em termos científicos.

Para tanto e de início, vale registrar que Francisco Amaral, em edições anteriores de sua obra, como na 5ª edição (2003), identificava os direitos da personalidade como direitos subjetivos apenas. Em edições mais recentes, acrescentou os termos "situações jurídicas existenciais", como citado.

Segundo Orlando Gomes, "situação jurídica é toda categoria geral que se especifica numa relação jurídica, ou numa qualificação. Tanto é situação jurídica ter alguém se obrigado a pagar determinada quantia, como possuir o estado de cônjuge. No sentido mais amplo, a situação jurídica é gênero do qual a relação jurídica constitui uma das espécies. A diferença é de especificação e caracterização, mas como a relação jurídica é conceito genérico, pode-se dizer que a relação jurídica é a mais importante figura de uma categoria genérica: a situação jurídica. Nesta categoria, entram os direitos subjetivos, os direitos potestativos e as expectativas de direito". Relação jurídica, por sua vez, é o vínculo entre dois ou mais sujeitos de direito que obriga um deles, ou os dois, a ter certo comportamento, sendo também o poder direito de uma pessoa sobre uma coisa. Em um segundo aspecto, é o quadro no qual se reúnem todos os efeitos atribuídos por lei a esse vínculo, ou a esse poder: "é o conjunto dos efeitos jurídicos que nascem de sua constituição, consistentes em direitos e deveres – com estes, entretanto, não se confundindo" [43].

[42] AMARAL, Francisco. Op. cit. Direito Civil: Introdução. Rio de Janeiro: editora Renovar, 8ª edição, 2014, páginas 301 e 302.
[43] GOMES, Orlando. Op. cit. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Forense, 18ª edição, 2001, páginas 102 e 104.

Para Paulo Nader, com força em Miguel Reale, o direito subjetivo seria espécie do gênero *situação jurídica*, enquanto a possibilidade de ser, pretender ou fazer algo, de maneira garantida, nos limites atributivos das regras de direito. Já interesse legítimo, poder e faculdade seriam as outras espécies[44].

Orlando Gomes esclarece que "a relação entre direito subjetivo e direito objetivo, segundo a concepção jusnaturalista, é de preexistência daquele. O direito objetivo teria função de garantir, pela coação, direitos subjetivos. A concepção positivista sustenta, ao contrário, que os direitos subjetivos são criações do direito objetivo. Direito subjetivo é a faculdade de agir - *facultas agendi*, direito objetivo, norma de ação - *norma agendi*. Um não pode existir sem o outro, porque, se é inconcebível a existência de direitos subjetivos sem uma ordem jurídica, não se pode imaginar ordem jurídica sem direitos subjetivos (A. Von Thur)"[45].

Conciliando as definições conhecidas, na busca de um conceito funcional, elaborado para facilitar a descrição das normas e das situações jurídicas (e ainda que consideradas as críticas quanto à sua substância), o doutrinador baiano assevera que o direito subjetivo pode ser compreendido como "um interesse protegido pelo ordenamento jurídico mediante um poder atribuído à vontade individual", designando tanto a faculdade de agir como o poder conferido ao sujeito para que possa alcançar determinado fim. São, nos dizeres de Santi Romano, manifestações voluntárias que se desenvolvem em relações particulares, com certo objeto ou em relações singulares com certas pessoas, das quais pode o sujeito exigir uma ação ou omissão. "Pressupõem uma relação humana e compreendem os poderes próprios da respectiva relação jurídica. Torna-se fácil, desse modo, caracterizá-las: basta verificar se a manifestação subjetiva se exterioriza sob a forma de pretensão, ou do poderio, a que corresponda sujeição de outrem"[46].

Segundo Léon Duguit, duas coisas diferentes, mas intimamente interpenetradas, são designadas pela mesma palavra – *direito*: o direito objetivo, ou a regra de direito, que é a norma de conduta que se impõe aos indivíduos que vivem em sociedade, norma cujo respeito se considera, num momento dado, pela sociedade, como a garantia do interesse comum e cuja violação determina reação coletiva contra o responsável, e o direito subjetivo, que é o poder do indivíduo, que vive em sociedade, de obter o reconhecimento social do objeto pretendido,

[44] NADER, Paulo. Op. cit. Introdução ao estudo do direito. Rio de Janeiro, Forense, 37ª edição, 2015, página 308.
[45] GOMES, Orlando. Op. cit. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Forense, 18ª edição, 2001, páginas 107 a 110.
[46] Id., páginas 102, 103 e 108.

quando o motivo que determina o seu ato de vontade é um fim considerado legítimo direito objetivo[47].

Duguit adverte, porém, que "estas expressões direito objetivo e direito subjetivo são hoje correntes na terminologia jurídica. São geralmente empregadas, desde há muito tempo, pelos jurisconsultos alemães e, há alguns anos, adquiriram direito de cidade na literatura jurídica da França. Há quem lamente e critique o fato, que considera desdenhosamente uma importação da Alemanha. Não nos preocupamos com palavras; mas emprenhamo-nos em fazer a distinção que elas exprimem e que os jurisconsultos franceses, durante muito tempo, não fizeram tão nitidamente quanto deviam. No fim das contas, as expressões *direito objetivo* e *direito subjetivo* são cômodas, e, assim, consideradas, o seu emprego é inteiramente legítimo".

Capelo de Souza ensina que, para São Tomás, na linha de Aristóteles, qualquer uma das categorias da lei refletia direito objetivo e era expressão de ordens a serem respeitadas ou realizadas pelo homem, sendo que seus centros de gravidade se situavam para além dele, a ponto de o cerne de suas reivindicações não se assentar na compreensão de si mesmo, como entidade humana, mas, sim, na perspectiva de defesa do seu particular estatuto jurídico face à distribuição social geral. Em oposição e na esteira do voluntarismo de Platão e de Santo Agostinho, maior relevo é dado às ideias de liberdade e de individualidade, com abertura de espaço para a teoria do contrato social: o *ius* passa a ser entendido como poder da vontade individual, germinando, assim, a ideia de direito subjetivo[48].

Maria Helena Diniz, por sua vez, afirma que "o direito objetivo é o complexo de normas jurídicas que regem o comportamento humano, de modo obrigatório, prescrevendo uma sanção no caso de sua violação (*jus et norma agendi*)"[49].

Já o direito subjetivo, nos dizeres de Goffredo Telles Jr., "é a permissão dada por meio de norma jurídica, para fazer ou não fazer alguma coisa, para ter ou não ter algo, ou, ainda, a autorização para exigir, por meio dos órgãos competentes do poder público ou por meio de processos legais, em caso de prejuízo causado por violação de norma, o cumprimento da norma infringida ou a reparação do mal sofrido. Infere-se, daí, que duas são as espécies de direito

[47] DUGUIT, Léon. Fundamentos do Direito. Tradução de Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: editora Sergio Antonio Fabris, 2005, páginas 09 e 10.
[48] CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A.. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: editora Coimbra, 1ª edição (Reimpressão), 2011, página 62.
[49] DINIZ, Maria Helena. Op. cit. Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil, volume 1, São Paulo: editora Saraiva, 2015, 32ª edição, página 24.

subjetivo: a) o *comum da existência*, que é a permissão de fazer ou não fazer, de ter ou não ter alguma coisa, sem violação de preceito normativo, e b) o *de defender direitos*, que é autorização de assegurar o uso do direito subjetivo, de modo que o lesado pela violação da norma está autorizado por ela a resistir contra a ilegalidade, a fazer cessar o ato ilícito, a reclamar reparação pelo dano e a processar criminosos, impondo-lhes pena. Essas autorizações são permissões concedidas pela coletividade, por meio de normas de garantia, que são as normas jurídicas" [50].

Embora se costume dizer que direito subjetivo é *facultas agendi*, faculdades humanas não são direitos. São, em verdade, qualidades próprias do ser humano, potências que o dispõem a agir, possibilidades, as quais independem de norma jurídica para sua existência, competindo à norma jurídica ordenar tais faculdades humanas: o uso dessas faculdades é lícito ou ilícito, conforme for permitido ou proibido. Direito subjetivo seria, justamente, a permissão para uso das faculdades humanas[51].

Ainda que a correlação existente entre o direito objetivo e o direito subjetivo seja nítida, inconfundíveis são os institutos: "o direito objetivo é sempre um conjunto de normas impostas ao comportamento humano, autorizando-o a fazer ou a não fazer algo. Estando, portando, fora do homem, indica-lhe o caminho a seguir, prescrevendo sanção em caso de violação. O direito subjetivo é sempre permissão que tem o ser humano de agir conforme o direito objetivo. Um não pode existir sem o outro. O direito objetivo existe em razão do subjetivo, para revelar a permissão de praticar atos. O direito subjetivo, por sua vez, constitui-se de permissões e autorizações dadas por meio do direito objetivo" [52].

Por inspiração positivista, desenvolveu-se, por meio de Duguit, a doutrina que contesta o direito subjetivo, por ser o seu conceito metafísico, já que fundado na vontade humana, a qual podia ser analisada objetivamente, e por ele não corresponder à realidade dos fatos. Seria, assim, substituído pela ideia de função social[53].

Com a colaboração de G. Jèze, passou-se a defender que "o Direito tem por fundamento a interdependência social, motivo por que o homem não tem direito, mas, apenas,

---

[50] TELLES JR., Gofredo. Direito Subjetivo I. Enciclopédia Saraiva de Direito, Coordenador Limongi França. São Paulo: editora Saraiva, 1977, v. 28, página 298.

[51] Id., a páginas 300 a 303. DINIZ, Maria Helena. Op. cit. Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil, volume 1, São Paulo: editora Saraiva, 2015, 32ª edição, página 25: "Como se vê, a chamada *facultas agendi* é anterior ao direito subjetivo. Primeiro, a faculdade de agir, e, depois, a permissão de usar essa aptidão".

[52] Id., página 27.

[53] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato. Conceito e critérios de aplicação. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v.42, n.168, páginas 197-213, outubro/dezembro de 2005 (página 199).

deveres. Existem unicamente situações jurídicas em que se encontram as pessoas, ativa ou passivamente. Ou podem exigir alguma coisa, de acordo com a lei, ou devem prestá-la. Direito subjetivo mais não seria do que simples projeção do direito objetivo. É incontestável que a força do direito subjetivo provém do direito objetivo, pois os interesses precisam ser juridicamente reconhecidos"[54].

Diogo Leite de Campos, por sua vez, esclarece que, para Occam, "não existiria uma lei natural deduzida de uma ordem ideal das coisas, mas uma lei positiva, expressão da vontade do legislador. E o Direito já não seria uma relação justa entre seres sociais, mas o reconhecimento do poder autônomo do indivíduo. Não havendo mais do que o ser (individual) ao qual o Direito está necessariamente vinculado, este ser humano transforma-se no autor do Direito"[55].

Orlando Gomes, porém, se posiciona no sentido de que o conceito de direito subjetivo não pode ser eliminado por ter importante função nos sistemas jurídicos da atualidade, sendo interessante o posicionamento que o decompõe em licitude (possibilidade jurídica de agir, nos limites da lei, para a satisfação dos próprios interesses) e pretensão (poder do titular do direito subjetivo de exigir uma ação ou omissão de quem deve praticá-la ou de quem deve abster-se)[56].

Diante do exposto, seriam os direitos da personalidade direitos objetivos ou direitos

---

[54] GOMES, Orlando. Op. cit. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Forense, 18ª edição, 2001, páginas 110 e 111. Apresenta o doutrinador, ainda, mais uma diferença importante a ser mencionada: "na dogmática moderna distingue-se *interesse de direito*, pelos fins a que se destinam as normas jurídicas. Conforme o esclarecimento de A. Von Thur, há disposições normativas que disciplinam a coexistência social para atribuir a cada indivíduo uma esfera de poder sujeita a sua vontade, e preceitos legais que estatuem deveres cuja observância é de interesse geral, pelo que é imposta e fiscalizada pelos órgãos do Estado. Quando os *interesses* do indivíduo se consubstanciam nas permitidas manifestações de sua vontade autônoma, apresentam-se como *direitos*. Se, no entanto, o interesse particular do indivíduo é tutelado pelo preceito estatuído no interesse geral, estará protegido de modo reflexo, mas não se caracteriza como um *direito*, porque o interessado não dispõe da faculdade de liberá-lo de seu dever. Enquanto das disposições que atribuem ao indivíduo uma esfera de poder derivam *direitos subjetivos*, das normas que estabelecem deveres a serem observados o interesse geral não nasce para o indivíduo direito, na acepção técnica do vocábulo. No entanto, seu *interesse* é protegido, porquanto o Estado pode exigir, de todos, obediência à norma que prescreve tais deveres"... "O vocábulo *interesse* também se emprega no sentido de proveito pessoal que o ordenamento jurídico não considera relevante para dispensar proteção. Há *interesses* que, não sendo ilícitos ou imorais, estão juridicamente protegidos. Trabucchi dá exemplo altamente elucidativo: o do proprietário com interesse em que o vizinho não levante a casa de modo priva-lo da beleza panorâmica que descortina. Por mais respeitável que seja esse interesse, não está juridicamente protegido. Não pode ele impedir a edificação adversa ao seu interesse, mas se a construção infringisse disposição reguladora da vizinhança, o interesse se configuraria como *direito*. Tomando a palavra *interesse* nesse sentido, alguns escritores (Meuci, Coviello) distinguem-no do *direito*, dizendo que àquele falta uma das notas características deste, que é a garantia legal" (páginas 122 e 123).

[55] CAMPOS, Diogo Leite de. O Direito e os direitos da personalidade (*in* http://www.oa.pt/upl/%7B7f3725e2-d544-4142-8f45-d3b6ff311355%7D.pdf, página 209, com acesso em 08 de julho de 2015).

[56] GOMES, Orlando. Op. cit. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Forense, 18ª edição, 2001, páginas 108 e 109.

subjetivos? Dentro desta questão, podem-se incluir ainda duas outras: seriam direitos positivados ou direitos inatos? Comporiam categoria nova, autônoma?

Resposta adequada depende da análise da evolução histórica de sua dogmática jurídica, pelo que esta será abordada de início.

Thiago Baldani Gomes de Filippo confirma que o tema em pauta é relativamente recente, como reflexo da construção em torno do princípio da dignidade da pessoa humana, construção esta que teve início após o advento do Cristianismo, dos ideais de Kant e do fim da Segunda Guerra Mundial[57].

A evolução da doutrina da responsabilidade civil acompanha a mesma conclusão. Afinal, nos primórdios da civilização, a responsabilidade era objetiva, ou seja, desvinculada da ideia de culpa e fundada na concepção de vingança privada (reação pessoal ao prejuízo sofrido), que poderia atingir todos os aspectos da personalidade do devedor, inclusive a vida ou a integridade física.

A vingança privada era forma primitiva, "selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal"[58].

A pena de talião, ao impor o olho por olho, dente por dente, regulamentou a vingança privada, com alcance, inclusive, sobre diversos aspectos da personalidade humana, os quais restavam desprotegidos.

Evolução posterior se deu, passando-se para o período da composição voluntária do dano a critério da vítima: a entrega de objetos ou uma soma em dinheiro do agente causador do dano para a vítima denomina-se *poena*, não restando qualquer dúvida quanto ao fato de a reparação ainda ter como lastro a vingança, sem questionamento de culpa ou não-culpa[59].

A Lei das XII Tábuas, de 450 a.C., tornou a composição obrigatória e tarifada, em reação contra a vingança privada, que é assim abolida[60], mas ainda sem estabelecer um princípio geral de responsabilidade civil.

---

[57] FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Aspectos Gerais dos Direitos da Personalidade, Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 11, volume 1, julho/dezembro de 2011, páginas 33 a 52, a página 37.
[58] LIMA, Alvino. Culpa e risco, São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1998, páginas 19 e 20.
[59] LIMA, Alvino. Culpa e risco. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1999, página 20.
[60] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos Direitos dos Povos. São Paulo: editora Melhoramentos, 2ª edição, páginas 75 a 85; SILVA, Wilson Melo da. Responsabilidade sem culpa e socialização do risco. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962, página 40.

John Gilissen bem afirma que, em verdade, "apesar do desenvolvimento da responsabilidade individual no domínio penal no final da Idade Média e na época romana, a responsabilidade puramente civil não surge senão no século XVIII"[61]. A transição para a composição tarifada reflete a passagem da responsabilidade pessoal, por meio da qual o devedor respondia com a vida ou o seu próprio corpo, para a responsabilidade patrimonial, em que a reparação se operava pelo pagamento de um determinado valor, mediante expropriação do patrimônio do devedor, ao que seriam agregadas, posteriormente, as causas de responsabilização como a culpa e o risco.

Vale registrar, que, posteriormente à Lei das XII Tábuas, "ocorreram vários fatos que levam à conclusão de que se dava, em diversos ordenamentos jurídicos, preeminência ao "bem comum", "função social", "felicidade de muitos", sobre os bens individuais. Na Índia antiga, por exemplo, os portadores de doenças contagiosas incuráveis eram conduzidos por seus parentes às margens do Ganges, asfixiados com barro na boca e nariz e arrojados ao rio sagrado. Napoleão Bonaparte, ao ser interrogado na Ilha de Elba, sobre sua atitude de ordenar que fosse tirada a vida de enfermos de peste durante a campanha do Egito, afirmou que não poderia por em risco a vida dos demais homens do seu exército e determinou que o médico subministrasse aos doentes fortes doses de ópio. Com efeito, o ser humano era objeto e instrumento da "Razão de Estado", que desconhecia seus valores primários"[62].

Em outros termos, a construção dos direitos sobre a própria pessoa e o seu corpo percorreu uma longa história, permeada pela evolução do conceito de dignidade da vida humana.

Claudio Luiz Bueno de Godoy adverte, porém, que a compreensão dos direitos da personalidade, de sua origem e evolução, demanda o entendimento de como se desenvolveu o conceito de personalidade juridicamente relevante, assim como as formas de sua tutela, sendo que a noção de personalidade remonta especialmente ao Direito Romano, época em que também os escravos eram considerados *persona*, ainda que sua liberdade pessoal fosse extensivamente

[61] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. Tradução de Antônio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. Lisboa: editora Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, 2001, páginas 751 e 752.
[62] SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Da relação jurídica médico-paciente. Dignidade da pessoa humana e autonomia privada, páginas 04 e 05 (*in* www.fmd.pucminas.br/.../Relação%20jurídica%20médico-paciente.doc, com acesso em 20 de abril de 2015).

limitada[63].

"A palavra *pessoa*, que hoje identifica o portador de direitos e obrigações, provém do vocábulo latino *persona* e tem a sua origem na Antiguidade Clássica. Era empregada, conforme Aulo Gelio esclarece, para designar a máscara, *larva histrionalis*, que os atores usavam em suas apresentações nos palcos, com o fim de tornar a sua voz mais vibrante e sonora. Em sua evolução semântica, persona passou a denominar o próprio ator, o personagem, para depois estender o seu significado e indicar, genericamente, o *homem*"[64].

A personalidade era vista como fenômeno que não decorria da lei, mas do fato de nascer humano. Pessoas dotadas de personalidade eram tanto o homem livre como o escravo, disponibilizando, o povo romano, os primeiros interditos tendentes à proteção dos direitos fundamentais ou essenciais da pessoa, como a *actio injuriarum*, destinada à defesa da honra diante de conduta injuriosa. Por meio da atuação dos pretores, a proteção aos direitos da personalidade foi ganhando força até que vieram as primeiras leis a tutelar, por exemplo, a privacidade do indivíduo (inviolabilidade do domicílio – *Lex Cornelia*), a integridade física (*Lex Aquilia*) e a liberdade individual (*Lex Fabia*)[65].

Claudio Luiz Bueno de Godoy ressalva, ainda, a existência de interditos já na civilização grega, por meio dos quais se puniam penalmente ultrajes e sevícias (*hybris*), com extensão posterior à sanção geral de ofensas a bens da personalidade, tendo a filosofia grega muito contribuído para a distinção da natureza humana, com reconhecimento de sua autonomia. "Nas palavras de Capelo de Souza, 'o homem passou a ser tido como origem e finalidade da lei e do direito, ganhando, por isso, novo sentido os problemas da personalidade e da capacidade

[63] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade, São Paulo: editora Atlas, 3ª edição, 2015, páginas 05 a 08.

[64] NADER, Paulo. Op. cit. Introdução ao estudo do direito. Rio de Janeiro, Forense, 37ª edição, 2015, página 289. Homem este que, no início e por óbvio, não possuía relevância jurídica. Sequer a qualidade de ser humano, por demandar forte abstração, pôde ser desenhada no começo da civilização. Tal elaboração e seu transporte para o Direito vieram depois, com o aperfeiçoamento da História: "seria necessária uma evolução milenária, impulsionada pelo cristianismo e rematada pelo liberalismo, para se alcançar a ideia de que todo o ser humano tem igual qualidade, no tocante a encabeçar direitos e obrigações, o que é dizer, a ser destinatário de normas jurídicas. (...) A ideia de pessoa impõe-se, no Direito, como instrumento técnico necessário para assegurar a organização económica e social. Designadamente, havia que tornar operacional a figura da troca e, logo, do contrato e da propriedade. Já o atribuir, ao ser humano, uma dignidade própria, suscetível de conduzir a uma tutela jurídica apriorística e de infletir todas as decisões jurídicas que tivessem ligações com pessoas, foi objeto de uma lenta e por vezes hesitante caminhada" (CORDEIRO, António Menezes. Op. cit. Tratado de Direito Civil IV. Parte Geral: Pessoas. Coimbra: editora Almedina, 3ª edição, 2011, páginas 28 a 32).

[65] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Op. cit. A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade, São Paulo: editora Atlas, 3ª edição, 2015, páginas 05 a 10.

jurídica de todo e cada homem e dos seus inerentes direitos da personalidade'. É sempre, enfim, o reconhecimento do homem como centro da ordenação, que serve à preservação de seu valor intrínseco, de seu desenvolvimento, de sua dignidade, palco fértil... à sistematização de uma teoria dos direitos da personalidade e, antes, de um direito geral da personalidade. Contudo, se a *hybris* grega e a *actio injuriarum* podem ser consideradas a origem remota da teoria dos direitos da personalidade, em verdade foi particularmente na Idade Média que surgiram, com maior concretude, ideias de valorização do homem, reconhecendo-se nele um componente espiritual, mais que corpóreo, cuja significação está em sua dignidade, base da concepção dos direitos da personalidade". A concepção de dignidade e autonomia, enquanto valores intrínsecos do homem, desenvolveu-se ainda mais com o Humanismo e o Jusnaturalismo (séculos XIV a XVI), para se firmar, em definitivo, com o Iluminismo e o Liberalismo dos séculos XVIII e XIX[66].

Miguel Reale bem relembra que a principal contribuição do Cristianismo para a sociedade humana foi justamente a criação da 'cultura da personalidade': "em verdade, por mais que os gregos e os romanos houvessem reconhecido a igualdade da natureza humana, máxime na grande tradição do pensamento estóico, - no qual já afloram os motivos teóricos da afirmação autônoma da personalidade, - o certo é que esta só se projeta, na plenitude do seu significado, com a mensagem cristã. Com o cristianismo, superam-se os particularismos cívicos e políticos, que haviam dominado a cultura greco-romana, de tal modo que ser cidadão de Atenas ou ser cidadão de Roma deixou de valer como situação determinante da ordem de prioridades na escala das dignidades humanas. O homem libertou-se, por assim dizer, de seu invólucro político-social, para adquirir um significado originário pelo simples fato de ser homem". Esta evolução, fruto da experiência histórica, trouxe, como problema central da axiologia jurídica, aquele relativo ao valor da pessoa humana, diante da constatação de que a "consciência da personalidade" ou, "mais precisamente, o reconhecimento recíproco da personalidade como um

[66] Id., páginas 08 a 12. Foi com o Iluminismo e o Liberalismo que se consolidou o entendimento do "homem dotado de razão e de dignidade, que se autodetermina. Essa autodeterminação passou a ser corolário de um então absoluto poder de sua vontade individual ou de deliberação sobre os destinos da própria existência (*ius in se ipsum*), resultado da crítica iluminista às limitações do indivíduo, sobretudo ditadas pelos valores religiosos da Idade Média. Solidifica-se ainda o entendimento de que o homem é o centro da ordenação social, ao mesmo tempo em que seus direitos da personalidade vão sendo levados às legislações então editadas, garantindo-se sua tutela mesmo diante do Estado". À ideia de eficácia universal e ilimitada da razão e da vontade individual, se contrapôs a Escola Histórica e, posteriormente, o Positivismo Jurídico, no início do século XX. O fato é que o debate e as críticas fortaleceram o processo de positivação de vários direitos decorrentes da personalidade humana, que passaram a ser tutelados por norma expressa.

valor, constitui uma conquista histórica, um fruto amadurecido lentamente através do tempo"[67].

De fato, continua o doutrinador: "com o Humanismo e o Renascimento, surge uma forma mais radical de subjetividade, sendo pôsto, como diz Ugo Spirito, o culto da pessoa no centro de todo o pensamento moderno; desde então, o valor máximo passa a ser o da *dignidade do homem* entendido como fulcro de atividade criadora; e, por isso, o problema da pessoa torna-se o problema mesmo dentro da realidade, implicando uma nova fundamentação metafísica. Essa correlação dialética entre o homem e a natureza e, concomitantemente entre *logos* e *voluntas*, como que sintetizado os valôres das culturas gregas e romana, à luz de uma tarefa histórica a ser cumprida – tarefa esta só compreensível e plena de sentido no âmbito e como conseqüência da mensagem cristã, - a complementaridade, em suma, entre o saber e o querer, passa ser um elemento essencial, sem o qual não se capta o caráter prevalecentemente técnico e construtivo da civilização moderna"[68].

Francisco Amaral percebe a personalidade humana como "um todo complexo, unitário, integrado e dinâmico, constituído de *bens* ou *elementos constitutivos* (a vida, o corpo e o espírito), de *funções* (função circulatória, inteligência), de *estados* (saúde, prazer, tranquilidade) e por *força*, *potencialidade* e *capacidade* (instintos, sentimentos, vontade, capacidade criadora e de trabalho, poder de iniciativa etc)"[69]. Talvez por isso mesmo, José de Oliveira Ascensão pontue que a personalidade não é uma categoria meramente formal. Tem ela um substrato ontológico, de que é necessária tradução: o instituto da personalidade jurídica pressupõe uma apreciação da realidade, que é o seu suporte[70].

Já Orlando Gomes a conceitua como um atributo jurídico: "todo homem, atualmente, tem aptidão para desempenhar na sociedade um papel jurídico, como sujeito de direito e obrigações. Sua personalidade é institucionalizada num complexo de regras declaratórias das condições de sua atividade jurídica e dos limites a que se deve circunscrever. O conhecimento dessas normas interessa a todo o Direito Privado, porque se dirige à pessoa humana considerada na sua aptidão para agir juridicamente. Mas não só o homem tem personalidade. Têm-na também os grupos de indivíduos constituídos na forma da lei", sendo que o seu exame suscita

[67] REALE, Miguel. Op. cit. Pluralismo e Liberdade. São Paulo, editora Saraiva, 1963, páginas 63 e 291.
[68] Id., página 06.
[69] AMARAL, Francisco. Op. cit. Direito Civil: Introdução. Rio de Janeiro: editora Renovar, 8ª edição, 2014, página 319.
[70] ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil. Teoria Geral. Introdução. As pessoas. Os bens. São Paulo: editora Saraiva, 3ª edição, 2010, página 58.

duas questões principais: a) a de sua existência e duração (que coincide, normalmente, com a duração da vida humana, começando com o nascimento e terminando pela morte, que pode ser real ou presumida, já que a morte civil, outrora admitida, foi banida das legislações); b) a de sua individualização[71].

Maria Helena Diniz, por sua vez, define pessoa como o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito, que é aquele sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica (poder de fazer valer, por meio de uma ação, o não cumprimento do dever jurídico, ou seja, o poder de intervir na produção da decisão judicial). Já a personalidade liga-se à pessoa e exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações: "deveras, sendo a pessoa natural (ser humano) ou jurídica (agrupamentos humanos) sujeito das relações jurídicas e a personalidade a possibilidade de ser sujeito, ou seja, uma aptidão a ele reconhecida, toda pessoa é dotada de personalidade", conceito básico da ordem jurídica, consagrada na legislação civil e nos direitos constitucionais da vida, liberdade e igualdade. Citando Gofredo da Silva Telles, adverte que "a personalidade consiste no conjunto de caracteres da própria pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens"[72].

Claudio Luiz Bueno de Godoy acrescenta, de acordo com o ensinado por Adriano De Cupis, que a personalidade é a "suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações", uma qualidade jurídica que é produto do direito positivo, "uma ossatura destinada a ser revestida de direitos", valendo ressaltar, como assinala Pedro Frederico Caldas, que "alguns dos atributos da

[71] GOMES, Orlando. Op. cit. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Forense, 18ª edição, 2001, páginas 141, 142 e 148. O doutrinador acrescenta que "a personalidade define-se por particularidades que, em conjunto, identificam a pessoa. Tais são: a) o nome; b) o estado; c) o domicílio. Pelo nome, identifica-se a pessoa. Pelo estado, a sua posição na sociedade política, na família, como indivíduo. Pelo domicílio, o lugar de sua atividade social".

[72] DINIZ, Maria Helena. Op. cit. Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil, volume 1, São Paulo: editora Saraiva, 2015, 32ª edição, páginas 129 a 134. No mesmo sentido, Orlando Gomes: "não é a personalidade, por outro lado, objeto desses direitos, visto que, sendo o pressuposto de todos os direitos, em si mesma não é um *direito* (Unger) e, muito menos, *objeto de qualquer relação*. Recaem em manifestações especiais de suas projeções, consideradas dignas de tutela jurídica, principalmente no sentido de que devem ser resguardadas de qualquer ofensa, por necessária sua incolumidade ao desenvolvimento físico e normal de todo homem" (Op. cit. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Forense, 18ª edição, 2001, página 151).

personalidade só fazem sentido no relacionamento social do indivíduo, pois liberdade, honra, intimidade, identidade" e, obviamente, imagem, "só fazem sentido como fenômenos emergentes da vida em sociedade, de relações intersubjetivas". Em outros termos, a tutela dos direitos da personalidade envolve a garantia de "uma esfera de não-devassa da vida do indivíduo, mesmo quando exposto às contingências da vida social e profissional"[73].

Já para Anderson Schreiber, a noção de personalidade deve ser considerada sob dois aspectos distintos. Sob o aspecto subjetivo, identifica-se com a capacidade que tem toda pessoa (física ou jurídica) de ser titular de direitos e obrigações. Sob o aspecto objetivo, contudo, "tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico". Nesse último sentido é que se fala em direitos da personalidade"[74].

Pais de Vasconcelos, por sua vez, ensina que a tutela da personalidade possui uma dupla vertente: objetiva (regulação jurídica relativa à defesa da personalidade, que se funda em razões de ordem pública e é alheia à autonomia privada, porque está ligada à defesa da Humanidade e com a exigência moral de a respeitar) e subjetiva (direito subjetivo de defender a dignidade própria com os meios jurídicos disponíveis, que são inerentes à qualidade humana e cujo exercício está na esfera de sua autonomia)[75].

A necessidade de protegê-la contra práticas e abusos atentatórios se fez necessária diante da tendência política para desprestigiá-la e dos avanços científicos e técnicos, que culminaram na própria negação dos direitos subjetivos, com concreta ameaça à individualidade física, intelectual e moral da pessoa humana, a permitir a própria desintegração da personalidade[76].

De Cupis bem assevera, porém, que "todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se "direitos da personalidade". No entanto, na linguagem jurídica, esta designação é reservada aos direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o mínimo necessário e imprescindível ao

[73] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Op. cit. A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade, São Paulo: editora Atlas, 3ª edição, 2015, página 15.
[74] SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. São Paulo: editora Atlas, 2ª edição, 2013, página 03.
[75] VASCONCELOS, Pedro Pais de. Teoria geral do direito civil. Coimbra: editora Almedina, 5ª edição, 1995, páginas 35 a 37.
[76] GOMES, Orlando. Op. cit. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Forense, 18ª edição, 2001, página 148.

seu conteúdo. Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados 'direitos essenciais' com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade"[77], que têm por objeto os modos de ser físicos ou morais da pessoa.

Nos dizeres de Maria Helena Diniz, "são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza que lhe deu, de maneira primordial e direita... Logo, ... são direitos subjetivos "*excludendi alios*", ou seja, direitos de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo um bem inato"[78], por meio de ação judicial.

De acordo com Perreau, os direitos da personalidade relacionam-se a uma das três ideias que servem de base a eles: o respeito ao indivíduo por ele mesmo, o respeito ao indivíduo como membro da família e o respeito ao indivíduo como membro do Estado, vindo em primeiro lugar o direito de exigir dos demais o seu reconhecimento como individualidade distinta de todas as outras individualidades[79].

Vale reiterar que a própria condição de direito subjetivo é questionada por alguns doutrinadores, diante da peculiar situação dos direitos da personalidade, em que a própria pessoa ou aspectos delas se confundem com o bem jurídico tutelado. Porém e, como bem ensina Claudio Luiz Bueno de Godoy[80], ainda que tenham existido críticas em virtude da ausência de

---

[77] CUPIS, Adriano De. Op. cit. Os Direitos da Personalidade. São Paulo: editora Quorum, 2ª edição, 2008, páginas 24 e 25.

[78] DINIZ, Maria Helena. Op. cit. Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil, volume 1, São Paulo: editora Saraiva, 2015, 32ª edição, páginas 134 e 135.

[79] PERREAU, M. E. H. Des Droits de la Personnalité. Revue Trimestrielle de Droit Civil, tome huitième, année 1909, página 503: "C'est, pour ainsi dire, le droit primordial de la personnalité, celui qui sert de base à tous les autres. Sans lui, ces autres droits ne se comprendraient pas; ils constituent, sinon ses accessoires, tout au moins ses compléments". Em tradução livre: "É por assim dizer o direito primordial da personalidade, aquele que serve de base a todos os outros direitos. Sem ele, todos os outros direitos não têm sentido. Eles são apenas seus acessórios e, quando muito, complementos".

[80] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Op. cit. A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade, São Paulo: editora Atlas, 3ª edição, 2015, página 23.

Carlos Alberto Bittar acrescenta que a natureza de tais direitos é discutida na doutrina, sendo que já se chegou a negar a sua existência como direitos subjetivos justamente porque não poderia haver direito do homem sobre a sua própria pessoa, o que justificaria o suicídio, e também em face da evolução da ciência e da tecnologia. Prospera, porém, atualmente, "com De Cupis, Tobeñas, Raymond Lindon, Ravanas, Perlingieri Limongi França, Milton Fernandes, Orlando Gomes e outros tantos juristas – a tese do reconhecimento concreto desses direitos, embora discussões persistam quanto à sua natureza" (Op. cit. Os Direitos da Personalidade. São Paulo: editora Saraiva, 8ª

disposição completa da pessoa sobre ela própria, o que legitimaria o suicídio, os direitos da personalidade "não se referem a um ilimitado poder do homem de disposição sobre si mesmo, constituindo, na realidade, uma prerrogativa, que pelo ordenamento lhe é reconhecida, embora provinda de um elemento imanente que é anterior, de se autodeterminar, de decidir sobre o desenvolvimento e fruição dos elementos de sua personalidade. Não se está diante da infringência à vetusta regra de que o homem não pode ser objeto de direito, dado que, no caso, e na justa observação de Fábio Maria de Mattia, é a própria pessoa que, ao exercer a função de sujeito de direitos subjetivos, converte em objeto alguns dos atributos ou bens dela própria".

Como já consignado acima e também notado por Orlando Gomes, a diversidade de abordagens e de conceitos atesta a dificuldade de formulação científica sobre a matéria, o que se agrava pela circunstância de ser heterogênea a categoria dos direitos da personalidade e controvertida sua fundamentação[81].

De fato, persiste, há muito, o embate na doutrina sobre o fundamento dos direitos da personalidade – se positivista, como defendem Adriano De Cupis e Tobeñas[82], para quem tais direitos seriam direitos positivados pelo Estado, que lhes dá força jurídica, derivando, portanto, do próprio Direito positivo, ou se jusnaturalista, como entendem Carlos Alberto Bittar, Rubens Limongi França e Caio Mário da Silva Pereira, para quem tais direitos são direitos inatos à pessoa, ou seja, encontram sua origem no Direito Natural e independem de acolhimento pela ordem positiva, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los, dotando-os de proteção

---

edição, 2015, a página 34).

Orlando Gomes, no mesmo sentido (Op. cit. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Forense, 18ª edição, 2001, página 151), consignou que não haveria impedimento para que certas qualidades, atributos, expressões ou projeções da personalidade fossem tuteladas pelo ordenamento jurídico como objeto de direitos de natureza especial. Entretanto, por não haverem admitido tais bens jurídicos, "escritores do porte de Windscheid e Ferrara ativeram-se a construção dogmática francamente inaceitável. Para Ferrara, os direitos de personalidade, sendo *absolutos*, teriam como *objeto* não a *res*, mas os outros homens adstritos a lhes respeitar o gozo e, por isso, a vida, o corpo, a honra seriam *termos de referência* da obrigação negativa que incumbe à generalidade das pessoas. Observa-se que transformar a função reflexa de tutela social dos direitos absolutos em seu *objeto* é expor-se a um cerebrino deslocamento deste elemento da relação jurídica ou ao absurdo, já superado, dos direitos sem sujeito, ou sem objeto".

[81] GOMES, Orlando. Op. cit. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Forense, 18ª edição, 2001, página 150.

[82] BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit. Os Direitos da Personalidade. São Paulo: editora Saraiva, 8ª edição, 2015, a página 37. CUPIS, Adriano De. Op. cit. Os Direitos da Personalidade. São Paulo: editora Quorum, 2ª edição, 2008, a página 25 ("Os direitos da personalidade estão vinculados ao ordenamento positivo, tanto como os outros direitos subjetivos... Por consequência, não é possível denominar os direitos da personalidade como "direitos inatos", entendidos no sentido de direitos relativos, por natureza, à pessoa).

própria[83].

Fora da criação humana, o Direito Natural corresponderia a uma ordem de justiça que a própria natureza ensinaria aos homens pelas vias da experiência e da razão, pelo que não se qualificaria como processo de adaptação social. Existiria, portanto, previamente ao Direito Positivo, enquanto Direito imposto pelo Estado à coletividade, que se qualificaria como processo de adaptação social[84].

A Escola do Direito Natural, assim, fundou sistema antropocêntrico, mais marcadamente individualista, no qual tinha primazia o direito natural sobre o direito positivo, fundando-se o próprio direito natural nos direitos inatos, originários e irrenunciáveis do homem pré-político, e no qual a liberdade individual e o seu subjetivismo prevaleciam sobre a ordem objetivamente estabelecida[85].

Para compreensão mais clara da natureza dos direitos da personalidade, Orlando Gomes sugere a delimitação de seu objeto, o qual seria "os *bens jurídicos* em que se convertem projeções físicas ou psíquicas da pessoa humana, por determinação legal que os individualiza para lhes dispensar proteção. Reclama, assim, a definição do direito de personalidade o alargamento do conceito jurídico de *bem*. Em Direito, toda utilidade, material ou não, que incide na faculdade de agir do sujeito, constitui um bem, podendo figurar como *objeto de relação jurídica*, porque sua noção é histórica, e não naturalística. Nada impede, em consequência, que certas qualidades, atributos, expressões ou projeções da personalidade sejam tuteladas no

[83] BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit. Os Direitos da Personalidade. São Paulo: editora Saraiva, 8ª edição, 2015, a página 38 ("Situamo-nos entre os naturalistas. Entendemos que os direitos da personalidade constituem direitos inatos..., cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária -, e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares"). FRANÇA, Rubens Limongi. Op. cit. Direitos da personalidade, coordenadas fundamentais. São Paulo: Revista do Advogado, n. 38, dezembro de 1992, a página 07 ("De nossa parte, já tivemos ocasião de demonstrar longamente que, a despeito de ser a lei a forma fundamental, outras existem, complementares, entre nós reconhecidas pelo legislador, expressa ou implicitamente, no artigo 4º da Lei de Introdução ao CC. Assim, além doe Direitos Privados da Personalidade definidos em lei, outros há, reconhecidos pelo costume e pelo Direito Científico. É o caso do Direito ao Nome, do Direito à Imagem, do Direito Moral do Escritor. O fundamento próximo da sua sanção é realmente a extratificação no Direito Consuetudinário ou nas conclusões da Ciência Jurídica. Mas o seu fundamento primeiro são as imposições da natureza das coisas, noutras palavras, o **Direito Natural**"). PEREIRA, Caio Mário Pereira da Silva. Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: editora Forense, 2001, páginas 23 a 25.

[84] NADER, Paulo. Op. cit. Introdução ao estudo do direito. Rio de Janeiro, Forense, 37ª edição, 2015, página 19. Segundo o doutrinador, o Direito Positivo deve estar adaptado aos princípios fundamentais do Direito Natural, cristalizados no respeito à vida, à liberdade e aos seus desdobramentos lógicos.

[85] CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A.. Op. cit. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: editora Coimbra, 1ª edição (Reimpressão), 2011, páginas 65 e 66.

ordenamento jurídico como objeto de direitos de natureza especial" [86] . Não se consubstanciariam, porém, na *potestas in re ipsum* a que se referia, em 1604, o jurisconsulto espanhol Gomez de Amezcua, nem se qualificariam, na doutrina mais recente, "como direitos naturais do indivíduo no sentido do velho jusnaturalismo, isto é, de direito racionalmente pertencente ao homem pela mera condição humana. De Cupis afirma que têm natureza positiva, existindo apenas na medida em que os concede a lei, e Allara, posto os considere inatos, vincula-os à personalidade, hoje atribuída a todos os homens, sem que sejam, no entanto, elementos essenciais deste fenômeno"[87].

A partir do *ius in se ipsum*, desenvolveu-se uma fundamentação inicial no sentido de que os direitos da personalidade seriam direitos sobre si mesmo, relacionados com a obrigação dos demais de respeitá-los, o que foi superado com o tempo. Angel M. Lopez y Lopez Baltasar registrou que Gómez de Amezcua, em seu Tratado de *potestate in se ipsum*, sustentava, dentro da tese tradicional do Direito Natural da doutrina espanhola, que todo homem tem, por sua própria natureza ou, em certas ocasiões, por concessão do Direito Positivo, faculdade sobre si mesmo, faculdade esta que não é um direito patrimonial nem pode se equiparar ao direito de propriedade. Seria, portanto, segundo Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz, nos dizeres de Gitrama González, um direito individual e autônomo de disposição sobre o próprio corpo, do que derivariam os demais direitos da personalidade[88].

A mesma discussão ressurge em torno do direito geral de personalidade, ou seja, se existente um direito geral de personalidade, do qual decorreriam todos os demais (teoria monista), ou se os direitos da personalidade seriam tantos quantos fossem os diferentes aspectos da pessoa (teoria pluralista)[89], sendo sabido que o direito geral de personalidade foi consagrado

---

[86] GOMES, Orlando. Op. cit. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Forense, 18ª edição, 2001, páginas 151 a 152. Artur Rocco também já sustentou como possível elevar a "bem" uma qualidade individual, física ou moral da pessoa (Adriano De Cupis, Op. cit. Os Direitos da Personalidade. São Paulo: editora Quorum, 2ª edição, 2008, página 32).

[87] Id., página 152.

[88] LOPEZ, Angel M. Lopez y. Problemas jurídicos de los transplantes de tejidos e dos organos humanos, disponível em http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1969-10014500162_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Problemas_jur%EDdicos_de_los_transplantes_de_tejidos_y_%F3rganos_humanos, com acesso em 13.05.2015; e CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e. El concepto constitucional del derecho a la propia imagen en Portugal, España y Brasil, em file:///F:/Mestrado/tese-direito-ppa-imagem-espanhol.pdf, com acesso em 13.05.2015.

[89] FIUZA, César. Direitos da personalidade (http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7340&revista_caderno=7, com acesso em 04.09.2014).

expressamente na lei fundamental alemã de 1949[90], a qual inspirou o Código Civil português de 1967.

Pietro Perlingieri acrescenta que, além de distinguirem-se as concepções que tendem a reconhecer um "direito geral de personalidade" e teorias que sustentam a existência de uma pluralidade de direitos da personalidade, "no âmbito destas últimas – ditas concepções 'atomísticas' – apontam-se aquelas que consideram a existência de uma série aberta de direitos (atipicidade dos direitos da personalidade) ou fechada (tipicidade). A contraposição entre tipicidade e atipicidade, aparentemente apenas técnica, encerra opções ideológicas e culturais" [91].

Capelo de Sousa identifica o direito geral de personalidade "como o direito de cada homem ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões da sua personalidade humana bem como da unidade psico-físico-sócio ambiental dessa mesma personalidade humana (v.g. da sua dignidade humana, da sua individualidade concreta e do seu poder de autodeterminação), com a consequente obrigação por parte dos demais sujeitos de se absterem de praticar ou de deixar de praticar actos que ilicitamente ofendam ou ameaçem ofender tais bens jurídicos da personalidade alheia, sem o que incorrerão em responsabilidade civil e/ou na sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a consumação da ameaça ou a atenuar os efeitos da ofensa cometida", cuja origem estaria na cláusula geral de proteção romana que previa sanção à injúria abstratamente considerada, mas não tipificada, acrescentando que tal ideia tem ganhado terreno e tem sido aplicada na casuística diante da necessidade de, face à multiplicidade da vida real e à complexidade do comportamento humano, fundamentar e de complementar os direitos especiais de personalidade que, mais estritatemente, a ordem jurídica desde sempre formulou ou admitiu, mas com diversas estruturas operativas[92].

---

[90] **Artigo 1º**: (1) 1 A dignidade do homem é intocável. 2 Respeitá-la e protegê-la é a obrigação do aparelho estatal. (2) Por isso o povo alemão declara-se partidiário de direitos humanos invulneráveis e inalienáveis enquanto base de qualquer comunidade humana, pacífica e de justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais seguintes conglomeram o poder legislativo, o executivo e o judicial enquanto direito diretamente válido. **Artigo 2°**: (1) Cada pessoa tem o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, contando que não vulnere os direitos de outros e não colida com a ordem constituinte ou a lei de costumes. (2) 1 Cada pessoa tem o direito à vida e à integridade física. 2 A liberdade da pessoa é invulnerável. 3 Só se pode intervir sobre estes direitos através de uma lei (*in* http://www.uni-leipzig.de/~leite/wiki/Direitos_B%C3%A1sicos_da_Constitui%C3%A7%C3%A3o_Alem%C3%A3_-_Art%C2%BA_1_a_19, com acesso em 24 de junho de 2015).

[91] PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil; tradução de Maria Cristina De Cicco, 1ª edição, ver. e ampl. Rio de Janeiro: editora Renovar, 1999, páginas 153 a 154.

[92] CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A.. Op. cit. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: editora Coimbra, 1ª edição (Reimpressão), 2011, páginas 92 e 93.

No mesmo sentido, se posicionam os doutrinadores portugueses Paulo Mota Pinto e Carlos Alberto da Mota Pinto[93].

Henrique Moraes Prata, em tese de Doutorado perante a Faculdade de Direito da USP, também sustenta que a concepção de um direito geral da personalidade se revela como a salvaguarda ideal para a proteção dos direitos da personalidade, já que possível, aceita e incentivada pela doutrina, a coexistência entre um direito geral e um direito especial da personalidade: "se, no passado, levantavam-se diversas questões acerca da natureza de um direito geral de personalidade, em sua maioria argumentos relacionados à impossibilidade de sua existência por lhe concederem a natureza de um direito de propriedade, *ius in se ipsum*, cujo objeto, além de se confundir com seu próprio titular, dar-lhe-ia direitos ilimitados, ora não há mais, por parte da doutrina majoritária, qualquer receio neste sentido, uma vez que se lhe reconhece a natureza de direito subjetivo limitado por princípios do ordenamento jurídico – civis, constitucionais, de Direito Internacional Público e Privados e outros que sejam aplicáveis"[94].

Thiago Baldani de Filippo, após explicar que a teoria pluralista enxerga os direitos da personalidade sob uma perspectiva plural: necessitam estar tipificados na legislação para que sejam tutelados juridicamente, enquanto a teoria monista entende que existe apenas um único direito da personalidade, o qual abrangeria uma infinidade de situações multifacetárias, considera esta "a mais consentânea com a efetiva proteção que se espera. Com efeito, a pessoa humana deve ser a tônica de todo o sistema, tendo, pois, o Estado Democrático de Direito na garantia de sua dignidade um de seus fundamentos. Ademais, a acepção monística atende mais satisfatoriamente aos reclames das ideias pós-positivistas, assim entendidas como aquelas que, conforme alude Luís Roberto Barroso, promovem a '...ascensão de valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais'"[95].

Analisando a mesma questão, Orlando Gomes verifica que os direitos da personalidade

[93] PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Studia Iuridica, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, número 40 (Portugal-Brasil Ano 2000), 1999, páginas 149 a 246, a página 171. PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Privado. Coimbra: editora Coimbra, 4ª edição, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2005, páginas 209 a 212.

[94] PRATA, Henrique Moraes. Enfermidade e Infinito: Direitos da Personalidade do Paciente Terminal. Tese de Doutorado (Versão Parcial) – Faculdade de Direito da USP. Orientadora: Professora Titular Silmara Juny de Abreu Chinellato (*in* http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15042013-111929/pt-br.php, páginas 16 a 18, com acesso em 25 de maio de 2015).

[95] FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Op. cit. Aspectos Gerais dos Direitos da Personalidade, Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 11, volume 1, julho/dezembro de 2011, página 41.

poderiam, sim, ser reduzidos a uma figura unitária, já que sua especialização decorre unicamente das diferentes maneiras pelas quais pode ser atingido. Haveria, portanto, um direito geral de personalidade. "Essa doutrina não se compadece, entretanto, com a natureza positiva desses direitos e favorece sua confusão com a própria personalidade. Conduziria à sustentação de que a categoria não tem limites, implantada que seria, como supusera Gierke, em "instituições da consciência jurídica", que Ferrara tachou de obscuras, ou no "livre uso das forças humanas", como outros imaginaram"[96].

O doutrinador entende, ainda, os direitos da personalidade como direitos subjetivos privados, estando sua proteção destinada a assegurar o desenvolvimento e a expansão da individualidade física e espiritual da pessoa humana, embora reconheça que alguns desses direitos também são públicos, quando vistos de outra perspectiva, enquanto outros se encontram igualmente tutelados na esfera penal. São, assim, direitos de dupla face, público e privado, apresentando-se na esfera do Direito Civil quando se concretizam numa relação jurídica entre particulares. Por sua singularidade, constituem categoria insuscetível de enquadramento em qualquer das partes especiais em que se divide o Direito Civil[97].

Já António Menezes Cordeiro se manifesta pelo estudo parcelar dos direitos da personalidade, uma vez que não há como se fixarem características uníssonas para eles: por se tratar de direitos subjetivos, ou seja, de direitos que conferem permissão normativa específica (e não absoluta ou genérica) de aproveitamento de um bem determinado, não há como se conceber tecnicamente um direito geral de personalidade, com objeto indefinido. "Além disso e, sobretudo: é evidente que, perante esse teor geral e indefinido, não há lugar para uma aplicação pura e simples e comum do regime próprio dos direitos subjetivos". Neste contexto, o artigo 70 do Código Civil português é visto como regra geral de proteção ou como instrumento de tutela geral, "podendo dar azo a diversos direitos subjetivos de personalidade, em sentido próprio: não há, neste domínio, qualquer tipicidade". Poderá haver, ainda, proteção independente de quaisquer direitos subjetivos, por meio de uma norma de proteção. As formas de tutela, portanto, não serão iguais[98].

---

[96] GOMES, Orlando. Op. cit. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Forense, 18ª edição, 2001, páginas 151 a 152.

[97] GOMES, Orlando. Direitos de personalidade. Revista de Informação Legislativa, volume 3, número 11, páginas 39 a 48, setembro de 1966, a página 44.

[98] CORDEIRO, António Menezes. Op. cit. Tratado de Direito Civil IV. Parte Geral: Pessoas. Coimbra: editora Almedina, 3ª edição, 2011, páginas 101 a 104 e 109.

Mesmo que antiga a controvérsia e vivo o debate, faz-se necessário um posicionamento sobre o assunto, notadamente em estudo científico, como já fundamentado acima.

Afinal, a ausência de conceituação, ainda que a tarefa seja árdua e complexa por envolver assunto pouco tangível e pertinente a diferentes ramos do conhecimento humano, retiraria cientificidade do trabalho e tornaria nebulosa a delimitação dos fundamentos e contornos da matéria abordada, com grande risco de esvaziamento de todo o seu conteúdo.

A nosso ver e por coerência científica, além de lógica diante do sistema de codificação adotado pelos ordenamentos jurídicos em geral, como o nosso, enquanto consequência inquestionável do positivismo jurídico[99], os direitos da personalidade devem ser conceituados como direitos objetivos, positivados pelo ordenamento, em reconhecimento da necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana. São, neste contexto, direitos postos que, em regra, originam (geram) direitos subjetivos, enquanto faculdades jurídicas ou poder de exigir ação ou omissão, em sua proteção[100], os quais têm por objeto os diversos aspectos da pessoa do titular (personalidade e não humanidade), aspectos esses essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, já que relacionados com sua dignidade, sendo que, por serem diversos tais aspectos,

[99] O positivismo, nos dizeres de Paulo Nader, pretendeu transportar o método experimental do campo das ciências da natureza para o campo das ciências sociais. O trabalho científico deveria ter por base a observação dos fatos capazes de serem comprovados. A mera dedução, o raciocínio abstrato, a especulação, não possuíam dignidade científica, devendo, pois, ficar fora de cogitação. O positivismo jurídico, fiel aos princípios do positivismo filosófico, rejeita todos os elementos abstratos na concepção do Direito, a começar pela ideia do Direito Natural, por julgá-la metafísica e anticientífica. Em seu afã de focalizar apenas os dados fornecidos pela experiência, o positivismo despreza os juízos de valor, para se apegar apenas aos fenômenos observáveis. A sua preocupação é com o estudo das normas jurídicas, com o Direito existente, cabendo ao operador utilizar apenas juízos de constatação ou de realidade, mas sem consideração de juízos de valor. O positivismo jurídico, assim, se satisfaz apenas com o ser do Direito Positivo, sem cogitar sobre a forma ideal do Direito, sobre o dever-ser jurídico: para o positivista, a lei assume a única condição de valor (Op. cit. Introdução ao estudo do direito. Rio de Janeiro, Forense, 37ª edição, 2015, páginas 381 a 383). Pelo positivismo jurídico, vieram as codificações do século XIX.

[100] Faculdade jurídica enquanto possibilidade e poder de agir e de exigir contido no direito, enquanto consequência do direito de que faz parte. Lembrando a lição já trazida de Orlando Gomes (Op. cit. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Forense, 18ª edição, 2001, páginas 109 e 120), o direito objetivo está ligado ao direito subjetivo, o qual costuma ser decomposto em possibilidade jurídica de agir ou poder de agir, nos limites da lei para a satisfação de seus próprios interesses (licitude), e em poder do titular de exigir uma ação ou omissão de quem deve praticá-la ou de quem deve abster-se (pretensão). Nos dizeres de E. Santos Júnior, "o direito subjectivo acarreta em si uma ideia de exclusão ou de exclusividade: de exclusão dos outros da actuação do bem reservado ao titular, de exclusão dos outros do aproveitamento daquele bem; de exclusividade do titular na actuação ou no aproveitamento daquele bem. A exclusão dos outros - ou a exclusividade do titular na actuação do bem que o direito subjectivo lhe garante - postula a oponibilidade do direito, a possibilidade de este poder oposto aos outros, por modo a demarcar-lhes um limite à sua liberdade de agir. Opor o direito é afirmá-lo enquanto tal, perante os outros, é poder exigir dos outros que o respeitem: A oponibilidade é, assim, uma manifestação da eficácia do direito subjectivo em relação aos outros. De princípio, o dever geral de respeito é, pois, imanente a qualquer direito subjectivo" (SANTOS JÚNIOR, Eduardo. Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito. Coimbra: editora Almedina, 2003, páginas 446 a 510, a página 463 e 464).

dão origem a diferentes direitos[101].

Ainda que seja evidente que não se originam de uma concessão estatal, sendo fruto da realidade humana e da vida em sociedade, é fato incontroverso que a sua qualificação como fenômeno jurídico decorreu da positivação pelo ordenamento jurídico. Positivação esta possível não apenas pelo reconhecimento em lei, mas também por meio de tutela judicial.

E tanto são direitos objetivos, positivados – e não puramente direitos subjetivos - que estabelecem proteção mesmo contra a vontade do titular, o que se verifica, dentro do Direito Brasileiro, na proibição da eutanásia e na vedação da liberdade plena de uso e manipulação do corpo humano (artigos 121 e seguintes do Código Penal; artigo 13 do Código Civil[102]), bem como, no âmbito internacional, na tutela dos direitos humanos em âmbito supranacional e com imposição de obrigação aos Estados de respeito e promoção.

De fato e como já mencionado, a tutela da personalidade possui uma dupla vertente: objetiva (regulação jurídica relativa à defesa da personalidade, que se funda em razões de ordem pública e é alheia à autonomia privada, porque está ligada à defesa da Humanidade e com a exigência moral de a respeitar) e subjetiva (direito subjetivo de defender a dignidade própria com os meios jurídicos disponíveis, que são inerentes à qualidade humana e cujo exercício está na esfera de sua autonomia)[103].

---

[101] A conceituação dos direitos da personalidade como direitos objetivos será retomada quando da abordagem do direito à vida, a qual identificará ainda mais fundamentos para tal posicionamento.

[102] António Menezes Cordeiro, na Op. cit. Tratado de Direito Civil IV. Parte Geral: Pessoas. Coimbra: editora Almedina, 3ª edição, 2011, página 104, item III, cita a regra do artigo 483/1 do Código Civil português como um exemplo de proteção independente de quaisquer direitos subjetivos: "Artigo 483. 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação" (*in* http://www.cm-cascais.pt/sites/default/files/anexos/gerais/codigo_civil_atualizado_ate_a_lei_59_99_.pdf, com acesso em 13 de outubro de 2015). O doutrinador ainda aponta que os direitos de personalidade não são meras posições defensivas. "Trata-se, antes, de realidades dinâmicas, que correm lado a lado com os seus titulares em todas as vicissitudes que acompanham o ser humano, do nascimento e até à morte. Porventura, mais ainda: admite-se uma tutela pré-natal e uma proteção *post mortem*". "Além disso e em certos casos, os direitos de personalidade estão no centro de setores sociais e económicos muito significativos – pense-se em todo o domínio das atividades médicas, para-médicas e hospitalares – ou embricam em áreas completas da nossa sociedade – assim o trabalho subordinado, o desporto, a publicidade, a comunicação e o cinema. Temos, aqui, continentes inteiros que irão sendo desbravados ao longo do século XXI" (Op. cit., página 126).

[103] VASCONCELOS, Pedro Pais de. Op. cit. Teoria geral do direito civil. Coimbra: editora Almedina, 5ª edição, 1995, páginas 35 a 37. Sobre o tema, Béatrice Maurer acrescenta que os direitos humanos parecem assumir uma outra dimensão atualmente, já que não mais centrados na propriedade e sim na dignidade, estando a diferença na medida: "a referência à dignidade da pessoa humana é, por isso, considerada como a última proteção contra o liberalismo exagerado e a barbárie. Os direitos humanos exigem, então, obrigações positivas por parte dos poderes públicos, mas também por parte dos indivíduos. O Estado, ou a pessoa, pode respeitar a liberdade de outro sem, todavia, respeitar a sua dignidade. A dignidade exige, pois, a liberdade; mas a liberdade não é toda a dignidade. Eu posso, assim, deixar meu vizinho apontar uma arma contra si mesmo devido à sua liberdade, mas estaria em

É neste contexto que António Menezes Cordeiro sinaliza que "os direitos de personalidade", que não são "meras posições defensivas", mas "realidades dinâmicas, que correm lado a lado com os seus titulares em todas as vicissitudes que acompanham o ser humano", da fase pré-natal até um estágio *post mortem*, "rodeiam-se de deveres acessórios destinados a assegurar a sua integridade a manter os seus bens dentro de um aproveitamento ético". Exemplo significativo "é a teia de deveres de informação que precedem o ato médico. Este, por definição, pode atingir bens de personalidade, com destaque para a integridade física e moral do paciente". "Além disso, o próprio titular depara com regras que devem nortear a sua atuação, mesmo no seio de direitos de personalidade". São direitos que também se distinguem dos outros direitos subjetivos porque atendem, na proteção dispensada, à concreta situação do seu titular, enquanto aqueles conferem proteção mais marcadamente abstrata[104].

Os direitos da personalidade costumam, ainda, ser identificados como pertencentes a classe autônoma de direito, situados no contexto das relações jurídicas existenciais (ao lado dos direitos de família e, alguns casos, do direito das sucessões, e até mesmo, na contemporaneidade, no âmbito contratual[105]), já que, embora oponíveis *erga omnes*, envolvem aspectos da própria pessoa e são extrapatrimoniais. Em classe diversa e situados em relações jurídicas patrimoniais, estariam os direitos pessoais, obrigacionais, não oponíveis *erga omnes*, e

---

respeitando, dessa forma, a sua dignidade? Do mesmo modo, eu posso considerar de uma certa maneira, que a pessoa que mendiga e vive debaixo das pontas é livre; mas não é degradante deixá-la viver assim?" (*In* Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central (Tradução de Rita Dostal Zanini, do original: "Notes sur le respect de la dignité humaine... ou petite fugue inachavée autour d'un thème central", in SÉRIAUX, Alain e outros. Le Droit, le Médicine et L'être Humain, Aix-En-Provence: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1996, páginas 185-212). Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional / Béatrice Maurer ... (et al.); org. Ingo Wolfgang Sarlet; trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: editora Livraria do Advogado, 2005, a páginas 78 e 79). Visão esta que se aplica perfeitamente ao nosso conceito aberto proposto para os direitos da personalidade, assim como as ressalvas trazidas por Menezes Cordeiro ao analisar a matéria: "O direito (subjetivo) de personalidade parece determinado pela possibilidade de, com condicionamentos histórico-culturais, programáticos e técnicos, ser possível isolar bens de personalidade. Não é inteiramente assim: a distinção entre "bens" e "direitos a eles relativos" é um corte, feito com fins de análise, numa realidade manifestamente una. É evidente que, neste caso (como noutro) o "direito" antecedeu o "bem", desenvolvendo-se, feita a autonomização, ambos em conjunto", sendo que o artigo 70 do Código civil português "dispensa uma tutela geral, podendo dar azo a diversos direitos subjetivos de personalidade", podendo haver, ainda, "uma proteção independente de quaisquer direitos subjetivos", por meio de uma norma de proteção (CORDEIRO, António Menezes. Op. cit. Tratado de Direito Civil IV. Parte Geral: Pessoas. Coimbra: editora Almedina, 3ª edição, 2011, página 102, item III, e página 104, item III).

[104] CORDEIRO, António Menezes. Id., no item 88, a páginas 124 a 126. Note-se, porém, que o doutrinador português os enxerga como direitos subjetivos: "nunca se pode perder de vista o grande objetivo em jogo: o de pôr ao serviço da tutela humana o instrumento técnico-jurídico mais elaborado, ao longo de milénios de estudos e de aperfeiçoamento: o direito subjetivo" (página 131).

[105] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC, Rio de Janeiro, ano 12, volume 45, páginas 91 a 110, janeiro/março de 2011.

os direitos reais, oponíveis *erga omnes*, mas dentro de relação jurídica que envolve o titular e a coisa: ambos os tipos são direitos patrimoniais porque possuem por objeto, na maioria da vezes, bens capazes de assegurar imediatamente (diretamente) uma utilidade econômica ao indivíduo[106].

Gustavo Tepedino afirma que "a par da análise funcional do contrato e dos direitos subjetivos, a grande dicotomia do direito privado deixa de ser baseada na estrutura desses mesmos direitos subjetivos – como ocorre na distinção entre direitos reais e obrigacionais – dando lugar à distinção funcional entre as relações patrimoniais e existenciais"[107].

Vale ressaltar, porém, que, no nosso entender, a classificação dos direitos da personalidade como extrapatrimoniais em nada acrescenta para sua individualização científica, notadamente porque alguns de tais direitos também podem receber valoração econômica imediata/mediata ou possuir reflexos patrimoniais.

Como se sabe, sua identificação como direitos extrapatrimoniais decorre da influência canônica, por meio da qual se diferenciou a matéria do espírito, o dinheiro do corpo e da existência humana, os bens materiais dos imateriais.

Em termos práticos, porém, o que se verifica é que todos os direitos são patrimoniais, já que integram o patrimônio da pessoa e podem ser avaliados economicamente, direta e imediatamente ou indireta e mediatamente.

Quanto a tal questão, Rosa Nery bem ressalta que já não mais satisfatório o conceito de patrimônio em seu sentido clássico, enquanto um composto econômico de ativos e passivos (direitos exigíveis e obrigações passivas)[108], o qual, para alguns, inviabiliza a admissão de

---

[106] CUPIS, Adriano De. Op. cit. Os Direitos da Personalidade. São Paulo: editora Quorum, 2ª edição, 2008, páginas 34 a 38. Segundo Fábio Maria Mattia, "os direitos da personalidade constituem uma categoria autônoma entre os direitos subjetivos, sendo certo que esta autonomia provém do caráter essencial que apresentam por causa da especialidade do seu objeto e da singularidade do seu conteúdo. Pela importância devem ser tratados num livro expressamente reservado nos Códigos Civis", ainda que na maioria dos códigos sejam regulados em capítulo da Parte Geral (Código Civil alemão, Código suíco, Código Civil português, Projeto de Código Civil brasileiro de 1975) ou no Livro das Pessoas (Código Civil italiano e Código Civil brasileiro em vigor), com sugestão do Prof. Limongi França para que a matéria fosse desenvolvida na Parte Especial de nosso Código Civil, antes do Livro dos Direitos de Família, juntamente com os chamados institutos de proteção à personalidade, como a tutela, a curatela (Op. cit. Direitos da personalidade: aspectos gerais. Revista Forense, vol. 262, ano 74, abril a junho de 1978, páginas 79 a 88, a página 81). A sugestão do Prof. Limongi vem na página 06 da obra Direitos da personalidade, Coordenadas Fundamentais, *in* Revista do Advogado n. 36, março de 1992, páginas 05 a 13.

[107] TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato. *In* TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coordenadores). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopías contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: editora Renovar, 2008, página 404.

[108] Segundo Orlando Gomes, "toda pessoa tem direitos e obrigações pecuniariamente apreciáveis. Ao complexo

espécie de dano classificado como extrapatrimonial.

Mais correta seria a conceituação de patrimônio como tudo o que é susceptível de se tornar objeto de direito, considerando-se por bem jurídico tudo o que possa ser desejado e cobiçado pela pessoa e protegido e tutelado pelo Direito, quer se trate de coisa material, quer se trate de coisa imaterial[109].

No mesmo sentido, se manifesta Luiz Edson Fachin, ao defender a proteção do patrimônio mínimo, a qual não estaria atrelada à exacerbação do indivíduo: "não se prega a volta ao direito solitário da individualidade suprema, mas sim do respeito ao indivíduo numa concepção solidária e contemporânea, apta a recolher a experiência codificada e superar seus limites". Tal posição estaria além da concepção contemporânea de patrimônio[110].

Parece-nos mais adequado, em consequência, entender que a conceituação dos direitos da personalidade não deve depender de qualidades enquanto atributos essenciais à sua identificação.

A de extrapatrimonialidade, como já mencionado, pode ser desconstruída em várias hipóteses, como naquelas relacionadas com a imagem, o nome e a voz[111], que podem e acabam

---

desses direitos e obrigações denomina-se *patrimônio*. Nele se compreendem as coisas, os créditos e os débitos, enfim, todas as relações jurídicas de conteúdo econômico das quais participe a pessoa, ativa ou passivamente. O patrimônio é, em síntese, 'a representação econômica da pessoa'" (Op. cit. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Forense, 13ª edição, 1999, página 202).

[109] NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Dano moral e patrimonial: fixação do valor indenizatório. Responsabilidade Civil, v. 2 – Direito de obrigações e direito negocial. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery organizadores. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2010, página 1.049.

[110] FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro: editora Renovar, 2a edição, 2006, página 167.

[111] Código Civil Brasileiro: Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial. Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome. Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. Vale registrar que Claudio Bueno de Godoy sintetiza perfeitamente a crítica contra a regra do artigo 20 do CC, já que ele "confunde direito à imagem com direito à voz, hoje considerado de modo autônomo, quando se refere à transmissão da palavra. Da mesma forma, ao mencionar a divulgação de escritos, antes que a imagem, toca em questão que diz com direito autoral, se os escritos têm valor literário, ou com a privacidade, se despidos dessa condição. De outra parte, veda, como regra, a publicação, a exposição ou a utilização da imagem da pessoa, mas não sua captação, que pode também ser indevida. Mais, condiciona a tutela à verificação sobre se a publicação, exposição ou a utilização não autorizada atingem a honra ou se se destinam a fins comerciais. E bem pode haver indevida utilização da imagem sem, necessariamente, ofensa à honra, conceito distinto, como se viu, ou sem se destinar à exploração comercial. Ou seja, a legislação civil acabou restringindo a

recebendo mensuração econômica satisfatória de forma direta/imediata ou indireta/mediata, tanto na esfera da autonomia privada como no âmbito judicial.

Preferimos entender, assim, que são classe autônoma de direitos objetivos oponíveis *erga omnes*, que a lei pode elencar apenas exemplificativamente[112], já que relacionados com os aspectos intangíveis da personalidade humana e suas projeções no seio social, com a finalidade especial de tutela da dignidade humana.

Tal finalidade especial de proteção é o elemento essencial em torno do qual orbita nosso conceito, vinculado às emanações e projeções da personalidade humana.

Poder-se-ia questionar se adequada a vinculação de conceito à finalidade do instituto. Quando se considera a peculiaridade dos direitos em discussão, por estarem relacionados à própria pessoa-titular, e a dificuldade de homogeinização de suas características essenciais, na busca de uma definição, parece-nos que escusável a vinculação proposta com a transparente intenção de melhor esquematizar a matéria e facilitar o enquadramento dos direitos necessários à proteção da personalidade humana em uma categoria única.

Neste contexto, resta evidente que a fixação de seus contornos depende do momento em que sopesados, bem como das necessidades impostas pela realidade social.

Inexiste prejuízo, neste contexto, para que outros direitos possam ser erigidos a tal categoria, em virtude da natural evolução humana e social, com reconhecimento não só pelo legislador, bem como pela doutrina e pela jurisprudência.

A grande dificuldade, como se vê, está na delimitação de quais aspectos da personalidade são relevantes o suficiente para tornar necessária a proteção jurídica sob a qualidade especial de direitos da personalidade.

Há que se ter em vista, ainda, que a tutela jurídica dos direitos da personalidade se concretizou em momento histórico de valorização do indivíduo, com o caminho aberto pelo Cristianismo, estruturado, na sequência, pelo Renascimento e pelo Humanismo, ao lado do Iluminismo, e marcado, ao fim, pela Revolução Industrial e pelas Grandes Guerras Mundiais.

Sua proteção, portanto, se deu sob a perspectiva de pessoa como ente abstrato, titular

---

proteção a direito da personalidade em dissonância com a previsão maior da Constituição Federal, sem que por ela autorizada" (GODOY, Claudio Luiz Bueno de Godoy. Op. cit. A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade, ed. Atlas, 3ª edição, 2015, página 41).

[112] No mesmo sentido, Adriano De Cupis: "a tese que sustenta a pluralidade dos direitos da personalidade apresenta-se assente em argumentos suficientemente sólidos" (Op. cit., Os Direitos da Personalidade. São Paulo: editora Quorum, 2ª edição, 2008, página 33).

de direitos individuais, intrasubjetivos: "ao vir ao mundo, o homem, na sua qualidade de homem, possui certos poderes, certos direitos subjetivos, que são os *direitos individuais naturais*. O homem nasce livre, isto é, com o direito de desenvolver livremente a sua atividade física, intelectual e moral, e tem direito ao produto desta atividade. Existirá assim, para todos, a obrigação de respeitar em cada um o desenvolvimento livre da atividade física, intelectual e moral, e essa obrigação é o próprio fundamento do direito, - regra social. Mas, pela própria força das coisas, a salvaguarda dos direitos individuais de todos torna necessária uma limitação recíproca dos direitos individuais de cada um. Donde se segue que, na doutrina individualista, a norma de direito, por um lado, impõe a todos o respeito dos direitos individuais de cada um, e, por outro lado, impõe uma limitação aos direitos individuais de cada um, para assegurar a proteção dos direitos individuais de todos. Parte-se assim do direito subjetivo para nos elevarmos ao direito objetivo: fundamenta-se o direito objetivo no direito subjetivo"[113].

A doutrina individualista, portanto, parte da igualdade entre os homens, os quais nasceriam com os mesmos direitos, inclusive com o direito de conservá-los, sendo que as limitações aos direitos de cada um, impostas pela vida social, devem ser as mesmas para todos. Por meio dela, afirmou-se, pela primeira vez, a limitação dos poderes do Estado pelo direito[114].

Tal perspectiva, porém, considera apenas alguns aspectos relevantes do valor pessoa, quais sejam, a autodeterminação e a liberdade.

Existe, porém, aspecto relevante da pessoa humana que não pode mais ser desconsiderado para tutela efetiva dos direitos da personalidade: o aspecto relacional, ou seja, a intersubjetividade de tais direitos.

Assim como o homem possui projetos individuais, possui também projetos interrelacionais ou comunitários, por se tratar de ser eminentemente social.

Em outros termos, somos ao menos tempo indivíduos egoístas e partes integrais da unidade social[115].

Neste aspecto, Duguit assevera que a doutrina individualista não poderia ser admitida justamente porque estaria baseada em afirmação *a priori* e hipotética: que o homem natural, ou

---

[113] DUGUIT, Léon. Op. cit. Fundamentos do Direito. Tradução de Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: editora Sergio Antonio Fabris, 2005, página 13.
[114] Id., página 14.
[115] MACNEIL, Ian R. The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil. Modern Legal Studies (editado por David Campbell). Londres: editora Sweet & Maxwell, 2001, página 135.

seja, o homem considerado como ser isolado, separado dos outros homens, se encontra investido de certas prerrogativas, de certos direitos, que lhe pertencem porque é homem, "por causa da eminente dignidade da pessoa humana", na expressão de Henry Michel. Porém, "o homem natural, isolado, que nasce livre e independente dos outros homens, e com direitos constituídos por essa mesma liberdade e essa mesma independência, é uma abstração alheia à realidade. De fato, o homem nasce membro de uma coletividade; viveu sempre em sociedade e só pode viver em sociedade, e o ponto de partida de qualquer doutrina sobre o fundamento do direito deve ser, sem dúvida, o homem natural; mas o homem natural não é o ser isolado e livre dos filósofos do século XVIII; é o indivíduo implicado nos laços da solidariedade social"[116].

Esta nova contextualização da pessoa, tanto em seu viés intrasubjetivo como intersubjetivo, é mais um elemento de convicção a confirmar a correção da identificação dos direitos da personalidade como direitos objetivos, ou seja, como diretos positivados pelo ordenamento jurídico, em respeito aos diversos aspectos da personalidade jurídica e como forma de proteção da dignidade humana, mas considerada esta não apenas sob a perspectiva individual, mas também sob a perspectiva social, o que se opera por meio da garantia de direitos subjetivos e pela imposição de deveres, inclusive o de proteção pelo Estado contra o interesse do titular.

Esta conclusão é inspirada principalmente em Orlando Gomes, o qual concluiu que "a teoria dos direitos da personalidade somente se liberta de incertezas e imprecisões se sua construção se apoia no Direito Positivo e reconhece o pluralismo desses direitos ante a diversidade dos bens jurídicos em que recaem, tanto mais quanto são reconhecidamente heterogêneos"[117], mas também em Perlingieri, que bem assevera que "a pessoa se realiza não

[116] Id., página 15. Vale consignar, como já feito acima, que o doutrinador francês vai ainda mais longe para sustentar que não é correto afirmar que os homens nascem livres e iguais em direitos, mas sim que nascem membros de uma coletividade, pelo que sujeitos a todas as obrigações que impliquem a manutenção e o desenvolvimento da vida coletiva. Ou seja, inexistiriam direitos subjetivos, mas apenas direitos objetivos. Diogo de Campos constata a mesma realidade na passagem do invididualismo, nascido das seitas cristãs reformadas do Renascimento e antepassadas próximas do utilitarismo anglo-saxônico, para o combate a tal individualismo, com regresso às cosmogonias clássicas: "o ser humano volta s ser enquadrado, dominado e conduzido em nome de mecanismos sociais, 'naturais', que lhe seriam anteriores e o transcenderiam. É integrado (apesar dele próprio) na ordem ('material') da natureza, da 'raça', etc. O racionalismo, o positivismo e certo socialismo remetiam o indivíduo para uma concepção 'positivista' da sua liberdade, para a sua submissão às leis da sociedade e da natureza... Mas eis que o hodierno 'fim das ideologias' é também o da vitória do individualismo; assente e promovido pela disseminação da técnica; correlativo à destruição 'definitiva' do fundamento ético da ordem social – e do Direito" (*in* O Direito e os direitos da personalidade, páginas 211 a 212, http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/LCampos93_2.pdf, com acesso em 08 de julho de 2015).

[117] GOMES, Orlando. Op. cit. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Forense, 13ª edição, 1999,

através de um único esquema de situação subjetiva, mas com uma complexidade de situações que ora se apresenta como poder jurídico (*potestà*), ora como interesse legítimo, ora como direito subjetivo, faculdade, poderes. Devem ser superadas as discussões dogmáticas sobre a categoria do direito (ou dos direitos) da personalidade. Nestas discussões controvertia-se principalmente sobre a possibilidade de assimilar a personalidade à categoria (em aparência "geral" e, portanto, vista – sem razão – como universal) do direito subjetivo, como tinha sido elaborado pela tradição patrimonialística. Não parece fundada, portanto, a opinião de quem nega uma tutela jurídica, ainda que na fase patológica, a tais situações porque não qualificáveis como direitos, ou no pressuposto de que elas não representariam interesses substanciais"[118].

Parece-nos, por isso mesmo, apropriado também o posicionamento de Orlando Gomes no sentido de que a defesa da existência de um direito geral de personalidade seria incompatível com a natureza positiva dos direitos da personalidade e implicaria a confusão deles com a própria personalidade, a qual, como já visto, não é um direito, mas estrutura sobre a qual se acoplam os direitos da pessoa[119]. Tornaria mais dificultosa, ainda, a delimitação de tais direitos, o que não parece se coadunar com o ideal científico nem com o escopo do Direito, de realização de justiça, e da máxima efetividade da tutela dos direitos fundamentais, dentre os quais muitos também se caracterizam como direitos da personalidade.

O princípio da efetividade máxima, por sinal, já é consagrado pelo Direito Internacional Público na proteção dos direitos humanos.

Neste sentido, se manifesta Daniel Sarmento: "os próprios direitos fundamentais hoje não são mais concebidos dentro de uma perspectiva individualista. Neste ponto, é de se destacar a importância do reconhecimento doutrinário da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que se liga à compreensão de que eles não só conferem aos particulares direitos subjetivos - a tradicional dimensão subjetiva -, mas constituem também as próprias "bases jurídicas da ordem jurídica da coletividade". Como se sabe, a ideia da dimensão objetiva

---

página 152.

[118] PERLINGIERI, Pietro. Op. cit. Perfis do direito civil; tradução de Maria Cristina De Cicco, 1ª edição, ver. e ampl. Rio de Janeiro: editora Renovar, 1999, a página 155.

[119] No mesmo sentido, se posiciona o doutrinador português José Oliveira Ascensão: "a possibilidade de reconhecimento de concretos direitos de personalidade, em regime de numerus apertus, apresenta a nosso ver grandes vantagens em relação à concepção germânica do direito geral de personalidade" (Os direitos de personalidade no Código Civil Brasileiro, página 18, *in* http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-OS-DIREITOS-DE-PERSONALIDADE-NO-CODIGO-CIVIL-BRASILEIRO.pdf, com acesso em 23 de junho de 2015).

prende-se à visão de que os direitos fundamentais cristalizam os valores mais essenciais de uma comunidade política, que deve se irradiar por todo o seu ordenamento, e atuar não só como limites, mas também como impulso e diretriz para a atuação dos Poderes públicos. Sob esta ótica, tem-se que os direitos fundamentais protegem os bens jurídicos mais valiosos, e o dever do Estado não é só o de abster-se de ofendê-los, mas também o de promovê-los e salvaguardá-los das ameaças de ofensas provenientes de terceiros. E para um Estado que tem como tarefa mais fundamental, por imperativo constitucional, a proteção e promoção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, a garantia destes direitos torna-se também um autêntico interesse público" [120].

E, ainda, Ingo Wolfgang Sarlet: "podemos concluir que em se tratando de direitos fundamentais de defesa, a presunção em favor da aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível devem prevalecer, não apenas autorizando, mas impondo aos juízes e tribunais que apliquem as respectivas normas aos casos concretos, viabilizando, de tal sorte, o pleno exercício destes direitos (inclusive como direitos subjetivos), outorgando-lhes, portanto, sua plenitude eficacial e, consequentemente, sua efetividade"[121].

Note-se que é falha a percepção de que a tutela de um direito geral de personalidade é mais efetiva do que a tutela de tantos direitos quantos forem os necessários à proteção da personalidade da pessoa humana, porque tal percepção confunde a existência de um direito geral de personalidade e as formas pelas quais tais direitos podem ser tutelados (cláusula geral de tutela, de um lado, e forma difusa de tutela, de outro[122]). Ambas as qualificações, ademais, assim como ambas as vias de tutela tornam necessário o desenvolvimento de conceitos e de estruturas de salvaguarda para cada um dos diversos aspectos da personalidade.

Em outros termos, o relevante é delimitar o conteúdo dos direitos da personalidade para que se garanta proteção efetiva, o que somente é possível pelo abandono da percepção individualista de tais direitos e pelo reconhecimento da relevância não apenas do valor liberdade

[120] SARMENTO, Daniel. Direito Administrativo e seus novos paradigmas, coordenação de Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte: editora Fórum, 2012, página 120.
[121] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: editora Livraria do Advogado, 5ª edição, 2005, página 281.
[122] Doutrinadores como Nelson Rosenvald, *in* Dignidade humana e boa-fé no Código Civil. São Paulo: editora Saraiva, 2005, página 30, entendem que o Código Civil de 2002, por meio de seu artigo 12 teria passado a prever a cláusula geral de tutela à personalidade. Já Anderson Schreiber reconhece uma cláusula geral de tutela no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal Brasileira (Op. cit. Direitos da personalidade: aspectos gerais. Revista Forense, vol. 262, ano 74, abril a junho de 1978, páginas 79 a 88, a página 08).

e autodeterminação (intrasubjetividade), mas também do valor igualdade e fraternidade (intersubjetividade).

São direitos, portanto, que garantem certas liberdades e poderes, mas que também impõem deveres e ônus decorrentes da vida interrelacional, ou seja, da vida em sociedade. Deveres tais que se impõem aos terceiros e ao próprio titular, bem como ao Estado (proteção e implementação, ainda que contra a vontade do titular, como já anotado).

A igualdade, permeada pela fraternidade, refreia o individualismo exacerbado e o discurso do poder, os quais podem estar subjacentes ao estudo dos direitos da personalidade, como bem propõe Diogo Leite de Campos, já que o direito existencial do mais forte acaba prevalecendo quando o tratamento é muito individualista, por se focar na ideia kantiana de pessoa e de intrasubjetividade: "pois não são os direitos da personalidade o núcleo intocável do Direito contemporâneo? Não são eles a principal garantia do ser humano contra a omnipotência do Estado e a agressividade dos outros? Não têm fundamento natural que os coloca antes do Direito positivo e acima das análises conjunturais dos juristas? (...) os direitos da personalidade, no discurso do jurista e nas representações sociais, têm a sua *natureza* adulterada. De instrumentos de defesa do ser humano contra a omnipotência do soberano e contra a agressão dos outros, estão sendo transformados em expressão da omnipotência do indivíduo, da sua soberania absoluta sobre o *eu* e os *outros*".[123]

A perspectiva individualista autoriza que os direitos da personalidade se tornem instrumentos de relações de poder, em que cada indivíduo, igual só a si mesmo, resgatado da eticidade dos costumes, supramoral, se quer soberano absoluto de todos os outros, inclusive do seu próprio corpo e do seu espírito – usando, para isso, os seus direitos. Constata-se, assim, que não teria havido destruição do poder real, do poder dos nobres, mas uma mera transferência desse poder para o povo soberano, enquanto grupo mais forte, que, por sua vez, assume a função de apagar o papel do ser humano e de seus direitos[124].

---

[123] CAMPOS, Diogo Leite de. Os direitos da personalidade: categoria em reapreciação. Texto que serviu de base à conferência proferida na Faculdade de Direito de Santiago de Compostela, integrada na "Semana Jurídica Portuguesa", em 19 de abril de 1993, página 61, *in* https://dspace.usc.es/bitstream/10347/2188/1/pg_063-076_dereito2-2.pdf.

[124] Id., páginas 67 e 73. No artigo O Direito e os direitos da personalidade, o doutrinador reflete: "rejeitar a sujeição do ser humano e dos seus direitos à vontade do legislador, de acordo. Mas a absolutização do sujeito não virá também a pôr em risco a liberdade, a dos outros e a do próprio? Parece-me que sim... Sendo as leis humanas necessariamente leis éticas. A liberdade é uma noção ética – sem a qual o 'Direito' resultante da liberdade nada mais será do que a vontade de tornar eterna uma relação mutável de poder. Em que o Direito nada mais é do que o

Torna-se necessária, portanto, uma nova compreensão da pessoa, enquanto valor central, para que se possam conceituar adequadamente os direitos da personalidade, enquanto manifestação da existência humana (direitos existenciais).

Para tanto e mais uma vez, nos dizeres de Diogo de Campos, "não há que se escolher entre a absolutização do social que leva à escravidão de todos e a absolutização do individual que conduz também à escravidão de todos, inclusive do próprio super-homem dominador. Há que se determinar o justo equilíbrio do individual e do social, na dimensão do ser-que-vive-com-os-outros"[125].

José de Oliveira de Ascensão sente a mesma necessidade, ao afirmar que "a sociedade em que vivemos só festeja tão gostosamente os direitos da personalidade porque os deturpa. Na sua densidade ética, a categoria lhe é incompreensível. A crise do Direito da Personalidade é na realidade tão grande que leva a fazer inverter o sinal a este ramo do direito. O que deveria ser o direito da pessoa ontológica transformou-se no puro dos egoísmos individuais. Os direitos da personalidade ganham cariz anti-social, perdendo o sentido de comunhão e solidariedade que lhes é constitutivo"[126].

Diogo de Campos apresenta uma solução para o impasse, que estaria na contraposição, ao primado dos direitos do sujeito, do primado da ética – como conteúdo e limite de tais direitos[127], ao lado da reinterpretação do direito subjetivo não só como poder de vontade ao serviço dos interesses do seu titular, mas também como dever para com a outra parte, como a atenção devida pelo titular aos interesses desta.

Em suas palavras, "o direito subjectivo vê-se transformado. Composto internamente também pelo dever ético-jurídico perante a outra parte, transforma-se em poder-dever; de instrumento de poder, converte-se em veículo de colaboração. É agora componente de uma complexa posição jurídica integrada por poderes-deveres. A "omnipotência" dos direitos da

---

'nome' que o poder usa para se fazer aceitar pelos outros" (http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/LCampos93_2.pdf, páginas 220 e 221, com acesso em 08 de julho de 2015).

[125] CAMPOS, Diogo Leite de. Os direitos da personalidade: categoria em reapreciação. Texto que serviu de base à conferência proferida na Faculdade de Direito de Santiago de Compostela, integrada na "Semana Jurídica Portuguesa", em 19 de abril de 1993, página 61, *in* https://dspace.usc.es/bitstream/10347/2188/1/pg_063-076_dereito2-2.pdf, página 73, com acesso em 02 de junho de 2015.

[126] ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. Direito Civil. Teoria Geral. Introdução. As pessoas. Os bens. São Paulo: editora Saraiva, 3ª edição, 2010, a página 23.

[127] CAMPOS, Diogo Leite de. O Direito e os direitos da personalidade (http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/LCampos93_2.pdf, página 221, com acesso em 08 de julho de 2015).

personalidade não deve ser sinônimo de estado-de-guerra, mas marca de identidade entre os seres humanos e, logo, de ordem entre iguais"[128].

E prossegue o doutrinador: "os direitos do homem não servem para combater a lei e os outros. Mas, sim, e só, para limitar (ou eliminar) o arbítrio do legislador e dos outros. Através da substituição do primado da lei – expressão da vontade desvinculada do legislador, colectivo ou individual, pelo primado do Direito, consubstanciando os sentimentos éticos da colectividade. A solução do problema deve procurar-se no interior dos próprios direitos da personalidade. A cada direito corresponde um dever do próprio titular do direito, para consigo mesmo, ou para com outrem. É o limite interno do direito, que o transforma em poder-dever ou, indo mais longe, o absorve numa complexa situação jurídica, integrada por direitos e deveres, intimamente ligados de modo a esbaterem e compensarem o poder ('absoluto') ligado ao direito subjectivo"[129].

Assentes na paridade ontológica dos seres humanos e na natural contratualidade das relações, os direitos da personalidade devem ser identificados como poderes-deveres em que cada um, ao exercer o poder (de exclusão dos outros, ou a sobre si próprio), realiza um plano pessoal eticamente fundado ou colabora na intensificação das relações sociais, também eticamente fundadas[130].

A própria Constituição Italiana, em seu artigo 2º, expressamente reconhece a necessidade da tutela dos direitos do homem sob a perspectiva intra e intersubjetiva:

"Art. 2º. A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social"[131].

---

[128] CAMPOS, Diogo Leite de. Os direitos da personalidade: categoria em reapreciação. Texto que serviu de base à conferência proferida na Faculdade de Direito de Santiago de Compostela, integrada na "Semana Jurídica Portuguesa", em 19 de abril de 1993, página 61, *in* https://dspace.usc.es/bitstream/10347/2188/1/pg_063-076_dereito2-2.pdf, página 74, com acesso em 02 de junho de 2015.

[129] CAMPOS, Diogo Leite de. O Direito e os direitos da personalidade (http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/LCampos93_2.pdf, páginas 221 a 223, com acesso em 08 de julho de 2015): "esta igualdade permite começar a fundar a percepção de que o funcionamento de relação não assenta (não pode assentar) em actos de poder, mas sim em actos de colaboração éticamente fundados, destinados a obter um justo equilíbrio de interesses (na óptica das partes)"... Há que retirar todas as consequências do princípio da boa-fé, e do seu complemento, a proibição do abuso do direito; revendo, com base neles, a própria concepção do direito subjectivo".

[130] Id., página 223: "a paridade ontológica dos seres humanos exclui que se estabeleçam entre eles relações de poder; mas só relações bilaterais, em que cada um tenha simultaneamente direitos e obrigações".

[131] http://www.casacultureivrea.it/costituzione/portoghese.pdf, com acesso em 24 de junho de 2015. A Constituição Italiana pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico:

Os fortes argumentos apresentados são mais um elemento a justificar a posição oferecida neste estudo, que prega tratamento objetivo da matéria e em coerência à compreensão do Direito como ciência: direitos da personalidade enquanto direitos objetivos positivados, geradores de direitos subjetivos e de deveres jurídicos[132], que existem em tantos quantos forem os aspectos da personalidade a serem protegidos.

A especialização, neste contexto, é sempre bem vinda, principalmente porque garantia de maior efetividade.

À eventual crítica que o posicionamento possa enfrentar, notadamente por adotar

---

http://www.governo.it/costituzione-italiana/principi-fondamentali/2839, com acesso em 18 de maio de 2016. O artigo 2º original está assim escrito: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".

[132] Note-se que a avalição do tema poderia ter sido feita sobre outro enfoque e além do embate entre as categorias de direitos (direito subjetivo e direito objetivo; direito positivo e direito natural; direito geral e direito parcelar), caso tivesse se fixado na estrutura das normas jurídicas e no exercício da autonomia privada. Na visão de Alf Ross, raramente se consideraram as modalidades jurídicas como um tema importante de estudo. A análise usual divide as relações jurídicas simplesmente em conceitos correlativos de direito (*right*) e dever (*duty*), o que é insatisfatório. Em primeiro lugar, porque não se percebe que o objeto de análise é a linguagem do Direito e que as diferentes modalidades representam simplesmente veículos linguísticos por meio dos quais se expressam o conteúdo directivo das regras jurídicas. Em acréscimo, os direitos e deveres são considerados como substâncias metafísicas em grande parte do pensamento jurídico continental e angloamericano, com lamentáveis resultados para o tratamento dos problemas jurídicos práticos. Em segundo lugar, a divisão direito-dever é demasiadamente superficial, porque envolve termos que encobrem diversos conceitos heterogêneos (como exemplo, a um direito podem correspoder pretensão, liberdade, poder (competência) e imunidade). Por fim, é um erro introduzir direito como correlato de dever: o conceito de direito é um conceito sistemático no qual se unem certo número de regras jurídicas e que cobre uma série de efeitos jurídicos, cada um dos quais se pode expressar em uma das modalidades citadas. O direito de propriedade, por exemplo, inclui um conjunto de pretensões, liberdades, competências e imunidades. Um direito, portanto, não é uma modalidade jurídica usada na expressão de uma regra particular, mas sim uma construção teórica que serve para a apresentação sistemática do Direito vigente. Realizando sua análise sob a perspectiva das normas jurídicas e de sua estrutura, Alf Ross conclui que todo sistema jurídico bem desenvolvido, por ser institucional e dinâmico, contém não apenas *normas de conduta*, que prescrevem como agir, mas também *normas de competência*, que regulam como se podem criar, por meio de atos jurídicos, novas normas válidas e obrigatórias. As normas de competência são logicamente reduzíveis a normas de conduta desta maneira: as normas de competência fazem que seja obrigatório atuar de acordo com as normas de conduta que tenham sido criadas segundo o procedimento estabelecido nas primeiras. Como obrigação, 'competência' é uma relação entre duas pessoas, a saber, a pessoa que possui a competência e a pessoa que está sujeita ao poder daquela, isto é, que tem a obrigação de obedecer às normas corretamente criadas por aquela (Lógica de las normas – Estructura y Funcion (versão castelhana da obra Directives and Norms, editada por Routledge & Kegan Paul, Londres). Madri: Editorial Tecnos, 1971, a páginas 112 a 113 e 122 a 127). Em outros termos, a avaliação do tema em estudo poderia ter sido construída apenas dentro da estrutura das normas jurídicas, notadamente das normas de competência, que se diferenciam de normas de conduta, na medida em que criam autoridade pública e autonomia privada, consubstanciando-se esta última no poder concedido pelo sistema jurídico para que cada pessoa possa dispor sobre seus próprios interesses, dentre os quais se situam, obviamente, os direitos da personalidade. Consequentemente, por não serem as categorias de direito elemento normativo, mas sim conceitos que traduzem relações jurídicas complexas e servem apenas para a apresentação sistemática do Direito vigente, a classificação dos direitos da personalidade dentro delas se tornaria questão de somenos importância. Ficam registradas, portanto, as duas possibilidades de análise, com vista ao enriquecimento do conhecimento da matéria.

postura positivista[133], manifestamo-nos no sentido de que a conceituação proposta não sugere como existentes apenas os direitos expressamente reconhecidos pela norma jurídica nem limita a sua análise aos contornos legalmente impostos. Ela reconhece, em verdade, a relação de tais direitos com aspectos intangíveis da personalidade humana, interrelacionados com outros âmbitos do conhecimento humano e totalmente dependentes do momento histórico e do núcleo cultural em que analisados, com vistas à tutela da dignidade da pessoa humana, o que torna impossível a sua identificação apenas pelo método empírico-positivista puro.

No mesmo sentido, por sinal, já se manifestou Perlingieri: "a personalidade é, portanto não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais nas quais se traduz a sua incessante mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações"[134].

Um exemplo claro está no direito à imagem, podendo ser apontadas como três as fases da evolução da sistematização de sua proteção.

Em um primeiro momento, negou-se a própria existência do direito (teoria negativista), para, em seguida, passar-se a reconhecê-lo como reflexo de outro instituto jurídico, normalmente a honra. Finalmente, passou a ser entendido como direito autônomo, desvinculado de qualquer outro[135], e pertinente aos direitos da personalidade[136].

---

[133] Conhecidas são as críticas contra o positivismo exacerbado, por engessar o Direito e retirar dele valores fundamentais. Paulo Nader esclarece que, com a ótica das ciências da natureza, que limita o campo de observação, centrando-o na análise dos fatos concretos, o positivismo reduziu o significado humano, de ente complexo a prodígio da Física, sujeito ao princípio da causalidade, o que se traduz como porta aberta aos regimes totalitários, seja em sua fórmula comunista, fascista ou nazista (Op. cit. Introdução ao estudo do direito. Rio de Janeiro, Forense, 37ª edição, 2015, página 383). No mesmo sentido, observação de Celso Lafer: "a tese de que os indivíduos não têm direitos mas apenas deveres em relação à coletividade, na medida em que estes deveres são estipulados *ex parte populis*, sem um controle e uma participação de cunho democrático, levou, no totalitarismo, à negação do valor da pessoa humana enquanto "valor-fonte" da ordem jurídica" (A reconstrução dos Direitos Humanos. São Paulo: editora Companhia das Letras, 6ª edição, 2006, página 133).

[134] PERLINGIERI, Pietro. Op. cit. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: editora Renovar, 2ª edição, 2002, p. 156.

[135] FACHIN, Zulmar Antonio. A proteção jurídica da imagem. Ed. Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, páginas 59 a 61.

[136] Vale registrar que a própria conceituação do direito à imagem como direito da personalidade é dificultosa,

No caminho, nada mais do que sete teorias a respeito foram elaboradas, como aponta Walter Moraes: (1) teoria negativista, 2) a que subsume o direito à imagem no direito à honra, 3) a que entende o direito à imagem como manifestação do direito ao próprio corpo; 4) como manifestação do direito à identidade pessoal; 5) como expressão do direito à intimidade; 6) como direito relacionado com a liberdade; 7) como direito ligado à ideia de patrimônio moral da pessoa), para concluir que a própria imagem constitui um bem jurídico autônomo[137].

Tal processo também se deu no Brasil: o direito à imagem, embora não consagrado expressamente em nossa legislação, passou a ser tutelado pela jurisprudência quando se constatou que a nova realidade tecnológica expunha a risco e violava tal aspecto da personalidade humana.

Em julgado dos idos de 1982, ou seja, antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, proteção já se efetivava por meio da jurisprudência:

"Direito à imagem. Fotografia. Publicidade comercial. Indenização. A divulgação da imagem de pessoa, sem o seu consentimento, para fins de publicidade comercial, implica em locupletamento ilícito à custa de outrem, que impõe a reparação do dano. Recurso extraordinário não conhecido"[138].

Ou seja, não houve necessidade de tipificação de um direito geral de personalidade para que se garantisse proteção à imagem humana, enquanto conjunto de atributos físicos que se projeta para o seio social.

O mesmo entendimento pode ser construído em relação ao direito à identidade pessoal, que iria, para Anderson Schreiber, muito além da proteção ao nome, englobando aspectos distintivos da personalidade como o estado civil, a etnia, a fé, a orientação sexual, impressões digitais e ideologias, sem sobreposição a aspectos já abrangidos por outros direitos da personalidade, como o direito à imagem e o direito à privacidade: "o direito à identidade não se confunde com a tutela isolada e estática de cada um destes aspectos. A identidade pessoal deve ser vista em perspectiva funcional e dinâmica, voltada a promover e garantir uma fidedigna apresentação da pessoa humana, em sua inimitável singularidade"[139], já que elemento essencial à

---

notadamente quando objeto de contrato de alto valor patrimonial, como no caso dos artistas e pessoas públicas, que exploram comercialmente a própria imagem.

[137] MORAES, Walter. Direito à própria imagem. Revista dos Tribunais, volume 443, ano 61, setembro de 1972, páginas 64 a 81, e Revista dos Tribunais, volume 444, ano 61, outubro de 1972, páginas 11 a 28 (páginas 04 e 05).

[138] STF, RE n. 95.872-0, Rio de Janeiro, Primeira Turma, Relator Ministro Rafael Mayer, 10 de setembro de 1982.

[139] SCHREIBER, Anderson. Op. cit. Direitos da personalidade: aspectos gerais. Revista Forense, vol. 262, ano 74,

realização da dignidade humana, a qual só pode ser alcançada por alguém que tenha consciência de sua identidade.

A grande questão, porém, persiste: é o direito à imagem[140], notadamente em função de seu forte aspecto patrimonial, ou o direito à identidade pessoal[141], um direito da personalidade?

E o direito à vida digna?

Tratam tais direitos, em outros termos, de aspecto da personalidade essencial ao desenvolvimento da pessoa humana, a merecer proteção especial?

Qual seria ou como se identificaria o núcleo duro ou o núcleo essencial dos direitos da personalidade? Qual seria esta orla impugnável?

A mesma pergunta pode ser posta, ainda, sob a perspectiva oposta: até que ponto poderiam tais direitos ser limitados sem que se esmorecesse a sua proteção jurídica?

Parece-nos que resposta pode ser encontrada pela construção de um conteúdo eticamente justificável para tais direitos, indisponível para o seu titular, sendo que referida construção deve ter em vista a pessoa humana e sua dignidade dentro de um contexto de socialidade.

---

abril a junho de 1978, páginas 79 a 88, a página 08.

[140] Vale consignar que, na obra já referida (item 73), Walter Moraes conclui que toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o Direito. Trata-se, portanto, de bem jurídico autônomo, sendo o direito à imagem um direito inato, da personalidade (páginas 27 e 28). Andréa Barroso Silva expressa o mesmo posicionamento: "a natureza jurídica do direito à imagem é doutrinariamente entendida, de forma pacifica, como de direito de personalidade, e dessa forma e tratada na legislação civil, tanto portuguesa como brasileira" (*in* Direito à imagem: o delírio da redoma protetora, Direitos da Personalidade, organizadores Jorge Miranda, Otavio Luiz Rodrigues Junior e Gustavo Bonato Fruet, São Paulo: editora Atlas SA, 2012, página 284).

Para David de Oliveira Festas, o direito à imagem teria natureza mista: direito da personalidade e direito patrimonial (*in* Do conteúdo patrimonial do direito à imagem- contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido e *inter vivos*. Lisboa: editora Coimbra, 2009, páginas 416 a 421). Já António Menezes Cordeiro refuta tal entendimento, para defender que o direito à imagem é direito pessoal com reflexos patrimoniais (*in* Tratado de Direito Civil Português, Coimbra: editora Almedina, 2001, tomo (3), páginas 33 a 38, e Tratado de Direito Civil IV. Parte Geral: Pessoas. Coimbra: editora Almedina, 3ª edição, 2011, páginas 245 a 257).

Andrea Barroso, mais uma vez, elucida que Oliveira Ascensão classifica os direitos da personalidade como pessoais, afirmando que tal característica não impede os reflexos patrimoniais derivados da responsabilidade civil, por exemplo. Todavia, em relação ao direito à imagem, afirma que este extrapola o direito de personalidade por não haver qualquer aspecto ético implicado na indisponibilidade do bem tutelado, que afastaria inclusive a limitação negocial do art. 812, n. 2, do CCP. Dessa forma, reconhece o autor uma margem do direito a imagem não protegida como direito de personalidade, em virtude de sua maior possibilidade de disponibilidade, embora não reconhecendo um caráter patrimonial ao mesmo (Op. cit. acima, página 06).

[141] Sobre a natureza do direito à identidade, vale conferir o REsp n. 1.063.304 - SP (2007/0236532-9), que tem a seguinte ementa: CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. REPORTAGEM DE JORNAL A RESPEITO DE BARES FREQÜENTADOS POR HOMOSSEXUAIS, ILUSTRADA POR FOTO DE DUAS PESSOAS EM VIA PÚBLICA. A homossexualidade, encarada como curiosidade, tem conotação discriminatória, e é ofensiva aos próprios homossexuais; nesse contexto, a matéria jornalística, que identifica como homossexual quem não é, agride a imagem deste, causando-lhe dano moral. Recurso especial conhhecido e provido em parte.

José de Oliveira de Ascensão bem reconhece que o grande problema se revela justamente como sendo o de determinar os limites em que há exigência da personalidade humana para proteção especial e aqueles em que não há, sendo que o regime excepcional somente tem razão de ser quando estiver em causa verdadeiramente a personalidade humana[142].

O doutrinador distingue, ainda, com a finalidade de demarcar o que representa o direito de personalidade, três núcleos: 1) os direitos de personalidade em sentido estrito ou direitos à personalidade, que são aqueles que asseguram a base da personalidade, como os direitos à existência e à integridade física; 2) os direitos à individualidade, que são aqueles por meio dos quais o homem se demarca socialmente, mas que também compreendem a esfera da privacidade, dando ao homem as condições para a realização de seu projeto pessoal; 3) os direitos ao desenvolvimento da personalidade, que englobam as liberdades e possuem acento dinâmico: a personalidade é também um projeto que o homem deve realizar em comunhão e em autonomia. "Daqui resulta que só o que estiver eticamente fundado na pessoa cabe no Direito da Personalidade. O que não atingir esta essência não passa os umbrais deste ramo do Direito. Porque só a densidade ontológica da pessoa humana justifica a autonomização desta categoria e o regime a que fica submetida. Todo o direito da personalidade desemboca assim na garantia do desenvolvimento da personalidade de cada um. Desenvolvimento que supõe o silêncio, mas supõe também o outro. Propicia a aventura pessoal de cada, mas num fundo que não pode deixar de ser o da comunhão e da solidariedade"[143].

Ascensão ressalta, ainda, que só o Direito Civil está em condições de consagrar e desenvolver o núcleo fundamental do Direito de Personalidade e de pessoa humana, que está em sua base, sendo necessário tirar consequências do princípio da dignidade da pessoa humana previsto em nossa Constituição Federal como fundamento da República: "o actual Código civil correspondeu à sua época. Mas um novo Código terá de ir além. Terá de receber a sua lição e projectá-la para futuro", terá de voltar ao essencial, para exprimir, assim, que os direitos da personalidade são, simplesmente, os direitos da pessoa, que merecem proteção especial por esta razão e não por qualquer outra[144].

Há que se notar, porém, que a densificação ética de cada direito da personalidade não

[142] ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. Direito Civil. Teoria Geral. Introdução. As pessoas. Os bens. São Paulo: editora Saraiva, 3ª edição, 2010, páginas 20 a 21.
[143] Id., páginas 21 a 22.
[144] Id., página 24.

há como ser feita aprioristicamente, já que somente é possível, como já exposto, quando avaliada dentro de contexto fático e temporal, sendo que tal compreensão leva necessariamente em consideração o modo de ser do titular e de suas relações.

Em outros termos, não há como se definir o núcleo duro de cada um de tais direitos abstratamente. Ainda que se elabore teoria sobre núcleo comum, ele jamais será suficiente para análise do caso concreto.

A fixação do núcleo essencial dos direitos da personalidade, como se vê, reflete a busca do difícil ponto de equilíbrio entre a tutela estatal necessária e a preservação de autonomia para que se efetive respeito à dignidade humana.

Afinal, não há como se falar em dignidade sem autonomia. Por outro lado, não há como se falar em autonomia e dignidade sem limites, notadamente em vida social.

Os direitos da personalidade, como já proposto, são direitos objetivos que geram direitos subjetivos, ao mesmo tempo em que impõem deveres jurídicos, de respeito à igualdade e à solidariedade (fraternidade). Impõem, ainda, dever de tutela, pelo Estado, mesmo para casos em que o próprio titular do direito não a deseje.

Sob a bandeira de proteção de direitos existenciais, essenciais à proteção da dignidade humana e da própria humanidade, restringem-se a autonomia da vontade e a autonomia privada do ser humano.

São conhecidos os exemplos em que o Estado assumiu para si a responsabilidade de tutelar aspectos da personalidade de pessoas que não desejavam tal proteção, como no caso francês do lançamento de anão[145] ou na proibição da eutanásia, a qual persiste na maioria dos países[146].

Estaria mesmo justificada a proteção quando em colisão com o interesse do titular do

---

[145] Resumo sobre o caso pode ser encontrado na imprensa francesa (Le Parisien): http://www.leparisien.fr/espace-premium/essonne-91/pourquoi-valls-a-exhume-l-arrete-anti-lancer-de-nains-08-01-2014-3471603.php#xtref=https%3A%2F%2Fwww.google.com.br%2F, com acesso em 24 de junho de 2015. Na doutrina brasileira, boa análise é feita por Maren Guimarães Taborda, em seu artigo "A afirmação do princípio da proteção à dignidade humana como componente da ordem pública", publicado na Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça n. 5 (Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do RS), outubro/dezembro de 2008, páginas 186 a 203, mais especificadamente a páginas 187 a 189.

[146] Como exemplo, citamos duas matérias jornalísticas estrangeiras que abordam a difícil questão da regulamentação da eutanásia no mundo e o conteúdo de *site*, também internacional, de defesa do instituto: http://www.theguardian.com/society/2014/jul/17/euthanasia-assisted-suicide-laws-world; http://www.bbc.co.uk/ethics/euthanasia/overview/regulation_1.shtml#top; http://www.life.org.nz/euthanasia/euthanasialegalkeyissues/global-euthanasia-laws/, com acesso em 24 de junho de 2015.

direito e sem que direitos alheios fossem feridos, notadamente quando se tem em vista a evolução histórica e moral do homem?

Haveria mesmo justificação jurídica para a limitação da autonomia nos casos citados?

Tais questões serão mais bem desenvolvidas na sequência, em que se dará desmembramento adequado aos diversos temas que compõem o título principal em debate.

I.a. Evolução da dogmática jurídica dos direitos da personalidade.

Em termos históricos, pode-se afirmar que a elaboração da teoria dos direitos da personalidade é produto da vida em sociedade sob a égide do Estado, sendo antiga a concepção de que, por meio de um contrato originário, os homens abririam mão de sua liberdade em prol da segurança oferecida pela vida em grupo, o que teria gerado a concepção dos direitos inatos, de proteção da pessoa contra o poder estatal[147].

A percepção inicial do Estado como um mal necessário à sobrevivência humana, trazida em 1751 por Thomas Hobbes[148], foi atenuada com as revoluções liberais do século

[147] MATTIA, Fábio Maria. Op. cit. Direitos da personalidade: aspectos gerais. Revista Forense, vol. 262, ano 74, abril a junho de 1978, páginas 79 a 88, a página 79. Vale consignar que, para o historiador evolucionista Henry James Sumner Maine, a origem da sociedade não estaria no pacto social, mas na própria organização familiar (*kin-based societies*), sendo que o direito seria produto da passagem do *status* para o contrato. Ou seja, organização social como resultado da organização familiar e Direito como necessidade trazida pelo contrato (MAINE, Henry James Sumner. Ancient Law, its Connection with the Early History of Society, and its Relation to Modern Ideas. Tucson, Arizona: editor The University of Arizona Press, 1986, páginas 109 a 165). No mesmo sentido, se manifesta António Menezes Cordeiro, ressaltando que, normalmente, os estudiosos associam as origens do Direito ao mercado, às trocas e à propriedade: "o Direito decorre da vertente social da hominização. A crescente complexidade da vida humana, particularmente desde o momento em que a especialização das tarefas fez a sua aparição, levou ao estabelecimento de instâncias próprias de aprendizagem e de aplicação de regras de conduta social. O Direito separou-se, por essa via, das restantes ordens normativas" (CORDEIRO, António Menezes. Op. cit. Tratado de Direito Civil IV. Parte Geral: Pessoas. Coimbra: editora Almedina, 3ª edição, 2011, página 28).

[148] HOBBES, Thomas. O Leviatã (*in* http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf, com acesso em 27 de maio de 2015): "O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos, sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza que foram expostas nos capítulos décimo quarto e décimo quinto. Porque as leis de natureza (como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, ou, em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes" (página 59). E, ainda: "Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim *civitas*. É esta a

XVIII, as quais forçaram o reconhecimento de uma série de direitos e garantias do cidadão em face do poder estatal.

Nasciam, assim, a época contemporânea e o direito contemporâneo, sob forte influência do liberalismo econômico. "Após séculos servindo como instrumento de abusos de monarcas e de privilégios da nobreza, o Estado era visto pela burguesia como uma ameaça a ser contida. A interferência estatal representava um obstáculo ao livre desenvolvimento das relações econômicas. À nova ordem jurídica competia minimizar o papel do Estado, limitando-o à preservação da segurança nas relações sociais. Aos particulares, por outro lado, deveria ser reservada a liberdade mais ampla possível". O homem se viu livre como nunca antes, em pleno exercício da máxime do projeto liberal, consignada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ou seja, do poder de fazer tudo o que não prejudicasse o próximo[149].

Embora se acreditasse que pelo exercício da liberdade os homens alcançariam a felicidade plena e o bem comum, o que se viu foi a degradação do homem pelo homem, principalmente após a Revolução Industrial: '"o direito liberal mantinha o Estado longe das relações entre particulares. Enquanto isso, premidos por necessidades. fundamentais, os trabalhadores egressos do campo sujeitavam-se a condições aviltantes de moradia e trabalho. No exercício da sua preciosa "liberdade", assinavam contratos "concordando" em se submeter a jornadas de trabalho extenuantes, salários vergonhosos e habitações insalubres. Tudo com a chancela da ordem jurídica, que entendia que os contratos, como frutos do livre acordo de vontades, eram "justos" por definição" [150].

No mesmo sentido, esclarece Eduardo Tomasevicius Filho que "uma das doutrinas filosóficas que fundamentou as mudanças do século 19 foi o racionalismo, concepção segundo a qual a razão era o centro de todas as ações humanas. A expressão "penso, logo existo" ilustra bem essa visão de ser humano. No campo econômico, a Revolução Industrial caracterizou-se

---

geração daquele grande Leviatã, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele Deus Mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa. Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país, e ela ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. É nele que consiste a essência do Estado, a qual pode ser assim definida: Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurara paz e a defesa comum" (página 61).

[149] SCHREIBER, Anderson. Op. cit. Direitos da personalidade: aspectos gerais. Revista Forense, vol. 262, ano 74, abril a junho de 1978, páginas 79 a 88, página 03.

[150] Id., páginas 03 e 04.

pela liberdade como fundamento da organização econômica, deixando a "mão invisível" do mercado regular o funcionamento da economia no âmbito interno e internacional. (SMITH, 1981). Em consequência, surgiram alterações na ordem social, formando-se novas classes sociais: a burguesia, detentora do capital, e os trabalhadores. Em vista dessas transformações, os institutos jurídicos daquela época foram fortemente marcados por um espírito de liberdade ilimitada. No direito civil, o pressuposto de que o ser humano tem uma racionalidade ilimitada acarretou a igualdade formal entre as partes contratantes; todos os seres humanos são dotados de razão, sendo plenamente capazes de cuidarem da sua própria vida por meio da deliberação racional. Afinal, ninguém em sã consciência procura o pior para si mesmo. Contudo, essa liberdade conferida pela pressuposição da racionalidade ilimitada, quando exercida em matéria contratual, revelou-se insuportável para o convívio social, porque muitos abusos foram praticados pelo exercício estrito da mesma. O exemplo mais marcante desse período foi o modo como eram celebrados os contratos de emprego, por meio dos quais se escravizavam os trabalhadores com jornadas enormes a baixíssimos salários e condições insalubres de trabalho"[151].

Verificou-se que a liberdade não era tudo.

Em um cenário de desigualdade econômica e social, a liberdade dos mais fracos era suprimida pela liberdade dos mais fortes: o próprio homem passara a substituir o soberano como titular do poder e autor das arbitrariedades.

Já não bastava, portanto, proteger o homem dos desmandos do Estado ou das agressões vindas de seus semelhantes. Tornou-se necessário proteger o homem de si mesmo, evitando-se, assim, que ele, premido de suas necessidades mais imediatas, abrisse mão de seus direitos existenciais: "muitos juristas passariam, então, a defender a criação de uma nova categoria que fosse capaz de assegurar, no campo do próprio direito privado, a proteção daqueles direitos imprescindíveis ao ser humano, direitos que não se limitavam a uma liberdade ilusória e vazia, direitos superiores à própria liberdade, direitos a salvo da vontade do seu titular, direitos indisponíveis, direitos inalienáveis, direitos inatos". No contexto histórico da segunda metade do século XIX, marcado por injustiças e revoltas, surgiram as primeiras construções em tomo dos direitos da personalidade. A expressão foi concebida por jusnaturalistas franceses e alemães

[151] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato. Conceito e critérios de aplicação. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v.42, n.168, páginas 197-213, outubro/dezembro de 2005 (página 198).

para designar certos direitos inerentes ao homem, tidos como preexistentes ao seu reconhecimento por parte do Estado[152].

Nas palavras de Francisco Amaral, "a teoria das situações jurídicas existenciais, direitos da personalidade ou direitos personalíssimos, é produto de elaboração doutrinária que se iniciou no séc. XIX, atribuindo-se a Otto Gierke a paternidade da denominação. Já se encontravam, porém, nos primórdios da civilização ocidental, principalmente a que se desenvolveu no âmbito mediterrâneo, alguns marcos históricos de expressiva significação da matéria", como no Código de Hamurabi, que previa punição para lesões à integridade física ou moral do ser humano e também no direito grego, que delineou a ideia de pessoa e incorporou o dualismo nas fontes jurídicas, criado pela filosofia grega, segundo o qual haveria um direito natural, como ordem superior criada pela natureza, e um direito positivo (leis estabelecidas na cidade), sendo o homem a origem e a razão de ser da lei e do direito. O Direito Romano, por sua vez, também concedia ações para a tutela da pessoa, como no caso de injúria (*actio iniuriarium*). A Carta Magna, na Idade Média (1215), trouxe garantias contra a violação de direitos pessoais, garantindo o acesso à justiça, "mas é principalmente com o Renascimento e o Humanismo, do séc. XVI, e o Iluminismo, nos sécs. XVII e XVIII, que se reconhece o indivíduo como valor central do sistema jurídico e se desenvolve a teoria dos direitos subjetivos como tutela dos interesses e dos valores fundamentais da pessoa, admitindo-se, como objeto desses direitos, a própria pessoa humana (*ius in se ipsum*)" [153].

E prossegue Amaral: "a par dessas ideias, e consagrando-as, surgem textos fundamentais, como o Bill of Rights, dos Estados americanos (1689); a Declaração de Independência das colônias inglesas na América do Norte (1776); a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, proclamada com a Revolução Francesa; a Declaração de Direitos de 1793, que considerava direitos naturais os de igualdade, liberdade, segurança e propriedade; a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948; a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1950, os Pactos da ONU, 1966, sobre direitos civis e políticos, e sobre direitos econômicos, sociais e culturais, o Tratado de Helsínqui de 1975, e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, todos eles marcos fundamentais e

[152] SCHREIBER, Anderson. Op. cit. Direitos da personalidade: aspectos gerais. Revista Forense, vol. 262, ano 74, abril a junho de 1978, páginas 79 a 88, a páginas 04 e 05.
[153] AMARAL, Francisco, Op. cit. Direito Civil: Introdução. Rio de Janeiro: editora Renovar, 8ª edição, 2014, páginas 308 e 309.

históricos da construção teórica dos direitos da personalidade" [154].

A dogmática de tais direitos, porém, somente se consolidou no fim do século XX, diante de uma nova formulação da noção de respeito à dignidade humana.

Talvez por isso mesmo que José de Oliveira Ascensão veja os direitos da personalidade também como uma categoria ou instituto histórico, que corresponde simultaneamente aos dados ontológicos e à sua projeção no direito positivo, sendo que "foram tornados possíveis a partir da descoberta da pessoa, que como dissemos só surge com o pensamento greco-cristão, e muito em particular com o contributo deste último. Mas mesmo a partir daí a consciência dos direitos de personalidade como tal só viria a despertar nos últimos três séculos, num movimento que ainda não é compartilhado por todos os povos da terra"[155].

Em outros termos e como bem declara Maria Helena Diniz, "reconhece-se nos direitos da personalidade uma dupla dimensão: a axiológica, pela qual se materializam os valores fundamentais da pessoa humana, individual ou socialmente considerada, e a objetiva, pela qual consistem em direitos assegurados legal e constitucionalmente, vindo a restringir a atividade dos três poderes, que deverão protegê-los contra quaisquer abusos, solucionando problemas graves que possam advir com o progresso tecnológico, p. ex., conciliando a liberdade individual com a social"[156].

Orlando Gomes confirma que ainda "que se encontrem em alguns Códigos do século XX, como o suíço, o japonês, o helênico e o egípcio, algumas disposições atinentes aos direitos da personalidade, é no Código Civil italiano que sua disciplina recebe ampla sistematização e seus novos aspectos se contemplam com laivos de originalidade em relação aos atos de disposição do próprio corpo (art. 5º) e à repressão aos abusos de exposição e publicação da imagem das pessoas (art. 10)" [157].

Orlando Gomes registra, ainda, que "os autores que primeiramente admitiram na Alemanha os direitos de personalidade tiveram de vencer a oposição de Savigny que se insurgira contra a existência de direitos originários, ao considerar falso o princípio de um direito

---

[154] Id.

[155] ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. Direito Civil. Teoria Geral. Introdução. As pessoas. Os bens. São Paulo: editora Saraiva, 3ª edição, 2010, páginas 59 a 60.

[156] DINIZ, Maria Helen. Op. cit. Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil, volume 1, São Paulo: editora Saraiva, 2015, 32ª edição, página 133.

[157] GOMES, Orlando. Op. cit. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Forense, 13ª edição, 1999, páginas 149 a 150.

do homem sobre sua pessoa, o qual conduziria entre outras consequências, a legitimar o suicídio. Nessa linha de pensamento, desdobraram-se outras objeções, combatendo a concepção de que constituem categoria especial de direitos subjetivos. Na Alemanha mesma, civilistas do tomo de Zitelmann, Crome, Enneccerus e Oertmann. Outros, porém, aceitaram-na, salientando-se Gierke, pelo desenvolvimento que deu à matéria. Disseminou-se, afinal, a convicção de que devem ser legalmente reconhecidos em face da necessidade crescente de se proteger a personalidade no Direito Privado. Realmente, numerosas espécies de direitos da personalidade configuraram-se e adquiriram tipicidade, como observa Gierke, recebendo consagração em importantes diplomas legislativos"[158].

Limongi França acrescenta que o primeiro diploma a tratar especificamente de um direito da personalidade foi a lei romena sobre o direito ao nome, de 18 de março de 1895. O Código alemão, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1900, prevendo, em seu artigo 12, a tutela do direito ao nome, veio na sequência. Já o Código Civil suíço, de 10 de dezembro de 1907, tratou, em seus artigos 29 e 30, sobre o direito à designação personativa. Grande avanço, entretanto, foi dado pelo Código italiano de 1939/1942, que regulou, do artigo 5º ao 10º, não apenas o direito ao nome, nos moldes dos códigos que o antecederam, mas vários outros direitos da personalidade, como o direito sobre o próprio corpo (artigo 5º), o direito ao nome (artigo 6º), a tutela do direito ao nome (artigo 7º), a tutela do direito ao nome por razões familiares (artigo 8º), o direito ao pseudônimo (artigo 9º) e o direito à imagem (artigo 10º). O anteprojeto de Código francês, por sua vez, apresentou cerca de vinte artigos sobre o direito ao nome, ao lado de um rol de outros direitos da personalidade, que serviu de base ao texto correspondente dos nossos projetos de Código Civil[159].

Carlos Alberto Bittar sintetiza toda a evolução histórica, explanando que "a construção da teoria dos direitos da personalidade humana deve-se, principalmente: a) ao cristianismo, em que se assentou a ideia da dignidade do homem; b) à Escola de Direito Natural, que firmou a noção de direitos naturais ou inatos ao homem, correspondentes à natureza humana, a ela unidos indissoluvelmente e preexistentes ao reconhecimento do Estado; e, c) aos filósofos e pensadores do Iluminismo, em que se passou a valorizar o ser, o indivíduo, frente ao Estado"[160]. Neste

[158] Id.
[159] FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade. Coordenadas Fundamentais. Revista do Advogado n. 36, março de 1992, páginas 05 a 13, a página 07.
[160] Id.

último aspecto, a 2ª Grande Guerra trouxe ainda mais fôlego para que se colocasse maior atenção nos direitos da pessoa humana e, por consequência, nos direitos da personalidade.

De fato, "após a 2ª Grande Guerra, e especialmente na Europa, teve-se particular consciência dos riscos da subalternização do indivíduo humano face aos desígnios da estrutura do poder detentora do aparelho do Estado. Por outro lado, a aceleração do desenvolvimento tecnológico do pós-guerra acarretou diversas interferências na vida privada dos cidadãos, dada, v.g., a crescente especialização e secundarização de largas faixas do trabalho humano, a divulgação, penetração e opressão dos *mass media*, a recolha e utilização informática e computadorizada de danos pessoais, a pressão do consumismo e a impiedade de suas técnicas de publicidade, a subida do *stress*, da angústia e da tensão no interior do homem e a sedimentação da competividade e da agressividade nas relações intersubjectivas"[161].

Não se admira, assim, que o homem, face a este novo mundo em ebulição, causticado pela guerra e pelas crises econômicas, passe antieticamente a reivindicar para si um certo espaço, um determinado território, uma concreta esfera de resguardo e de ação, que possibilitem defesa e afirmação no meio social: o homem contemporâneo, embora reconheça a necessidade de igualdade num conjunto de condições sociais básicas (educação e saúde, por exemplo), passa a reclamar, ciente de sua individualidade, constantemente ameaçada pela normalização e pela massificação, um direito à diferença que contemple a especificidade de sua personalidade[162].

O processo de proteção, do âmbito nacional para o âmbito internacional, evidencia a relação dos direitos da personalidade com os direitos e as garantias fundamentais, também conhecidos como liberdades públicas, e os direitos humanos.

Como bem ensina Limongi França[163], os direitos da personalidade nada mais são do

---

[161] CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A.. Op. cit. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: editora Coimbra, 1ª edição (Reimpressão), 2011, página 84.

[162] Id.

[163] FRANÇA, Rubens Limongi. Manual de Direito Civil, v. 1, editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, páginas 321 a 322. MORATO, Antonio Carlos. Op. cit. Quadro Geral dos Direitos da Personalidade. Revista da Faculdade de Direito (USP), v. 106-107, p. 121-158, 2012, a páginas 121 a130. BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit. Os Direitos da Personalidade. São Paulo: editora Saraiva, 8ª edição, 2015, a página 51. No mesmo sentido, ainda, Orlando Gomes: "Não podem ser confundidos, porém, com os direitos do homem e do cidadão, que são direitos subjetivos públicos, cuja proteção se organiza constitucionalmente para preservar o indivíduo do arbítrio do Estado, enquanto os direitos da personalidade se reconhecem e se protegem para resguardá-los de outros indivíduos e, também, para impedir que os auto-sacrifiquem... Os direitos de dupla face, público e privado, apresentam-se na esfera do Direito Civil quando se concretizam numa relação jurídica entre particulares sob a forma de uma obrigação contraída por seu titular voluntariamente, ou imposta pela lei a quem os viola, cometendo ato ilícito" (Direitos de personalidade. Revista de Informação Legislativa, volume 3, número 11, páginas 39 a 48, setembro de 1966, a página 43).

que a proteção do ser humano na esfera privada (relações entre particulares, reguladas pelo Direito Civil). Já a relação entre a pessoa e o Estado é regida pelo Direito Constitucional, o qual coíbe os abusos estatais por meio das liberdades públicas (ou direitos fundamentais, direitos constitucionais, ou, ainda, *civil rights* ou *civil liberties*, no direito anglo-saxônico), enquanto os direitos humanos pertencem ao Direito Internacional Público, por meio do qual os Estados exigem entre si o respeito aos direitos da pessoa humana.

Em outros termos, a consagração dos direitos protetivos da pessoa humana aconteceu, de início, no âmbito do Direito Público interno, com a finalidade precípua de defesa do indivíduo contra o poder absolutista do Estado (Carta Magna, de 1215; Bill of Rights dos Estados americanos, de 1689; a Declaração de independência norte-americana de 1776; a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789; a Declaração de Direitos de 1793).

Do plano nacional, tais direitos atingiram proteção internacional, notadamente após a Segunda Guerra Mundial e todas as suas nefastas consequências para a vida humana (Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948; a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1950, e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000).

Como se vê, a ideia moderna de direitos humanos foi gestada durante um longo período de mil anos.

Costuma-se citar a "Manden Charter" como um dos primeiros documentos constitucionais a advogar, por meio de capítulos, a paz social na diversidade, a inviolabilidade do ser humano, a educação, a integridade da terra natal, a segurança alimentar, a abolição da escravidão e a liberdade de expressão e de comércio[164].

[164] Manden Charter, proclaimed in Kurukan Fuga and inscribed in 2009, on the Representative List of the Intangible Cultural Heritage of Humanity (*in* http://www.unesco.org/culture/ich/RL/00290, com acesso em 27 de maio de 2015): "In the early thirteenth century, following a major military victory, the founder of the Mandingo Empire and the assembly of his wise men proclaimed in Kurukan Fuga the new Manden Charter, named after the territory situated above the upper Niger River basin, between present-day Guinea and Mali. The Charter, one of the oldest constitutions in the world albeit mainly in oral form, contains a preamble of seven chapters advocating social peace in diversity, the inviolability of the human being, education, the integrity of the motherland, food security, the abolition of slavery by razzia (or raid), and freedom of expression and trade. Although the Empire disappeared, the words of the Charter and the rituals associated with it are still transmitted orally from father to son in a codified way within the Malinke clans". Em tradução livre: A Carta de Manden, proclamada em Kurukan Fuga e inscrita, em 2009, na Lista Representativa do Intangível Patrimônio Histórico Cultural da Humanidade: "No começo do século XIII, após uma grande vitória militar, o fundador do Império Mandingo e a assembleia de seus homens sábios proclamaram, em Kurukan Fuga, a nova Carta de Manden, nomeada em função do território situado acima da bacia superior do rio Níger, entre os atuais países da Guiné e Mali. A Carta, uma das mais antigas constituições do mundo, ainda que em forma oral, contém um preâmbulo de sete capítulos que advogam a paz social em

Seria justo afirmar, ainda, e embora não seja comumente reconhecido, que o nascimento dos direitos humanos teve influência latino-americana e decorreu do encontro truculento entre o neo-escolasticismo espanhol do século XVI e o Novo Mundo. Encontro este que, se tivesse de ser materializado em uma só pessoa, o seria na pessoa de Bartolomé de Las Casas, frei espanhol que defendeu, ao tempo das conquistas marítimas do século XV, que todos os seres humanos, inclusive os indígenas do Novo Mundo, seriam criaturas de Deus, dotados de alma, motivo pelo qual não poderiam ser escravizados. Tal concepção originou uma tradição antiga de respeito igualitário à dignidade de cada membro da comunidade, com absorção das correntes políticas e intelectuais da revolução republicana, a qual produziu uma linguagem de direitos constitucionais com forte devoção à liberdade e à igualdade, ao lado de uma distintiva concepção positiva de igualdade e de uma ênfase na relação entre direitos e responsabilidades. Quando esta herança encontrou as transformações políticas e econômicas do século XX, a tradição almejou, mais uma vez, à síntese entre o individualismo com as dimensões econômicas e sociais da dignidade humana[165].

---

diversidade, a inviolabilidade do ser humano, a educação, a integridade da terra natal, a segurança alimentar, a abolição da escravidão por conquista, bem como a liberdade de expressão e de comércio. Embora o Império tenha desaparecido, as palavras da Carta e os rituais associados a ela ainda são transmitidos oralmente de pai para filho, por meio de uma forma codificada, dentro dos clãs Malinkes".

[165] CAROZZA, Paolo G. From Conquest to Constitutions: Retrieving a Latin American Tradition of the Idea of Human Rights (*in* http://www.lascasas.org/carrozo.htm, com acesso em 27 de maio de 2015): "The modern idea of human rights had a period of gestation lasting millennia. 36 But it would be fair to say—even if it is not commonly recognized—that its birth was in the encounter between sixteenth century Spanish neoscholasticism and the New World. 37 If that encounter were embodied in a single person, it would be Bartolomé de Las Casas… With these few broad strokes I have tried to make a case here that the Latin American contributions to the formal birth of international human rights law in 1948 were the reflection of a long and deep tradition of the idea of human rights in the region, one that was as old as the turbulent encounter between Europe and the New World. From those beginnings, it was strongly universalistic in its orientation, founded on the equal dignity of all members of the family. Continuing to build on its origins, it absorbed the political and intellectual currents of republican revolution, and produced a constitutional rights language with a strong devotion to both liberty and equality, a distinctively positive conception of freedom and an emphasis on the relationship of rights and responsibilities. When this heritage met the economic and political transformations of the 20th century, the tradition aimed again at synthesizing the individualistic with the social and economic dimensions of human dignity. Em tradução livre: "A ideia moderna de direitos humanos teve um período de gestação de mil anos. 36 - Mas seria justo dizer – mesmo que não seja comumente reconhecido – que seu nascimento se deu com o encontro entre o neoescolasticismo espanhol do século XVI e o Novo Mundo. 37 – Se este encontro estivesse incorporado em uma só pessoa, ela seria Bartolomé de Las Casas... Com estas poucas e amplas colocações, tentei estabelecer a tese de que as contribuições latino-americanas para o nascimento formal da lei internacional de direitos humanos, em 1948, foram reflexo de uma longa e profunda tradição da ideia de direitos humanos na região, a qual é tão antiga como o turbulento encontro entre a Europa e o Novo Mundo. Desde a origem, tal ideia foi fortemente universalista em sua orientação, fundada na igual dignidade de todos os membros da mesma família. Em sua evolução, absorveu as correntes políticas e intelectuais da revolução republicana e produziu a linguagem de direitos constitucionais com uma forte devoção à liberdade e à igualdade: uma distinta concepção positiva de liberdade e uma ênfase na relação entre direitos e responsabilidades. Quando esta herança encontrou as transformações econômicas e políticas do século

No âmbito internacional, Maya Hertig Randall e Michel Hottelier, professores da Faculdade de Direito de Genebra, elucidam que "os direitos do homem - ou direitos humanos - são direitos subjetivos, garantidos pelo direito internacional e destinados a proteger os interesses mais fundamentais da pessoa humana, de forma subsidiária às garantias nacionais"[166].

São, em outros termos, categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões, mas apenas em seu núcleo essencial. Por terem, como o ser humano, natureza polifacética, buscam resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade)[167].

Marcelo Novelino elucida que "os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas em períodos distintos conforme a demanda de cada época, tendo esta consagração progressiva e sequencial nos textos constitucionais, dando origem à classificação em gerações. Como o surgimento de novas gerações não ocasionou a extinção das anteriores, há quem prefira o termo dimensão por não ter ocorrido uma sucessão desses direitos: atualmente todos eles coexistem" [168].

No que tange à sua classificação, explica Novelino que "os direitos fundamentais de primeira dimensão são os ligados ao valor liberdade, são os direitos civis e políticos. São direitos individuais com caráter negativo por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário. Ligados ao valor igualdade, os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais. São direitos de titularidade coletiva e com caráter positivo, pois exigem atuações do Estado. Os direitos fundamentais de terceira geração, ligados ao valor fraternidade ou solidariedade, são os relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano. Por fim, introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, os direitos de quarta geração

---

XX, a tradição focou, mais uma vez, na sintetização do individualismo com a dimensão social e econômica da dignidade humana".

[166] "Les droits de l'homme sont les droits subjectifs, garantis par le droit international, visant à protéger les intérêts les plus fondamentaux de la personne humaine, subsidiaires par rapport aux garanties nationales" (*in* Introduction aux droits de l'homme, Université de Genève, Semaine 1 - www.coursera.org).

[167] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional, 9ª edição, 2005, São Paulo: Saraiva, páginas 109 a 110.

[168] NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Método, 3a edição, 2009, páginas 362 a 364.

compreendem os direitos à democracia, informação e pluralismo"[169].

Os direitos da quarta geração estariam fundados, assim, na autonomia, na liberdade de escolha do sujeito de direito.

Sobre tal categoria, ensina Ricardo Enrique Lewandowski, que tais direitos são decorrentes "de novas carências enfrentadas pelos seres humanos, especialmente em razão do avanço da tecnologia da informação e da bioengenharia. De fato, hoje busca-se proteção contra as manipulações genéticas, antevistas por Huxley e m seu livro Admirável Mundo Novo (1930), as quais permitem criar clones humanos e de animais, e em tese até mesmo centauros, minotauros e sátiros, além de outros seres fantásticos, imaginados pela Mitologia Grega, ou contra a invasão da privacidade, a massificação e o totalitarismo, prenunciados por Orwell em sua obra 1984 (1948), ou ainda contra a anônima e tentacular burocracia estatal e privada, prevista por Kafka em seu romance O Processo (1915)"[170].

Já se fala, em verdade, em direitos fundamentais de quinta geração, com o reconhecimento de que toda nação e todo ser humano, independente de raça, convicções ou sexo, têm o direito imanente de viver em paz, sendo devido o respeito a esse direito no interesse de todo a humanidade (Resolução 33/73, aprovada na 85ª sessão plenária da Assembleia Geral de 15 de dezembro de 1978, e Declaração do Direito dos Povos à Paz, contida na Resolução 39 da ONU, de 12 de novembro de 1984)[171].

Do panorâmico apresentado, evidencia-se que a tutela dos direitos de resguardo da

---

[169] Id. Quanto aos direitos de terceira geração, acrescenta Ricardo Enrique Lewandowski: "O reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, ao lado dos antigos direitos individuais, todavia, não esgotou a produção legislativa no campo dos direitos fundamentais. De fato, com a explosão demográfica, as guerras mundiais, as agressões ao meio ambiente, a competição econômica internacional, em suma, com a globalização dos problemas do homem, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, surgiu uma nova classe de direitos, que se convencionou chamar de direitos de solidariedade ou de fraternidade, ou seja, direitos de terceira geração. Tais direitos sucedem no tempo os direitos resultantes das revoluções liberais do século XVIII e os direitos decorrentes das agitações operárias do século XIX. Dentre eles destacam-se o direito à paz, o direito à autodeterminação dos povos, o direito ao desenvolvimento, o direito à proteção do meio ambiente e do patrimônio comum da humanidade etc" (A Formação da Doutrina dos Direitos Fundamentais, *in* http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67595/70205, com acesso em 27 de agosto de 2015, a página 418).

[170] LEWANDOWSI, Enrique Ricardo. Op. cit. A Formação da Doutrina dos Direitos Fundamentais, in http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67595/70205, com acesso em 27 de agosto de 2015, a página 419.

[171] Paulo Bonavides aponta a Resolução 33/73 como o primeiro documento a fundamentar o direito fundamental à paz, avaliando, ainda, outros que colaboraram para a construção de sua moldura, notadamente a Declaração do Direito dos Povos à Paz, Resolução 39 da ONU, a qual proclamou solenemente que os povos de nosso planeta têm o direito sagrado à paz, sendo obrigação fundamental de todo Estado proteger tal direito e fomentar a sua realização (*in* A quinta geração dos direitos fundamentais. Direitos Fundamentais – Justiça n. 3, abril e junho de 2008, páginas 82 a 93).

personalidade humana iniciou-se no âmbito privado, em um primeiro momento como forma de proteção contra o Estado (tutela publicística) e, posteriormente, também como forma de proteção contra particulares, refletindo a evolução moral e ética da civilização humana. Posteriormente, espraiou-se para o âmbito internacional.

Antonio Carlos Morato bem assevera que *"*muito mais significativo do que debatermos qual área deveria prevalecer ou ainda tentar estabelecer um critério para uma rígida divisão entre os diversos ramos jurídicos que tutelam a dignidade da pessoa humana (direitos da personalidade, os direitos humanos e as liberdades públicas (ou direitos fundamentais)), seria realmente cuidarmos da efetivação de direitos de tal magnitude que interessam a toda a espécie humana*"*[172].

No Brasil, os direitos da personalidade estavam apenas implícitos no Código Civil anterior, já que extremamente patrimonialista, sendo que passaram a ser regulados expressamente pelo diploma em vigor (artigos 11 a 21), mas sem o reconhecimento de um direito geral de personalidade (ainda que muito se sustente que, com a Constituição Federal e a fixação da dignidade da pessoa humana como valor fundamental, a ordem jurídica tenha passado a contar com uma cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade).

Anderson Schreiber, citando Ingo Wolfgang Sarlet e Maria Celina Bodin de Moraes, expressa a preocupação, não só brasileira, mas mundial, com a pessoa, a qual deve ser entendida "sempre como um fim e nunca como um meio", de modo que tudo aquilo que puder reduzi-la à condição de objeto é contrário à dignidade da pessoa humana, entendendo que o Código Civil limitou-se a tratar de cinco direitos da personalidade: direito ao corpo, direito ao nome, direito à honra, direito à imagem e direito à privacidade. O direito à identidade pessoal mereceria proteção por força da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), o mesmo se podendo dizer em relação ao direito à integridade psíquica e ao direito à liberdade de expressão. "Em outras palavras: embora o Código Civil brasileiro tenha tratado apenas de alguns direitos da personalidade e não tenha tido o cuidado de ressalvar a existência de outros tantos além daqueles que contempla em seus arts. 11 a 21, essa omissão não impede que outras manifestações da personalidade humana sejam consideradas merecedoras de tutela, por força da aplicação direta do art. 1º, III, da Constituição"[173].

[172] MORATO, Antonio Carlos. Id., página 135.
[173] SCHREIBER, Anderson. Op. cit. Direitos da personalidade: aspectos gerais. Revista Forense, vol. 262, ano 74,

Danilo Doneda também entende que "o ordenamento jurídico brasileiro apresenta a base normativa necessária para proporcionar uma tutela adequada à personalidade, a partir da cláusula geral de tutela da personalidade"[174], o que não se confunde com a tutela de um direito geral de personalidade, do qual decorreriam todos os demais direitos (como o direito à honra, o direito ao corpo e o direito à imagem).

Vale reiterar que, ainda que não houvesse regulação expressa dos direitos da personalidade na legislação civil antes de 2002[175], a doutrina e a jurisprudência já estavam bem desenvolvidas quanto à matéria e antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, que ampliou o rol de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais alguns configuram também direitos da personalidade[176].

I.b. Características.

Ainda que não fundamentais para a sua conceituação, já que bastante heterogêneos, é importante consignar que os direitos da personalidade costumam ser identificados pela Doutrina como detentores de algumas características próprias.

Segundo Carlos Alberto Bittar, são direitos dotados de caracteres especiais, para uma

---

abril a junho de 1978, páginas 79 a 88, página 08.

[174] DONEDA, Danilo. Os Direitos da Personalidade no Código Civil, Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, N. 06, junho de 2005, páginas 82, 83 e 96.

[175] Neste ponto, António Menezes Cordeiro indica que o sistema jurídico português, assim como o brasileiro, notou lentamente a matéria: "os direitos de personalidade conhecem, recentemente, um surto doutrinário e jurisprudencial (...) O Direito Civil português despertou tarde para o problema", pois "na tradição portuguesa, os direitos das pessoas obtinham uma tutela publicística. Podemos, a tal propósito, referir os institutos do direito de petição, da tutela penal e da proteção constitucional", concluindo que, "na lei civil, a progressão foi mais lenta". Diferentemente do que se verificou no Brasil, porém, a publicação do Código Civil português, segundo o doutrinador, não provocou, de imediato, uma especial concretização de tais direitos. A lei, em verdade, foi recebida com frieza pelos doutrinadores, que só posteriormente alteraram o seu posicionamento sobre a matéria, assim como a jurisprudência. Menezes Cordeiro ressalta, por outro lado, que ainda que tenha havido um reconhecimento lento e tardio, a jurisprudência assegurou e assegura, em diversos campos, a vanguarda do processo de concretização dos direitos da personalidade, tendo o Direito português, neste momento, todos os elementos para se "abalançar, da melhor forma, à sua dogmatização e ao seu aperfeiçoamento" (Os direitos de personalidade na civilística portuguesa. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, volume 61, número 3, 2001, páginas 1229 a 1256, a páginas 1229-1243 e 1256).

[176] CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Direitos da personalidade: o art. 20 do Código Civil e a biografia de pessoas notórias, in 10 Anos de Vigência do Código Civil Brasileiro de 2002, coordenação Christiano Cassetari, editora Saraiva, 2013, página 126.

A título de exemplo de tutela jurisdicional antes mesmo da regulamentação expressa da matéria pela lei civil, podemos citar mais uma vez a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 91.328-9-SP, de abril de 1982 (2ª Turma, Rel. Min. Djaci Falcão, RT 558/230), por meio da qual se protegeu o direito à imagem.

proteção eficaz à pessoa humana, justamente porque transcendem o ordenamento jurídico positivo, sendo ínsitos à própria natureza do homem, e porque possuem, como objeto, os bens mais elevados da pessoa humana. Por isso, o ordenamento não permite que o titular se despoje deles, emprestando a eles caráter essencial e os tornando intangíveis: "daí, são, de início, direitos **intransmissíveis** e **indispensáveis**, restringindo-se à pessoa do titular e manifestando-se desde o nascimento (Código Civil de 2002, art. 2º). Em suas características gerais e principiológicas são direitos **inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes***, como tem assentado a melhor doutrina, como leciona, aliás, o art. 11 do novo Código"[177].

O doutrinador ressalva, porém, que, diante das necessidades decorrentes da posição do titular e de sua realidade, certos direitos da personalidade acabam entrando na circulação jurídica, com possibilidade de disposição e negociação, exatamente para permitir melhor fruição pelo interessado, como ocorre nos casos de direito autoral e de proteção à imagem, por exemplo[178].

Orlando Gomes também os identifica como **direitos absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios** e **necessários**[179].

Segundo Adriano De Cupis, são direitos **absolutos**, já que o lado passivo da relação jurídica é a generalidade, e, portanto, todos estão vinculados à obrigação jurídica de não lesar os direitos da personalidade de que um sujeito seja titular (oponíveis *erga omnes*, a gerar dever geral de abstenção); **privados** e **não patrimoniais**, já que protegem bens – modo de ser físico ou moral da pessoa, que satisfazem aspirações e necessidades próprias do indivíduo considerado em si mesmo e sem finalidade econômica própria, ficando, assim, na esfera privada[180].

Para Guilherme Dray, são direitos "pessoais (não patrimoniais, que se reportam a bens pessoais, como a vida, integridade física ou nome, por exemplo), **pessoalíssimos** (porque intransmissíveis), **absolutos** (devem ser respeitados por todos, independentemente de qualquer

[177] BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit. Os Direitos da Personalidade. São Paulo: editora Saraiva, 8ª edição, 2015, a páginas 43 a 44.
[178] Id., página 44.
[179] GOMES, Olando. Op. cit. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Forense, 18ª edição, 2001, página 152.
[180] CUPIS, Adriano De. Op. cit. Os Direitos da Personalidade. São Paulo: editora Quorum, 2ª edição, 2008, páginas 34 a 38.

relação jurídica), **tradutores de excepcional dignidade ética** (que justifica um regime de tutela reforçado)"[181].

José de Oliveira Ascensão, por sua vez, caracteriza os direitos da personalidade como "**pessoais** (o que não impede que tenham reflexos patrimoniais, especialmente quando fundamentam a responsabilidade civil), **absolutos** (oponíveis *erga omnes*), **imprescritíveis** (não se extinguem por omissão do titular), **indisponíveis** (o que implica em serem intransmissíveis, irrenunciáveis e só escassamente restringíveis através de negócio jurídico)"[182].

Já Capelo de Souza enumera as seguintes características[183]: **oponibilidade *erga omnes*** (direitos absolutos, isto é, exigíveis face a quaisquer pessoas, que geram nos sujeitos passivos uma obrigação *universal*, normalmente *negativa*, abstencionista, de respeito pelos bens jurídicos protegidos e em correspondência ainda com o princípio *alterum non laedere*); **intransmissibilidade** (insusceptíveis de transmissão de um sujeito jurídico a outro: os bens jurídicos da personalidade humana física e moral constituem o *ser* do seu titular, pelo que são inerentes, inseparáveis e necessários à pessoa do seu titular e circunscrevem os respectivos poderes jurídicos. Possuem, assim, caráter pessoal ou personalíssimo), **indisponíveis com limitação** (em virtude do caráter essencial, necessário e inseparável da maioria dos bens jurídicos da personalidade física e moral humana – bens fora do comércio[184], não se reconhece, em princípio, ao titular de tais direitos as faculdades jurídicas de extingui-los, transferi-los e de se obrigar quanto ao seu exercício. Não se pode renunciar, assim, ao direito à vida e não é lícito o suicídio), **perenidade e imprescritibilidade** (poderes vitalícios e perpétuos, já que acompanham o titular durante sua vida e gozam de proteção depois de sua morte, sem restrições temporais, não extinguindo-se pelo não uso), **extrapatrimonialidade** (são direitos não avaliáveis em dinheiro, como os patrimoniais, já que relacionados à categoria do *ser* e não do *ter* da pessoa, não tendo como objeto coisas do mundo externo nem pessoas diferentes do seu

[181] SILVA, Andréa Barroso Silva. Op. cit. Direito à imagem: o delírio da redoma protetora, Direitos da Personalidade, organizadores Jorge Miranda, Otavio Luiz Rodrigues Junior e Gustavo Bonato Fruet, São Paulo: editora Atlas SA, 2012, página 289.

[182] ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. Direito civil - Teoria Geral - Introdução. As pessoas. Os bens. São Paulo: editora Saraiva, 3ª edição, 2010, páginas 74 a 76.

[183] CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A.. Op. cit. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: editora Coimbra, 1ª edição (Reimpressão), 2011, páginas 401 a 419.

[184] O doutrinador ressalva, porém, que "embora os poderes jurídicos integrantes da tutela geral da personalidade estejam em princípio fora de comércio e sejam indisponíveis nas relações com outros seres, tal não impede que no interior da esfera pessoal de cada indivíduo se verifiquem mutações juridicamente tuteladas emergentes do poder de autodeterminação do homem", como no caso da liberdade de mudança de religião e, em certas hipóteses, de configuração sexo-corporal (Op. cit. acima, páginas 406 a 407).

titular. Todavia, os bens da personalidade, embora não façam parte *stricto sensu* do patrimônio de seu titular têm grande relevância para a vida econômica das pessoas); **caráter originário ou adquirido** (podem ser inatos, por decorrerem do reconhecimento da personalidade humana, ou adquiridos, porque requerem outros requisitos, além da personalidade humana).

A nosso ver, parece correto entender que tais direitos possuem características comuns, embora não essenciais (não necessárias à sua identificação), as quais permitem qualificá-los como direitos:

I) gerais, já que inerentes a toda e qualquer pessoa física ou atribuídos à pessoa física e à pessoa jurídica, por força de lei.

A utilização do termo "gerais" no lugar de "inatos" parece mais adequada diante da discussão em torno da natureza dos direitos da personalidade – se inatos ou positivos, bem como em virtude de sua aplicação também em favor das pessoas jurídicas, no que couber, por força da regra do artigo 52 do Código Civil Brasileiro;

II) essenciais, já que a base de todos os demais direitos;

III) permanentes, vitalícios e com eficácia *post mortem*, uma vez que nascem com a pessoa, permanecem com ela durante toda a sua existência, na medida em que imprescindíveis para a configuração de sua personalidade (artigos 2º e 6º do Código Civil brasileiro[185]), e projetam efeitos para além da morte dela.

Como mencionado previamente, a proteção dos direitos da personalidade possui eficácia *post mortem*, o que se confirma no Direito Brasileiro pela autorização legal dada para a sua tutela por iniciativa de parentes do titular já falecido (artigos 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do Código Civil).

Francisco Amaral observa que, não obstante a personalidade jurídica se extinga com a morte de seu titular, o direito contemporâneo reconhece um prolongamento da proteção da personalidade após a morte. A lei civil portuguesa também dispõe no mesmo sentido, prevendo que os direitos da personalidade gozam de proteção após o falecimento do respectivo titular: o cônjuge sobrevivente, descendentes ou ascendentes, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido, possuem legitimidade para requerer as providências necessárias à efetiva tutela (artigo 71 do

[185] Artigo 2º do CC: A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Artigo 6º do CC: A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

Código Civil português), nos moldes do parágrafo único, do artigo 12, de nosso Código Civil. Verifica-se, assim, com a morte da pessoa, uma "*especial* sucessão de direitos da sua personalidade em prol dos herdeiros do falecido, o que os legitima a tomarem providências para eventual tutela jurídica desses direitos, entre as quais a de impedir ofensas à integridade física, moral ou intelectual do falecido. Compete-lhes, portanto, qualquer decisão a esse respeito, por direito próprio, não como representantes, que poderia ser de alguém já falecido"[186].

Nestes exatos termos, ao analisar hipótese de violação do direito à honra de pessoa falecida, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino clarificou que os direitos da personalidade se encerram com a morte da pessoa natural, como fixado no artigo 6º do Código Civil, mas, na legislação brasileira, a exemplo do direito português, "há previsão legal expressa de proteção *post mortem* desses direitos em alguns casos específicos", consignando, ainda, que "o espólio não pode sofrer dano moral, mas o cônjuge e os herdeiros da pessoa falecida podem postular uma reparação pelos prejuízos causados, após a sua morte, por um ato ilícito que atinge sua imagem e memória"[187].

A par da projeção *post mortem* dos direitos da personalidade, evidencia-se, também, um direito próprio dos familiares de preservarem o direito de seu ente querido.

Por fim e ainda que irrelevante para este estudo, já que as pessoas jurídicas não são entes vivos, vale registrar mais uma vez que, por força de previsão legal expressa, aplica-se a elas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade (artigo 52 do Código Civil Brasileiro);

IV) absolutos.

Neste aspecto, cabe um esclarecimento de antemão.

Como Maurício Bunazar bem ressalva, citando José de Oliveira Ascensão, a expressão direito absoluto é empregada pelos juristas em sentidos diversos: ora para identificar direito ilimitado, ora para designar direito oponível *erga omnes* e ainda para indicar direito não inserto em uma relação jurídica. Em sua concepção, o melhor emprego é feito quando utilizada para designar direito não inserto em uma relação jurídica, já que, em razão de sua estrutura, os direitos absolutos seriam sempre oponíveis *erga omnes*, ainda que nem todo direito oponível *erga omnes* seja absoluto. Assim, o critério definidor da natureza absoluta ou relativa de um

[186] AMARAL, Francisco. Op. cit. Direito Civil: Introdução. Rio de Janeiro: editora Renovar, 8ª edição, 2014, páginas 323 a 324.
[187] REsp. 1.209.474, STJ, 3ª Turma, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 10/09/2013.

direito subjetivo seria a possibilidade e/ou a necessidade ou não de sua inserção em uma relação jurídica[188].

Bunazar diferencia, ainda, direito subjetivo absoluto em sentido amplo, que é aquele cujo exercício se dá sem a participação do *alter* (de maneira não relativa, ainda que surja de uma relação jurídica ou nela se desenvolva), e direito subjetivo absoluto em sentido estrito, que é aquele que, além de ser exercido independentemente de qualquer outro sujeito que não seu titular, não se desenvolverá em uma relação jurídica[189].

Feitos tais esclarecimentos, deve-se observar que este estudo adotará a expressão direito absoluto no sentido de oponibilidade em face de toda e qualquer pessoa, o que não se confunde com direito ilimitado, como se verá na sequência.

Note-se que esta não é característica apenas dos direitos da personalidade.

Os direitos reais também são oponíveis *erga omnes*.

A diferença é que estes são típicos - ou seja, não há direitos reais fora daqueles criados por lei, justamente porque são oponíveis a todos, e exigem certa publicidade para conhecimento geral (publicidade inerente), o que não se verifica em relação aos direitos da personalidade.

E. Santos Júnior, porém, ressalta que, atualmente, já resta evidente que também os direitos obrigacionais são dotados de oponibilidade, no sentido de que impõem que sejam respeitados por todos (dever geral de respeito ou abstenção), o que complementa o princípio da relatividade dos contratos. Em outros termos, ainda que as relações obrigacionais vinculem as partes envolvidas, produzindo efeitos entre elas, podem vir a gerar efeitos para terceiros, inclusive de responsabilidade civil, quando tais terceiros, conhecendo o vínculo obrigacional, concorram dolosamente para o incumprimento[190].

Além disso, o doutrinador português identifica apenas os direitos de crédito como aqueles que não se beneficiam, em princípio, de qualquer publicidade, natural ou espontânea nem organizada ou racionalizada, ao contrário do que sucede com os direitos reais, que se exteriorizam publicamente por meio do objeto sobre o qual recaem (coisas corpóreas) ou em virtude de um sistema organizado de registro, com os direitos pessoais de gozo (quando o

[188] BUNAZAR, Maurício. Obrigação *propter rem*. Aspectos teóricos e práticos. São Paulo: editora Atlas, 2014, páginas 18 a 21.
[189] Id.
[190] SANTOS JÚNIOR, Eduardo. Op. cit. Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito. Coimbra: editora Almedina, 2003, páginas 446 a 510, a páginas 446 a 511.

respectivo titular seja possuidor), os quais também se exteriorizam pela posse (e isso se os não os considerarmos como direitos reais) ou do que sucede ainda com os direitos de personalidade: "a pessoa transporta em si a publicidade dela mesma. 'É o comportamento ou mesmo só a existência dos indivíduos que revela aqui a realidade jurídica'. A ignorância de direitos de personalidade é verdadeiramente inconcebível. Se conheço o meu direito à vida, à integridade moral e física, reconheço-o em quem quer que se me depare, nos outros. Devo, pois, respeitar os outros, ou o que é o mesmo, respeitar os seus direitos de personalidade. 'É o 'conhece-te a ti mesmo' de Sócrates, aliado ao preceito moral 'não faças aos outros o que não gostarias que te fizessem a ti'"[191];

Vale consignar que E. Santos Júnior ressalva que a regra de que os direitos de crédito não beneficiam de publicidade natural ou organizada não é absoluta. Existem situações em que existe tal benefício, notadamente quando os próprios créditos se assumam como o objeto de operações jurídicas, o que se verifica com os créditos representados em títulos (títulos de crédito)[192];

V) indisponíveis (intransmissíveis e irrenunciáveis: o seu exercício não pode sofrer limitação voluntária, com exceção dos casos previstos em lei, na forma do artigo 11 do Código Civil brasileiro).

O Enunciado 4, aprovado na I Jornada de Direito Civil ("Art.11: o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral"), e o Enunciado 139 do Conselho Federal de Justiça ("Art. 11: Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não

[191] SANTOS JÚNIOR, Eduardo. Op. cit. Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito. Coimbra: editora Almedina, 2003, páginas 446 a 510, páginas 475 a 477. A páginas 479 e 480, o doutrinador fundamenta seu ponto de vista: "No que concerne aos direitos de crédito, a inexistência por si mesmos de signos reveladores não permite que aqueles se revelem natural ou espontaneamente. Depois, esse mesmo caracter abstracto do próprio objecto do direito de crédito, a, em regra, sua menor estabilidade e durabilidade, quando em confronto com outros direitos, como os direitos reais ou os direitos de personalidade, a sua multiplicidade e variedade, em consonância com a dinâmica do comércio jurídico e o *numerus apertus* que em relação a eles vigora, e a própria exigência dessa dinâmica ou fluência do tráfico jurídico inviabilizam, como princípio, uma sua publicidade organizada ou racionalizada. Não sendo natural ou organizadamente reveláveis, eles não são, pois, normalmente cognoscíveis. Consequentemente, *não há o dever de conhecê-los, não existe o dever de indagar da sua existência*: uma tal exigência constituiria, pelo exposto, um ónus absolutamente exagerado para os próprios terceiros, com a consequência de, certamente, impedir a normal fluência das operações jurídicas. Os terceiros movem-se no domínio puro da sua própria liberdade contratual. A sua actuação desta liberdade não contenderá, as mais das vezes, com os direitos de crédito dos outros, mas, se efetivamente se depararem com créditos de outrem, então, e porque os direitos de crédito, como quaisquer outros, devem ser respeitados, é-lhes exigível que cumpram esse dever, abstendo-se de intervir".

[192] Id., página 477, nota 1.669.

podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes"), aprovado na III Jornada de Direito Civil, vão ainda mais longe, entendendo como possível limitação além daquelas previstas em lei, mas desde que gerais e não permanentes;

VI) extrapatrimoniais, porque não avaliáveis economicamente imediata e diretamente, via de regra.

Orlando Gomes, ao identificar a qualidade da extrapatrimonialidade, explana que os bens jurídicos sobre os quais incidem tais direitos não são suscetíveis de avaliação pecuniária, embora possam alguns deles constituir objeto de negócio jurídico patrimonial e ainda que a ofensa ilícita a qualquer deles se tenha como pressuposto de fato do nascimento da obrigação de indenizar, mesmo quando se trate de puro dano moral[193].

Adriano De Cupis, seguindo o mesmo raciocínio, também vê os direitos da personalidade como extrapatrimoniais: em sendo o seu objeto um modo de ser físico ou moral da pessoa, não têm em si mesmos uma utilidade econômica imediata. A vida, a integridade física, a liberdade permitiriam ao sujeito conseguir outros bens revestidos desta utilidade, mas não poderiam nem identificar-se nem confundir-se com estes outros. Assim, quando lesado um direito da personalidade, nasceria para o sujeito um direito de ressarcimento pelo dano, como garantia daqueles bens que o objeto do direito lesado estava em condições de conseguir. A equivalência entre o direito à indenização pelo dano e o direito lesado, porém, seria uma equivalência de caráter indireto[194].

Em outros termos, o caráter patrimonial do direito derivado da indenização pelo dano não poderia alterar o caráter não patrimonial dos direitos da personalidade[195].

Como já consignado acima, porém, a sua identificação como direitos extrapatrimoniais decorre de influência canônica, que trouxe a separação entre o ser humano e a matéria, entre o ser e o ter.

O patrimônio, porém, como realidade jurídica, envolve várias e controversas noções, sendo discutível a aceitação de uma divisão estanque entre direitos patrimoniais e direitos não

---

[193] GOMES, Orlando. Op. cit. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Forense, 18ª edição, 2001, páginas 152 a 153.
[194] CUPIS, Adriano De. Op. cit. Os Direitos da Personalidade. São Paulo: editora Quorum, 2ª edição, 2008, página 36.
[195] Id., página 37.

patrimoniais, extrapatrimoniais ou pessoais[196].

Pontes de Miranda, por sinal, declara que "impatrimonialidade não quer dizer inavaliabilidade. Há bens não patrimoniais avaliáveis; e danos não patrimoniais que são valiáveis" ou de difícil avaliação[197].

Mas, então, o que se quer dizer com extrapatrimonialidade?

Não integrariam os diversos aspectos da personalidade o patrimônio de seu titular e não teriam eles utilidade econômica imediata, em verdade?

Ora, não há dúvida de que avaliação econômica direta e imediata dos direitos da personalidade é possível na grande maioria dos casos, motivo pelo qual tal qualidade não pode ser elencada como essencial à sua caracterização;

VII) imprescritíveis e impenhoráveis, uma vez que não se extinguem pelo uso ou pela inércia, nem pelo decurso do tempo. Vale notar, porém, que o fundo do direito é imprescritível, mas não o prazo fixado por lei para tutelá-lo judicialmente[198].

Carlos Roberto Gonçalves faz comentário pertinente sobre a questão, apontando que os direitos da personalidade são impenhoráveis, mas não o seu uso ou o proveito econômico que o titular pode, em alguns casos autorizados pela lei, auferir[199];

VIII) *numerus apertus*, na medida em que o rol legal é meramente exemplificativo, como já abordado acima, na conceituação de tais direitos.

Questão relevante precisa ser abordada neste momento.

De fato, há que se registrar que inexistem direitos absolutos, no sentido de direitos ilimitados. Os direitos da personalidade também sofrem limitações, como se verifica em relação a todo e qualquer direito.

Neste sentido, se manifesta José de Oliveira Ascensão: "não há absolutos no Direito. A Vida também não o é. O Direito tem de aceitar a relatividade da vida; bem como a verdade muito simples, mas que o dia a dia faz por ignorar, que no ponto de vista individual toda a vida

---

[196] CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A.. Op. cit. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: editora Coimbra, 1ª edição (Reimpressão), 2011, páginas 414. O doutrinador português esclarece que patrimônio, em sua acepção tradicional e mais divulgada, é o conjunto das relações jurídicas, avaliáveis em dinheiro, de que é sujeito passivo e ativo uma determinada pessoa. Os direitos patrimoniais seriam os avaliáveis em dinheiro e os direitos pessoais como os não avaliáveis em dinheiro, dentre os quais poderiam ser incluídos os direitos da personalidade.

[197] MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado, Título I, Direito privado. Campinas: editora Bookseller, 2003, páginas 59 a 60.

[198] Artigos 189 a 211 do Código Civil brasileiro (prescrição e decadência).

[199] GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. Direito Civil Brasileiro, volume I, Parte Geral, São Paulo: editora Saraiva, 7ª edição, 2009, página 158.

é aproximação da morte". Em outros termos, o ponto de vista jurídico encontra-se sempre na busca uma conciliação dialética entre o valor vida e outros valores ou outras implicações sociais[200].

Em verdade, a limitação a direitos - e não apenas no que diz respeito aos direitos da personalidade - é intensificada na modernidade, diante da ideia de que o interesse público prevalece sobre o privado. Ao que tudo indica, porém, e notadamente em virtude das novas condições da vida em sociedade, marcada pelo consumismo, pela tecnologia e pela preocupação com segurança, o novo paradigma do coletivo sobre o particular talvez demande maior reflexão e questionamento.

No que pertine ao direito à vida, ora objeto de estudo, as tentativas de codificação do direito de guerra podem ser citadas como exemplos de limitação no plano internacional[201], assim como, no âmbito interno, a pena de morte, a qual, embora já abolida em quase todas as nações da Europa e da Oceania, ainda é aplicada em alguns países[202], ao lado da autorização legal da legítima defesa e do aborto em algumas hipóteses, tratadas, no Código Penal Brasileiro, pelos artigos 25 e 128[203].

Vale consignar que, ainda no plano do Direito Internacional, existem limitações aos direitos do homem ou direitos humanos, como nas hipóteses excepcionais de derrogação tratadas pelo Comitê de Direitos Humanos, na Observação Geral n. 29, Artigo 4, Pacto ONU II

---

[200] ASCENSÃO, José de Oliveira. A terminalidade da vida. Revista do TRF3 – Ano XXIV – n. 116 – janeiro/março de 2013, página 41.

[201] Como exemplo, as Instruções de 1863 para os exércitos em campanha dos Estados Unidos da América (Lieber Code, *in* https://www.icrc.org/ihl/INTRO/110, com acesso em 14.04.2015), preparadas durante a guerra civil americana, e as Convenções de Genebra de 1863, 1906, 1929 e 1949 (*in* https://www.icrc.org/fr/guerre-et-droit/traites-et-droit-coutumier/conventions-de-geneve, com acesso em 14.04.2015).

[202] Na América do Norte, foi abolida no Canadá e no México e em alguns estados dos Estados Unidos da América (http://www.deathpenaltyinfo.org/state_by_state, em 14.04.2015). Na América do Sul, Brasil (artigo 5º, inciso XLVII, "a", da Constituição Federal: não haverá pena de morte, exceto em caso de guerra declarada), Chile e Peru mantêm a pena de morte legal em casos excepcionais, como crimes de guerra. A Guatemala e a maior parte do Caribe, da Ásia e da África ainda têm a pena de morte legalizada e a utilizam em diversos casos. Em outros países, como a Rússia, embora a sanção esteja legalizada, ela não é mais utilizada. Vale consignar que a Organização das Nações Unidas, durante sua Assembleia Geral em 2007, questionou a legalidade e o uso da pena de morte, advertindo os países a abolirem-na. A União Europeia concordou com a decisão e, atualmente, nenhum país do bloco adota a pena capital (http://www.infoplease.com/ipa/A0777460.html, com acesso em 14.04.2015).

[203] Artigo 25 do CP: Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Artigo 128 do CP: Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante (Aborto necessário); II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (Aborto no caso de gravidez resultante de estupro).

(derrogações em período de estado de urgência), de 31 de agosto de 2001[204] e, mais especificadamente, no que diz respeito ao objeto deste estudo, na Observação Geral n. 6 (16), Artigo 6, Pacto ONU II (direito à vida), também do Comité dos Direitos Humanos, de 30 de abril de 1982[205].

Neste contexto, Oliveira Ascensão ressalta que "nunca a vida é posta na disponibilidade individual; nunca é bem disponível, nesse sentido. Mas há a guerra... Há a legítima defesa... Há as situações de estado de necessidade radicais, em que a salvação de um implica o sacrifício de outros... Não se admite a exposição gratuita da vida, mas há um ponto que está além de toda a restrição: o sacrifício da própria vida por outrem. Representa a forma mais sublime de auto-realização ética. Temos que entre o valor vida, incluindo a nossa própria, e o dever moral de servir aos outros há uma dialética, que está presente em toda a nossa existência. Fora destas implicações da solidariedade, a vida não é nem jurídica nem eticamente um bem disponível"[206].

A conclusão pela inexistência de direitos ilimitados também se reforça pela ausência de

---

[204] *In* http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrc29.html e http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/french/f-gencom29.html, com acesso em 15.04.205.

[205] *In* http://ccprcentre.org/doc/ICCPR/General%20Comments/HRI.GEN.1.Rev.9(Vol.I)_(GC6)_fr.pdf, com acesso em 15.04.2015, com as seguintes disposições iniciais: "1. La question du droit à la vie, droit énoncé à l'article 6 du Pacte, a été traitée dans tous les rapports. C'est le droit suprême pour lequel aucune dérogation n'est autorisée, même dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation (art. 4). Le Comité a néanmoins noté que, dans bien des cas, les renseignements fournis à propos de l'article 6 ne concernaient qu'un aspect de ce droit. C'est un droit qui ne doit pas être interprété dans un sens restrictif. 2. Le Comité constate que la guerre et les autres actes de violence collective continuent à être un fléau de l'humanité et à priver de la vie des milliers d'êtres humains innocents chaque année. La Charte des Nations Unies interdit déjà le recours à la menace ou à l'emploi de la force par un État contre un autre État, sauf dans l'exercice du droit naturel de légitime défense. Le Comité estime que les États ont le devoir suprême de prévenir les guerres, les actes de génocide et les autres actes de violence collective qui entraînent la perte arbitraire de vies humaines. Tous les efforts qu'ils déploient pour écarter le danger de guerre, en particulier de guerre thermonucléaire, et pour renforcer la paix et la sécurité internationales, constituent la condition et la garantie majeures de la sauvegarde du droit à la vie". Em tradução livre: "1. A questão do direito à vida, direito enunciado pelo artigo 6 do Pacto, foi tratada em todos os relatórios. É o direito supremo para o qual nenhuma derrogação é autorizada, mesmo no caso em que um perigo público excepcional ameace a existência da nação (art. 4). O Comité , contudo, notou que, em muito dos casos, as informações fornecidas a propósito do artigo 6 diziam respeito a apenas um aspecto deste direito. Trata-se de direito que não deve ser interpretado de forma restritiva. 2. O Comitê constata que a guerra e os outros atos de violência coletiva continuam a ser um flagelo da humanidade e a privar a vida de milhares de seres humanos inocentes todo ano. A Carta das Nações Unidas já proíbe o recurso à ameaça e ao emprego da força por um Estado contra o outro, salvo no caso do exercício do direito natural da legítima defesa. O Comitê estima que os Estados possuem o dever supremo de prevenir as guerras, os atos de genocídio e os outros atos de violência coletiva, os quais causam a vida arbitrária de vidas humanas. Todos os esforços empregados para afastar o perigo de guerra, em particular a guerra termonuclear, e para reforçar a paz e a segurança internacionais, constituem a condição e a garantia maiores da salvaguarda do direito à vida".

[206] ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. A terminalidade da vida. Revista do TRF3 – Ano XXIV – n. 116 – janeiro/março de 2013, a página 42.

relação de hierarquia entre eles.

Neste ponto, Claudio Luiz Bueno de Godoy bem esclarece que nenhum dos direitos da personalidade garantidos constitucionalmente pode ser considerado absoluto: são direitos de igual dignidade constitucional. Para solução do embate entre tais direitos, identificado como uma antinomia real de normas, há que se recorrer "a uma solução ou interpretação equitativa, que tenha presente fatos e valores contemporâneos à realidade em que se insere o conflito a ser solvido, e em que prevaleça a razoabilidade do lugar da racionalidade, na exata esteira do preceito do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil", o que se exterioriza por meio de um juízo de ponderação, por meio do qual se adapta a norma que for mais razoável à solução do caso concreto. "É a técnica do *ad hoc balancing*, ou a doutrina do *balancing*. Ou, para Suzana de Toledo Barros, trata-se de técnica pela qual se concretiza o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que tende, em caso de colisão de direitos fundamentais, a estabelecer entre eles uma relação de precedência no caso concreto, sempre mercê da ponderação, que está em sua base"[207].

No mesmo sentido, se manifesta António Menezes Cordeiro, o qual conclui que não se pode apresentar a "prevalência" como uma característica dos direitos da personalidade: "o consenso entre direitos de personalidade e outros direitos absolutos será encarado à luz das regras do conflito de direitos" e dependerá de cada caso concreto, podendo-se, quando muito e diante da jurisprudência lusitana, adiantar dois vetores: "- há direitos de personalidade que nunca podem ser postos em causa; prevalecem, ainda que em termos funcionais, sobre quaisquer outros; pense-se no direito à vida; - a lei não admite certas limitações convencionais aos direitos de personalidade; os negócios que a tanto conduzam são nulos, assim se assegurando a prevalência da personalidade"[208].

O doutrinador português bem ressalta, ainda, que, por se reportarem a bens que, em muitos casos, se interpenetram, envolvem-se constantemente em conflito com outros direitos, seja de direitos de personalidade entre si, seja de direitos de personalidade com direitos de natureza diversa[209].

---

[207] GODOY, Claudio Luiz Bueno. Op. cit. A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade, São Paulo: editora Atlas, 3ª edição, 2015, páginas 64 e 65.

[208] CORDEIRO, António Menezes. Op. cit. Tratado de Direito Civil IV. Parte Geral: Pessoas. Coimbra: editora Almedina, 3ª edição, 2011, páginas 109 e 110.

[209] Id., página 126. Menezes Cordeiro aponta que a jurisprudência portuguesa tem resolvido tais conflitos com recurso ao dispositivo do artigo 335.o do Código Civil Português: 1. Havendo colisão de direitos iguais ou da

Vale registrar, por fim, que se trata de direitos que possuem expressa previsão de tutela na lei brasileira.

De fato, o artigo 12 de nosso Código Civil autoriza que o titular prejudicado exija a cessação da ameaça ou da lesão a qualquer de seus direitos da personalidade e reclame perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

I.c. Classificações.

Como bem ensina Carlos Alberto Bittar, em sendo os direitos da personalidade de difícil dimensionamento, por não contarem com uma conceituação global definitiva, diversos critérios classificatórios têm sido oferecidos pelos juristas, em um esforço de ordenação. Neste contexto, a adoção de uma posição mais flexível é recomendável, visando ao abrigo de novos direitos, que, naturalmente, serão identificados cientificamente, com posterior sancionamento no direito positivo[210].

O doutrinador os distribui em: a) direitos físicos, que são aqueles referentes a componentes materiais da estrutura humana (a integridade corporal, compreendendo o corpo, como um todo; os órgãos; os membros e a imagem); b) direitos psíquicos, que são os relativos a elementos intrínsecos à personalidade humana (integridade psíquica, compreendendo a liberdade, a intimidade, o sigilo), e c) direitos morais, os quais dizem respeito a atributos valorativos ou virtudes da pessoa na sociedade (o patrimônio moral, que engloba a identidade, a honra e as manifestações do intelecto)[211].

Francisco Amaral os classifica como direitos de proteção à integridade física (vida e corpo), de proteção à integridade intelectual (direito do autor) e de proteção à integridade moral

---

mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes. 2. Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior (página 126). Observa, ainda, que "os direitos de personalidade, em especial quando assumam as vestes de direitos fundamentais, têm mais peso na hipótese de um conflito de direitos. Mas a regra não é absoluta, sendo fundamental proceder-se a uma ponderação em concreto. Como fator ponderoso no conflito – ainda que de modo não necessariamente preponderante – surge a antiguidade relativa. O direito constituído em primeiro lugar dá lugar à confiança do titular e de outros interessados no ordenamento jurídico. Assim, ele tenderá a subsistir" (página 127).

[210] BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit. Os Direitos da Personalidade. São Paulo: editora Saraiva, 8ª edição, 2015, páginas 47 a 49.

[211] Id., página 49.

(honra, liberdade, intimidade, imagem, identidade e nome)[212]. Classificação próxima é apresentada por Limongi França, o qual esclarece que, a despeito do traço comum de tais direitos, por corresponderem eles a aspectos determinados da personalidade, torna-se necessário que sejam agrupados de acordo com os aspectos a que cada um concerne. Tais aspectos são fundamentalmente três: o físico, o intelectual e o moral, o que permite agrupá-los em: a) direito à integridade física; b) direito à integridade intelectual e c) direito à integridade moral, mas sempre se observando que tais direitos não são estanques, o que faz com que participem, por vezes, de mais de um grupo, como o direito à imagem (natureza moral e física). Podem, portanto, ser especificados dentro de uma classificação correspondente à sua natureza dominante. O direito à vida pertenceria ao direito à integridade física [213].

Limongi França apresenta, ainda e diante da complexidade do assunto, outros critérios de classificação, como: a) critério da **extensão** (direito da personalidade **em sentido estrito**, que seria o direito geral e único da pessoa sobre si mesma, e direitos da personalidade **em sentido lato**, estes pertinentes aos diversos aspectos, projeções e prolongamentos da pessoa); b) critério **da esfera do direito** (direitos da personalidade de **natureza pública**, que são os definidos nas declarações dos direitos do cidadão; direitos da personalidade de **natureza social**: direito à educação, ao trabalho, ao lazer, ao sossego, etc..., e direitos da personalidade de **natureza privada**, que são aqueles que dizem respeito aos aspectos privados da personalidade, incluindo aqueles que, segundo outras perspectivas, se possam considerar também como de natureza pública ou social)[214].

Orlando Gomes consegue ser mais sintético, agrupando-os em direitos à integridade física (vida e o próprio corpo) e direitos à integridade moral (honra, liberdade, recato, imagem, nome, direito moral do autor)[215].

Carlos Roberto Gonçalves os divide, ainda, em duas categorias: os inatos, como o

---

[212] AMARAL, Francisco. Op. cit. Direito Civil: Introdução. Rio de Janeiro: editora Renovar, 8ª edição, 2014, páginas 313 a 314.

[213] FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade. Coordenadas Fundamentais. Revista do Advogado n. 36, março de 1992, páginas 05 a 13, a página 09.

[214] Id., páginas 09 e 11. O doutrinador ressalva que há uma constante interpenetração entre as categorias, já que todas elas dizem respeito a um elemento substancial comum: a própria personalidade. "Não obstante, a diversificação, ainda que por vezes aparentemente repetitiva, é indispensável, porque com a variação dos critérios variam também os aspectos segundo os quais uma mesma categoria deva ser encarada e estudada, do que, não é preciso dizer, resultam diferentes consequências jurídicas de natureza teórica e pragmática".

[215] GOMES, Orlando. Op. cit. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Forense, 18ª edição, 2001, páginas 153 a 154.

direito à vida e à integridade física e moral, e os adquiridos, os quais decorrem do *status* individual e existem na extensão da disciplina que foi conferida a eles pelo direito positivo[216].

Menezes Cordeiro[217], por sua vez, entende o ser humano como entidade que implica sucessivas esferas de realidades objetivas e/ou subjetivamente necessárias ou úteis, motivo pelo qual se podem extrair diferentes "vantagens" ou "bens" a serem tutelados como direitos da personalidade. Alguns de tais direitos envolvem relação difusa, como no caso do direito à vida, do qual se extraem outros como o direito à integridade física. Outros, por ter o ser humano uma vivência espiritual e social, implica estima pelos outros e autoestima: neste âmbito, temos outros direitos, os quais envolvem relação particularizada (como o direito à honra e ao segredo)[218].

O doutrinador português classifica-os como: "- direitos de personalidade não patrimoniais em sentido forte: o Direito não admite que os correspondentes bens sejam permutados por dinheiro: o direito à vida, o direito à saúde e à integridade corporal". Ou seja, não têm vertente patrimonial direta; "- direitos de personalidade não patrimoniais em sentido fraco: eles não podem ser abdicados por dinheiro embora, dentro de certas regras, se admita que surjam como objeto de negócios patrimoniais ou com algum alcance patrimonial; assim sucede com o direito à saúde ou à integridade física, desde que não sejam irreversivelmente atingidos, nos termos que regem a experimentação humana". Em outros termos, podem ser objeto de patrimônio ou sofrer limitação por dinheiro, podendo ser citados como exemplos, ainda no que diz respeito à integridade física, a participação em espetáculo ou esporte perigoso (show em que a mulher é alvo de facas e a luta livre); "- direitos de personalidade patrimoniais: representam um valor económico, são avaliáveis em dinheiro e podem ser negociados no mercado: nome, imagem e fruto da atividade intelectual"[219], para os quais há até mesmo discussão sobre sua natureza enquanto direitos da personalidade.

Considerando que nem sempre todos os direitos cabem a cada pessoa, distingue-os

---

[216] GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. Direito Civil Brasileiro, volume I, Parte Geral,. São Paulo: editora Saraiva, 7ª edição, 2009, página 155.

[217] CORDEIRO, António Menezes. Op. cit. Tratado de Direito Civil IV. Parte Geral: Pessoas. Coimbra: editora Almedina, 3ª edição, 2011, páginas 99 a 104.

[218] Segundo o autor, podemos distinguir "diversas áreas de bens de personalidade. Assim: - ao ser humano biológico: vida, integridade física, saúde, necessidades vitais (sono, repouso, alimentação, vestuário), etc; - ao ser humano moral: integridade moral, identidade, nome, imagem, intimidade, etc; - ao ser humano social: família, bom nome e reputação, respeito, etc." (CORDEIRO, António Menezes. Op. cit. Tratado de Direito Civil IV. Parte Geral: Pessoas. Coimbra: editora Almedina, 3ª edição, 2011, página 100).

[219] CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil IV. Parte Geral: Pessoas. Coimbra: editora Almedina, 3ª edição, 2011, páginas 108 e 109.

ainda em: - direitos de personalidade necessários, os quais estão presentes desde que exista uma pessoa singular, como na hipótese do direito à vida e à integridade física, bem como do direito à integridade moral; - direitos de personalidade eventuais, os quais dependem da existência dos respectivos bens de personalidade: o direito ao nome deriva de, à pessoa considerada, já ter sido atribuído um nome, assim como o direito à confidencialidade de certas cartas deriva de elas terem sido escritas. "Esta contraposição tem importância prática, a nível de ônus de prova: enquanto nos direitos de personalidade necessários, a sua mera invocação é bastante, quedando demonstrar a violação, nos eventuais há que alegar e provar a existência do bem protegido"[220].

Menezes Cordeiro identifica outras possíveis classificações em função de critérios variados, como aquele relativo aos bens a que eles se reportam. Porém, ressalva que tais direitos surgem de modo automático, sempre que ocorram os pressupostos respectivos: "não há qualquer necessidade de invocação, nem se requer nenhuma atividade complementar para eles se consubstanciarem. Tão-pouco é necessário que o titular tenha consciência da sua presença: trata-se de posições jurídicas independentes da vontade"[221].

Já Oliveira Ascensão os agrupa em: 1) direitos de personalidade em sentido estrito ou direitos à personalidade, que são aqueles que asseguram a base da personalidade, como os direitos à existência e à integridade física; 2) direitos à individualidade, que são aqueles por meio dos quais o homem se demarca socialmente, mas que também compreendem a esfera da privacidade, dando ao homem as condições para a realização de seu projeto pessoal; 3) direitos ao desenvolvimento da personalidade, que englobam as liberdades e possuem acento dinâmico: a personalidade é também um projeto que o homem deve realizar em comunhão e em autonomia[222].

---

[220] Id., páginas 111 a 112.

[221] Id., página 112. Menezes Cordeiro distingue três círculos nos bens de personalidade (página 112, item I): a) o círculo biológico (direito à vida e à integridade física); b) o círculo moral (intocabilidade moral das pessoas – direito à integridade moral e ao bom nome e reputação); c) o círculo social (relativo às relações entre o sujeito considerado e seus semelhantes – direito à intimidade privada, ao nome e à imagem, por exemplo). De modo geral, pode-se dizer que os direitos de personalidade dos círculos biológico e moral não podem ter conteúdo patrimonial, enquanto os do círculo social podem originar exclusivos de aproveitamento, com vantagens patrimoniais (página 113, item II). O regime permite distinguir, ainda, direitos limitáveis (admitem limitação em certas condições, como no caso do direito à imagem) e direitos não-limitáveis, que não poderão ser validamente restringidos ou aos quais não se pode renunciar, como no exemplo paradigmático do direito à vida (página 113, item II). Outra distinção possível separa os direitos de personalidade em nominados e inominados, sejam eles referidos ou não na lei. Eles serão, ainda, típicos quando disponham de um regime consignado na lei e atípicos, na hipótese inversa (página 113, item III).

[222] ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. Op. cit. Direito Civil. Teoria Geral. Introdução. As pessoas. Os bens. São Paulo: editora Saraiva, 3ª edição, 2010, páginas 21 e 22.

Segundo Orlando Gomes, algumas divisões classificatórias pecam por hipertrofia, outras por deficiência, sendo que as falhas decorrem principalmente da inexistência de uma teoria geral que os mantenha em seus devidos limites, tornando preciso, o número de valores que sejam autênticos direitos. Daí porque a sua sugestão de distribuição de tais direitos em categorias gerais (**direitos à integridade física**, que são aqueles que pertencem ao setor físico da personalidade, e **direitos à integridade moral**, os quais envolvem todos os direitos personalíssimos não vinculados ao elemento material da pessoal[223], como visto acima).

Parece mesmo evidente que uma classificação mais genérica atenda melhor à sistematização da matéria à vista da heterogeneidade de tais direitos e à dificuldade de classificação com base em qualidades ou características essenciais.

Neste contexto e tendo em vista a função prática que se espera do Direito, o que implica a organização de um sistema tutelar da personalidade, perfeitamente admissível se torna agrupar em duas categorias todos os direitos que, violados ou exercidos abusivamente, atingem, direta ou indiretamente, a projeção física ou a projeção moral da personalidade de cada pessoa (**direitos à integridade física e direitos à integridade moral**)[224].

Para nosso estudo, relevante é o direito à vida, o qual, ao lado do direito à integridade física, ocupa posição capital no sistema dos direitos da personalidade, já que é bem jurídico fundamental, é a situação jurídica mais importante, que se constitui na origem e no suporte dos demais direitos. Sem a vida não existe a pessoa, inexiste uma personalidade a realizar-se. Sua extinção, em consequência, põe fim à condição de ser humano e a todas as manifestações jurídicas que se apoiam nesta condição[225].

[223] GOMES, Orlando. Op. cit. Direitos de personalidade. Revista de Informação Legislativa, volume 3, número 11, páginas 39 a 48, setembro de 1966, a página 44.
[224] Id., página 45.
[225] AMARAL, Francisco, Op. cit. Direito Civil: Introdução. Rio de Janeiro: editora Renovar, 8ª edição, 2014, página 314.

II. Dignidade da pessoa humana e autonomia privada.

II.a. Dignidade.

Antonio Junqueira de Azevedo esclarece que a utilização da expressão "dignidade da pessoa humana" no mundo do Direito é fato histórico recente. Muitas civilizações, graças a seus heróis e santos, respeitaram tal dignidade, mas, juridicamente, a tomada de consciência, com a verbalização da expressão, foi um passo notável de tempos mais próximos: "tomada em si, a expressão é um conceito jurídico indeterminado, utilizada em norma, especialmente constitucional, é princípio jurídico. É sob essa última caracterização que está na Constituição da República" do Brasil, na medida em que aí aparece entre os princípios fundamentais[226].

Antes de ingressar como princípio positivado na órbita constitucional brasileira, já estava prevista no artigo 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789[227], e no preâmbulo e no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do

[226] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 97, 2002, páginas 107 a 125, a páginas 107 e 108. Diogo Leite de Campos confirma que "a Europa cristã sentiu, até fins do século XVIII, (sobretudo até ao século XVI) uma menor necessidade de uma categoria autônoma dos direitos da personalidade; e atribuiu um sentido diferente do contemporâneo à defesa da pessoa perante o Estado e os outros. O cosmos aparecia como uma ordem iluminada por Deus como causa suprema. As instituições humanas e o Direito inseriam-se nesta ordem e nesta lei. O Estado decorria, como uma parte, da harmonia (divina) de todo universal... Existiria uma lei natural, deduzida da ordem ideal, divina, das coisas. Decorrendo a lei dos homens da lei natural... Qualquer indagação sobre a pessoa, em abstracto, ou sobre qualquer pessoa, acaba por se referir à ordem divina da sociedade e do Cosmos; que acabava, dedutivamente, por resolver o problema concreto. Assim, a personalidade 'social' ou 'política' ia referir-se, fundamentando-se, à pessoa moral. E a pessoa moral era vista como a liberdade de fazer o justo. A ordem social, tal como o Direito, pareciam depender, antes de mais, das virtudes morais dos governantes e da população em geral. A transformação da sociedade dependia da transformação das almas. A melhor garantia de todos e de cada um, não era o Direito, mas a virtude de todos e de cada um. O Direito não era mais do que um último recurso, depois de os outros instrumentos sociais, os usos e os costumes e a ética, apoiados em seu sistema próprio de sanções, já terem falhado" (*in* O Direito e os direitos da personalidade, http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/LCampos93_2.pdf, com acesso em 08 de julho de 2015, a página 2004).

[227] "A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos" (*in* Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo - http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html, com acesso em 01 de julho de 2015).

Homem, de 10 de dezembro de 1948[228]. E, ainda, no artigo 3º da Constituição da República Italiana de 1947; no artigo 1º, inciso 1, da Lei Fundamental alemã, de 23 de maio de 1949; no artigo 10 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, e no artigo 5º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 28 de junho de 1981, com menção, também, no preâmbulo da Declaração das Liberdades e Direitos Fundamentais, adotada pelo Parlamento Europeu em 12 de abril de 1989[229].

Francisco Amaral bem ensina que os princípios, os quais exprimem os valores

---

[228] "Considerando que o reconhecimento da **dignidade inerente** a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultam em atos bárbaros que ultrajam a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum, Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, **sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres**, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades, Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso..." e "**todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos**. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade" (*in* Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html, com acesso em 01 de julho de 2015 e com grifos nossos).

[229] Artigo 3º da Constituição da República Italiana de 1947: "todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei sem distinção de sexo, raça, língua, opinião pública e condições pessoais e sociais ("Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e social", *in* http://www.governo.it/Governo/Costituzione/principi.html, com acesso em 04 de agosto de 2015). Artigo 1º, inciso 1, da Lei Fundamental alemã, de 23 de maio de 1949: "a dignidade do homem é intocável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação do aparelho estatal" (*in* http://www.uni-leipzig.de/~leite/wiki/Direitos_B%C3%A1sicos_da_Constitui%C3%A7%C3%A3o_Alem%C3%A3_-_Art%C2%BA_1_a_19, com acesso em 08 de julho de 2015). Artigo 10 do PIDCP, de 16 de dezembro de 1966: "Todos os indivíduos privados da sua liberdade devem ser tratados com humanidade e com respeito da dignidade inerente à pessoa humana" (*in* http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html, com acesso em 08 de julho de 2015). Artigo 5º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 28 de junho de 1981: "Todo indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento da sua personalidade jurídica" (*in* http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-n%C3%A3o-Inseridos-nas-Delibera%C3%A7%C3%B5es-da-ONU/carta-africana-dos-direitos-humanose-dos-povos-carta-de-banjul.html, com acesso em 08 de julho de 2015). Preâmbulo da Declaração das Liberdades e Direitos Fundamentais, adotada pelo Parlamento Europeu em 12 de abril de 1989: "Considerando que os povos das Nações Unidas, na Carta, reafirmaram a sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em maior liberdade..." (*in* http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/preamble.html, com acesso em 08 de julho de 2015).

supremos do sistema jurídico, juntamente com os costumes (prática reiterada e uniforme de um comportamento, que gera a convicção de sua obrigatoriedade), são fontes extralegais de direito, já que nem sempre podem ou estão positivados. De modo geral, podem ser considerados como pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica, critérios para a ação e para a constituição de normas e de institutos jurídicos. São diretivas básicas e gerais que orientam o intérprete na criação da norma jurídica adequada, servindo de garantia e certeza a um conjunto de juízos, bem como para fundamentar e dar unidade a um sistema ou a uma instituição. Podem ser compreendidos, ainda, "como *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz)". Já "segundo Esser", "princípio não é uma diretiva, mas fundamento, critério e justificação da diretiva, e por isso identifica-se com a *ratio legis*"[230].

A dignidade da pessoa humana é um princípio ético-jurídico, uma diretiva básica e geral que orienta o intérprete na realização do direito, possibilitando que valores sociais relevantes ingressem no campo do Direito[231].

Trata-se de princípio normativo que pode se materializar como princípio geral de direito ou como princípio de direito privado, podendo se exprimir, ainda, por meio de cláusula

[230] AMARAL, Francisco. Op. cit. Direito Civil: Introdução. Rio de Janeiro: editora Renovar, 8ª edição, 2014, a páginas 68 a 70. Ronald Dworkin esclarece, de fato, que os princípios fazem referencia à justiça e à equidade ou *fairness*. Por isso, enquanto as normas se aplicam ou não se aplicam (quando em conflito, uma revoga a outra), os princípios dão razões para decidir em um sentido determinado (quando em conflito, juízo de ponderação se faz necessário, mas sem revogação como consequência). Há que se notar, porém, que, diferentemente das normas, seu enunciado não determina as condições de sua aplicação (DWORKIN, Ronald, Los Derechos en Serio, Barcelona: Editorial Ariel, 1ª edição, 5ª reimpresión, 2002, a página 09). Quanto à diferença entre princípio e regra e a sua forma de aplicação, Virgílio Afonso da Silva, aproveitando-se da teoria de Robert Alexy, acrescenta que princípios são mandamentos de otimização, são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes: "isso significa, entre outras coisas, que, ao contrário do que ocorre com as regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em diversos graus. A ideia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis. Isso porque, ainda que nos limitemos apenas às condições jurídicas, dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreiras na proteção de outro princípio ou de outros princípios. É justamente a essa possível colisão que Alexy quer fazer referência quando fala em 'condições jurídicas'. No caso das regras, a aplicação não depende de condições jurídicas do caso concreto, pelo menos não nesse sentido apontado. É dessa diferença de estrutura que decorrem as diferentes formas de aplicação das normas jurídicas: a subsunção, para as regras, e o sopesamento, para os princípios" (AFONSO DA SILVA, Virgílio. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, Revista de Direito do Estado 4 (2006), páginas 23 a 51, a página 28).

[231] Para alguns é até mesmo um meta-princípio, do qual decorrem todos os demais. Por isso e nos dizeres de Alessandro de Araújo Guimarães, "irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais. É o princípio supremo da hierarquia das normas" (Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: a absolutização argumentativa da dignidade humana e o perigo da subtração do caráter normativo desse princípio, *in* Temas de Direito Constitucional: Estudos em homenagem ao Prof. Carlos Rebelo Júnior, org. de Ubirajara Coelho Neto, Aracaju: editora Evocati, 2013, páginas 17 a 40, a página 37).

geral, cuja importância crescente traduz a superação do positivismo legalista, com o seu modelo de sistema fechado, em favor da "eticização" das relações jurídicas.

Cláusulas gerais são enunciados jurídicos de conteúdo e consequência variáveis, noções indeterminadas a precisar pelo juiz em cada caso. Têm uma função de auxílio à prática judicial, como critério orientador na interpretação e integração dos contratos, *adjuvandi vel suplendi vel corrigendi*, e também como limite ao exercício dos direitos subjetivos em contraposição ao princípio da autônima privada[232].

Vale registrar que diferem dos conceitos jurídicos indeterminados, os quais são palavras ou expressões vagas, imprecisas, contidas numa norma, de modo que a dúvida se encontra no significado das mesmas, mas não nas consequências legais de seu descumprimento[233].

Tanto o expediente da cláusula geral como o expediente do conceito indeterminado servem, neste contexto, à modernização do direito e à efetivação de justiça no caso concreto[234].

Béatrice Maurer bem assevera que o princípio em discussão se trata de noção que estabelece um consenso teórico universal, unindo juristas, cientistas e pensadores de todas as famílias filosóficas e religiosas de modo notável (consenso em se reconhecer à pessoa humana a dignidade, uma dignidade específica e fundamental). Por outro lado, as divergências práticas que o conceito suscita, ainda que incontestado em termos gerais, são igualmente consideráveis. Isto porque é em seu nome que alguns reivindicam hoje a legitimidade de comportamentos que outros recusam também fundados em sua intangibilidade[235].

---

[232] AMARAL, Francisco. Op. cit. Direito Civil: Introdução. Rio de Janeiro: editora Renovar, 8ª edição, 2014, a página 90.

[233] Note-se que, na cláusula geral, a dúvida está no pressuposto (conteúdo) e no consequente (solução legal), enquanto que no conceito jurídico indeterminado a dúvida somente está no pressuposto (conteúdo), e não no consequente (solução legal), pois esta já está predefinida em lei. Um exemplo de cláusula geral está no artigo 422 do CC de 2002 (a dúvida está tanto no significa de boa-fé como na consequência do descumprimento da regra, incumbindo ao juiz preencher ambos os elementos de significado, obviamente dentro dos limites do sistema jurídico e não arbitrariamente), enquanto o de conceito jurídico indeterminado está no parágrafo único, do art. 927, do CC de 2002, que trata da atividade de risco (a dúvida está no significado - conteúdo/pressuposto - de atividade de risco, e não nas consequências jurídicas - responsabilidade civil objetiva).

[234] ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A modernização do Direito Civil e as cláusulas gerais, *in* http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130419180909.pdf, com acesso em 16 de setembro de 2015.

[235] MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central (Tradução de Rita Dostal Zanini, do original: "Notes sur le respect de la dignité humaine... ou petite fugue inachavée autour d'un thème central", *in* SÉRIAUX, Alain e outros. Le Droit, le Médicine et L'être Humain, Aix-En-Provence: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1996, páginas 185-212). Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional / Béatrice Maurer ... (et al.); org. Ingo Wolfgang

Em outros termos, a dignidade da pessoa humana é um daqueles termos de fácil compreensão, mas de difícil definição, por ser um conceito jurídico plurívoco, aplicável a situações aparentemente distintas entre si[236].

Antonio Carlos Morato, Deise Carolina Muniz Rebello e Paulo Adib Casseb confirmam que a indeterminação do conceito de dignidade humana dificulta sua aplicação, por exemplo, como limite da liberdade de radiodifusão, pois, embora a dignidade não tenha uma definição categórica, "é compreendida como um conjunto mínimo de direitos fundamentais essenciais tão abrangentes quanto o direito do indivíduo de buscar o seu desenvolvimento pessoal e social"[237].

Os doutrinadores demonstram que se pode defender, como o faz Roxana Cardoso Brasileiro Borges, a existência do princípio da exclusividade, que seria mais amplo do que a atual noção de privacidade ou intimidade enquanto direitos da personalidade, aproximando-se da dignidade da pessoa humana e simultaneamente evitando que o Estado ou a sociedade interfiram nas opções de vida de alguém. Com base em tal princípio, se poderia reconhecer validade a um contrato que vincule certa pessoa a um *reality show*, ainda que ele demande interpretação restritiva. No mesmo sentido, se manifestam Mário Luiz Delgado (o contrato será válido, ocorrendo uma autorização temporária de utilização da imagem e de exposição da

---

Sarlet; trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: editora Livraria do Advogado, 2005, a páginas 61 e 73.

[236] Neste mesmo contexto complexo, se insere a boa-fé (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Boa-fé no Código Civil brasileiro: dez anos de experiência. 10 Anos de Vigência do Código Civil Brasileiro de 2002. Estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. Coordenação de Christiano Cassettari. São Paulo: editora Saraiva, 2013, páginas 308 a 323, a página 308) e também a função social.

[237] MORATO, Antonio Carlos; REBELLO, Deise Carolina Muniz; CASSEB, Paulo Adib. A sociedade da Informação e os *reality shows. In* O Direito na Sociedade da Informação II, Liliana Minardi Paesani. (Org.), volume 2. São Paulo: editora Atlas, 2009, páginas 167 a 193, a página182. Dentro do conceito de dignidade humana estaria, assim, o direito à autodeterminação e também o direito à imagem, ou seja, a liberdade de escolher participar de um *reality show* como o *Big Brother*. Seria a mesma autodeterminação que existe na participação em competições de luta-livre ou concursos de beleza: "a ponderação de valores, nesse caso, é feita pelo próprio titular do direito à vida digna no exercício de seu direito individual de autorregulação e – em princípio – não parece legítima a vedação prévia dessa escolha pelo Estado. Por outro lado, a ingerência estatal e excepcional legitima-se em situações extremas como nos casos de o programa anunciar, desde logo, situações manifestamente degradantes, violentas ou discriminatórias como etapas necessárias ao desenrolar do programa. Nesses casos, é evidente, razoável e emergencial a tutela de interesses amparados pela Constituição" (páginas 182 e 183). Em outros termos e na advertência de Orlando Gomes feita já em 1966, regras devem ser postas para a fixação de limites ao poder de disposição do titular dos direitos da personalidade, não se permitindo que outra pessoa (física ou jurídica) viole qualquer aspecto desta personalidade que seja tutelado juridicamente: "os direitos da personalidade devem ter como nota central a dignidade da pessoa humana, questão que não pode ser negligenciada no mundo empresarial, e a autorização *temporária* para que certos aspectos da personalidade sejam captados (como é o caso da captação da imagem) não poderá autorizar que ocorra um aviltamento de tais direitos" (Op. cit. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Forense, 18ª edição, 2001, páginas 187).

intimidade, que poderá contrariar aspectos éticos e morais, mas não o ordenamento jurídico) e Jones Figueiredo Alves. Existem, contudo, respeitáveis posicionamentos contrários que defendem a ilicitude do objeto do contrato, a exemplo de Cláudia Rodrigues e Gilberto Haddad Jabur (invalidade ocorrerá quando se revelar lubricidade, por violação ao princípio da dignidade da pessoa humana)[238].

Morato, Rebello e Casseb concordam com as ponderações de Gilberto Haddad Jabur, "pois se – em sentido mais amplo – o contrato que autorizasse certa exposição seria válido, não é razoável admitir que a pessoa concorde em expor aspectos ainda íntimos de sua própria vida, como um relacionamento sexual, aos olhos do grande público"[239].

A dificuldade de delimitação dos contornos da dignidade da pessoa humana se reflete também e, obviamente, na proteção do direito à vida.

Susan Mills, ao analisar o caso Pretty v. United Kingdom[240], manifestou preocupação no mesmo sentido, pontuando que o respeito pela dignidade humana, embora não esteja expressamente articulado em qualquer dos direitos substanciais garantidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, é sem dúvida um de seus objetivos fundamentais, servindo de

---

[238] Id., páginas 187 a 189.

[239] Id., página189.

[240] Pretty v. United Kingdom (2346/02) [2002] ECHR 423 (29 April 2002), disponível em http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":["ENG"],"appno":["2346/02"],"itemid":["001-60448"]} e http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Euthanasia_ENG.pdf, com acesso em 18 de maio de 2016. Fatos: Diante Pretty estava morrendo de uma doença neurológica motora. Embora paralisada, podia tomar decisões. Ansiava morrer para evitar sofrimento e indignidade, mas sem que conseguisse fazer isso sozinha. Assim, desejava que seu marido a ajudasse a cometer suicídio. Entretanto, o auxílio ao suicídio era crime segundo as leis britânicas e seu pedido para que se garantisse liberdade de acusação a seu marido, caso ele a ajudasse, foi recusado pela Justiça do Reino Unido. Reclamação apresentada à Corte Europeia de Direitos Humanos: A interessada aduziu que o Reino Unido havia violado, ao decidir o seu caso, os artigos 2 (direito à vida), 3 (proibição de tratamento ou punição desumano ou degradante), 8 (privacidade), 9 (liberdade de consciência) e 14 (proibição de discriminação) da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Decisão, de 29 de abril de 2002: A Corte Europeia admitiu a reclamação, mas não vislumbrou violação aos artigos citados. Fundamento: O artigo 2 da Convenção determina aos Estados que se abstenham da tomada ilegal de vida e que tomem medidas apropriadas para sua proteção. Referido artigo, em consequência, não poderia ser interpretado de forma diametralmente oposta, como garantidor de um direito de morrer, de modo que não havia violação a ele ("no right to die, whether at the hands of a third person or with the assistance of a public authority, can be derived from Article 2 of the Convention"; em tradução livre: "nenhum direito de morrer, seja pelas mãos de uma terceira pessoa ou com a assistência de uma autoridade pública, pode derivar do artigo 2 da Convenção"). Além disso, como o artigo 3 deve ser construído em conjunção com o artigo 2, não haveria como impor ao Estado a obrigação de não processar o marido de Pretty, caso ele a auxiliasse no suicídio. Quanto às ponderações feitas em relação ao direito de respeito à vida privada, de acordo com o artigo 8 da Convenção, a Corte considerou que a interferência, neste caso, estava justificada porque necessária em uma sociedade democrática ("necessary in a demoratic society"), visando à proteção dos direitos de outros, o mesmo se aplicando em relação aos artigos 9 e 14 da Convenção.
No endereço mencionado, é possível encontrar, ainda, curtos resumos sobre outros casos avaliados pela Corte Europeia de Direitos Humanos, os quais também envolveram o interesse de um particular de ter mais autonomia sobre sua morte, com recusa pelo Estado-membro.

base para direitos como o direito à vida, a proibição de tratamento desumano ou degradante e o direito à vida privada. Da mesma forma, embora não esteja expressamente prevista na lei inglesa, aduz-se que tal dignidade, ao lado da autonomia, do respeito, do *status* e da segurança, constitui um dos cinco valores comuns no Direito interno inglês, público e privado. Em consequência, a apelação da senhora Pretty por uma morte digna encontrava respaldo tanto no sistema legal europeu como no sistema legal inglês. A questão central, entretanto, é determinar em qual extensão o Direito é capaz, em sua forma atual, de permitir que a dignidade reine nos estágios finais da vida. Mais particularmente, a elasticidade do discurso da dignidade, com a sua capacidade de conduzir a diversas direções, induz significar que ele pode ser invocado por todos os protagonistas (os idosos e doentes, suas famílias, a equipe médica, o Estado) para justificar todos os resultados (preservação da vida ou busca da morte). Sua natureza dúplice, portanto, quando combinada com os argumentos e contra-argumentos que impregnam o discurso dos direitos, parece, em última análise, minar a causa daqueles que tentam usá-lo para assegurar o seu direito de morrer com dignidade[241].

Em outros termos, justificaria o princípio da dignidade da pessoa humana a prática da ortotanásia, substituindo-se procedimentos extraordinários, destinados à cura ou à manutenção da vida, por tratamentos secundários, consistentes na alimentação e em cuidados paliativos, no aguardo da morte, com possibilidade de condução indireta, por meio destes, a tal evento, ou mesmo a realização de eutanásia ativa quando o titular do direito, porque em dor ou sofrimento, não mais deseje prosseguir com tratamento médico? Ou seria ele fundamento para tutela integral da vida humana, ainda que contrariamente ao interesse do doente?

Investigando as origens do instituto, enquanto fundamento da proteção de todos os

[241] MILLS, Susan. Death, dignity and discrimination: the case of Pretty v. United Kingdom. German Law Journal (*in* https://www.germanlawjournal.com/article.php?id=197, com acesso em 19 de Agosto de 2015). Na versão original: "Respect for human dignity is not expressly articulated in any of the substantive rights guaranteed by the Convention. It can, however, be viewed as one of its fundamental objectives (9) and would seem specifically to underpin a number of guaranteed rights such as the right to life, the prohibition on inhuman and degrading treatment and the right to respect for private life. Likewise, although not guaranteed expressly in English law, it has been argued that dignity (alongside autonomy, respect, status and security) constitutes one of five common values in domestic public and private law. (10) As such, Mrs. Pretty's appeal for a dignified death does not lack resonance within either a European or national legal framework. The question, however, is to what extent the law is capable, in its current form, of permitting dignity to reign in the final stages of life. More particularly, it appears that the elasticity of dignity discourse with its capacity to pull in many directions means it can be invoked by all protagonists (the elderly and infirm, their families, the medical team, the state) to justify all outcomes (preserving life and seeking death). Its duplicitous nature, therefore, when combined with the claims and counter-claims which infuse rights discourse, appears ultimately to undermine the cause of those who try to use it to assert their right to die with dignity".

direitos da personalidade, constata-se que possui, em sua acepção contemporânea e nos dizeres de Luis Roberto Barroso, "origem *religiosa*, bíblica: o homem feito à imagem e semelhança de Deus. Com o Iluminismo e a centralidade do homem, ele migra para a *filosofia*, tendo por fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Ao longo do século XX, ela se torna um objetivo *político*, um fim a ser buscado pelo Estado e pela sociedade. Após a 2a Guerra Mundial, a ideia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o mundo *jurídico,* em razão de dois movimentos. O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos. Convertida em um conceito jurídico, a dificuldade presente está em dar a ela um conteúdo mínimo, que a torne uma categoria operacional e útil, tanto na prática doméstica de cada país quanto no discurso transnacional"[242].

Francisco Amaral, por sua vez, acrescenta que este princípio "exprime a convicção de que a pessoa humana é um valor em si mesmo, intrínseco, absoluto, não meio de realizar interesses alheios. Na filosofia do direito, apresenta-se como imperativo categórico, que exige o respeito à integridade física, moral e intelectual da pessoa, aspectos que se consideram hoje bem jurídico, objeto dos chamados Direitos da Personalidade, uma inovação no nosso Código Civil (arts. 11 a 21) relativamente ao anterior. Por sua importância, transcende o sistema do Código, figurando como um dos princípios estruturantes da Constituição da República (art. 1º, III), sendo, consequentemente, a matriz, a fonte, o alicerce dos direitos e das garantias fundamentais do direito brasileiro, do que decorre a pretensão que cada pessoa tem ao respeito à sua integridade física e psíquica, à sua autonomia e liberdade pessoal, à segurança e à propriedade, pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida e da convivência igualitária" [243].

A pessoa, portanto, é valor fonte do direito, bem como sua causa eficiente, preexistindo a ele. A natureza e a dignidade do ser humano são o fundamento, a causa e medida dos direitos e

---

[242] BARROSO, Luis Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010 (*in* http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf), página 02.

[243] AMARAL, Francisco. Op. cit. Direito Civil: Introdução. Rio de Janeiro: editora Renovar, 8ª edição, 2014, a páginas 17 e 78.

deveres[244].

Nos dizeres de Ana da Cunha Gouvea Costa, "a inserção da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos republicanos, no Título I, no primeiro artigo da Constituição Federal" brasileira, "comprova sua precedência interpretativa sobre todos os demais dispositivos constitucionais que lhe seguem. Isso significa que a dignidade da pessoa humana não constitui mera declaração de conteúdo ético-moral, mas transcende tal dimensão, apresentando toda sua índole de eficácia jurídico-positiva constitucional" [245].

Neste contexto, em que erigida como valor jurídico fundamental, atua como valor-guia, não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda ordem jurídica, haja vista a eficácia normativa da Constituição. "Daí afirmar-se que a dignidade da pessoa humana, como valor-fonte fundamental do direito, é o princípio mais relevante de nossa ordem jurídica, na medida em que lhe confere unidade de sentido e valor, condicionando toda exegese e aplicação do direito vigente. É esse o entendimento de Ingo Sarlet: impõe-se seja ressaltada a função hermenêutico-integradora do princípio, na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e do restante das normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico, imprimindo-lhe, além disso, sua coerência interna [...] o princípio da dignidade da pessoa humana constitui, em verdade, uma norma legitimadora de toda ordem estatal e comunitária, demonstrando, em última análise, que a nossa Constituição é, acima de tudo, a Constituição da pessoa humana por excelência"[246].

Nelson Rosenvald consigna que, apesar de se tratar de princípio formulado na atualidade (valor maior do ordenamento jurídico das civilizações ocidentais), três momentos tiveram contribuição essencial para a concepção atual da dignidade da pessoa humana: o Cristianismo, o kantismo e a Segunda Guerra Mundial. No que tange ao Cristianismo, pelo postulado da criação do homem à imagem e semelhança de Deus (Livro de Gênesis, versículos 3, 7, 14, 20 e 24/26), o que impõe a obrigação de retribuir à altura da vontade do Criador, sob pena de renegação da dignidade que a nós foi atribuída. No que diz respeito a Emmanuel Kant, pela formulação das regras do imperativo categórico, as quais estabelecem que devemos agir de

[244] Id.
[245] COSTA, Ana da Cunha Gouvea. A violação positiva do contrato. Monografia apresentada para conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* Ordem Jurídica e Ministério Público da FESMPDFT. Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ., Brasília, Ano 19, Edição Especial, novembro de 2011, páginas 07 a 99, a página 22.
[246] Id.

tal forma que a máxima de nosso agir possa ser elevada a uma lei universal de conduta, sendo que o agir deve sempre implicar tratamento à humanidade, tanto na nossa pessoa como na pessoa de qualquer outro, como um fim em si mesmo e nunca unicamente como meio[247].

Rosenvald ressalva, porém, que os valores cristãos e o pensamento kantiano não foram suficientes para impedir a instrumentalização do ser humano e o seu total aviltamento no Estado nazista. Talvez por isso não seja por acaso que a concepção atual da dignidade da pessoa humana se deu na Alemanha, por meio da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, a qual foi elaborada sob inspiração kantiana e imposta pelas grandes potências após a Segunda Guerra Mundial e que prescreve, em seu artigo 1º, parágrafo 1º, que "a dignidade do homem é inatingível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais"[248].

Não há dúvida, de fato, de que a tutela da pessoa humana e de sua dignidade, inclusive sob uma perspectiva mais ampla, se tornou ainda mais pungente após a 2a Guerra Mundial, quando ganhou positivação jurídica, em reação às atrocidades cometidas durante aquele período[249], com reflexos inclusive a nível internacional: a proteção de uma terceira geração de

---

[247] ROSENVALD, Nelson. Op. cit. Dignidade humana e boa-fé no Código Civil. São Paulo: editora Saraiva, 2005, páginas 01 e 04. Vale lembrar a proximidade do *dharma* do dever de Kant, como bem percebido por Pedro Kupfer: "Qual é o valor do *dharma*? Qual seu efeito? Por que deveríamos agir dentro desses valores? Kant descobre, através da obra de Rousseau, que existe algo fundamental, motor da boa vontade, que ele chama "o respeito do dever". Como sabemos, uma das formas de definirmos *dharma* é justamente através da palavra "dever". Nessa esteira, o filósofo propõe usar a metafísica no interesse da vida moral, da liberdade e da razão prática. Kant propõe uma vida na qual o dever em relação ao outro ocupa um lugar central, exatamente como ensina o sanatana dharma, já que o respeito pelos deveres é o que enriquece e dignifica a vida humana. Essa vida dentro dos valores universais, ensina Rousseau, o inspirador de Kant, não precisa se fundamentar numa metafísica complicada, nem depende de nenhuma outra ciência ou arte (que, por outra parte, não têm a capacidade de nos tornar mais felizes ou plenos), como explica Victor Delbos, em sua obra La Philosophie Pratique de Kant (p. 128): "Afastando a vã sutileza dos argumentos filosóficos, pretendendo consultar apenas a luz interior (ligada à consciência moral), Rousseau atestava a possibilidade de construir, com base em fundamentos indestrutíveis, a metafísica nova, a metafísica da liberdade e da razão prática". Essas convicções serão cruciais no pensamento kantiano, e servem como alicerce para todo o sistema proposto por ele. Resumindo, este sistema propõe a força da intenção como motor das ações do homem. Kant confia no juízo prático do ser humano, da mesma maneira que Sócrates o fez dois mil anos antes. Mas, diferentemente do sofista, que tenta encontrar nas definições do homem do povo o que sejam a justiça ou a ética, por exemplo, ele procura isolar a essência da moral, do dharma, libertando-o de toda mistura empírica, para poder aplicá-lo universalmente, a todas as situações, tempos e lugares. Dessa maneira, sua moral serve como guia para todas as ações humanas, independentemente da situação que cada um de nós estiver vivendo. Isso implica ter meridianamente claras as próprias intenções na hora de agir (Kant e o Dharma, 23 de agosto de 2011, *in* http://www.yoga.pro.br/artigos/1038/1/kant-e-o-dharma, com acesso em 14 de setembro de 2016).

[248] Id., página 6.

[249] No plano internacional, podem ser citados, a título de exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1966; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 26 de novembro de 1969; a Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, de 26 de setembro de 1981; a Convenção de Astúrias sobre Proteção dos Direitos da Dignidade do Ser Humano com respeito às aplicações da Biologia e da Medicina (Convenção de Bioética do Conselho da Europa, de

direitos, fundada no princípio da solidariedade ou da fraternidade, já se consolidou, garantindo-se o direito à autodeterminação de um povo, o que inclui o direito de dispor de sua própria riqueza e de seus recursos naturais[250].

Em outros termos, "o Direito Civil contemporâneo adquire novo polo valorativo: no lugar do indivíduo, a tutela da pessoa. Essa é a doutrina de Tereza Negreiros: o compromisso do direito civil com a tutela da dignidade da pessoa humana é, portanto, assumido pela perspectiva civil-constitucional como inapelável consequência da sujeição das relações interprivadas aos ditames constitucionais. Muito mais que autonomia e liberdades individuais, o ordenamento civil e ... a ordem contratual em particular são instrumentos de realização existencial da pessoa humana - pelo que, sob pena de afrontar a Constituição, o intérprete e aplicador do Direito deve dar primazia à realização existencial em detrimento da realização patrimonial". No mesmo sentido, se posiciona Daniel Sarmento, o qual esclarece que "o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolve no seio da sociedade civil e no mercado"[251].

Willis Santiago Guerra Filho sintetiza que "dentre os 'princípios fundamentais gerais', enunciados no art. 1º da Constituição de 88, merece destaque especial aquele que impõe o respeito à dignidade da pessoa humana. O princípio mereceu formulação clássica na ética kantiana, precisamente na máxima que determina aos homens, em suas relações interpessoais, não agirem de molde a que o outro seja tratado como objeto, e não como igualmente um sujeito. Esse princípio demarcaria o que a doutrina constitucional alemã, considerando a disposição do art. 19 II da Lei Fundamental, denomina de 'núcleo essencial intangível' dos direitos fundamentais (cf., v.g., STEIN, 1982, p. 258 s.; VIEIRA DE ANDRADE, 1987, p. 233 s.; OTTO Y PARDO, 1989, p. 125 s.). Entre nós, ainda antes de entrar em vigor a atual Constituição, a melhor doutrina já enfatizava que 'o núcleo essencial dos direitos humanos

---

04 de abril de 1997); a Declaração Universal da UNESCO sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, de 11 de novembro de 1997; a Declaração Bioética de Gijón (I Congresso Mundial de Bioética, SIBI, de 24 de junho de 2000) e a Declaração de Caracas sobre Bioética (I Congresso Iberoamericano de Bioética, de 09 de fevereiro de 2001).

[250] Introduction aux droits de l'homme, Université de Genève, Semaine 4 (www.coursera.org).

[251] COSTA, Ana da Cunha Gouvea. Op. cit. A violação positiva do contrato. Monografia apresentada para conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* Ordem Jurídica e Ministério Público da FESMPDFT. Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ., Brasília, Ano 19, Edição Especial, novembro de 2011, páginas 07 a 99, a páginas 22 a 23.

reside na vida e na dignidade da pessoa' (COMPARATO, 1989, p. 46). Os direitos fundamentais, portanto, estariam consagrados objetivamente em 'princípios constitucionais especiais', que seriam a 'densificação' (CANOTILHO) ou 'concretização' (embora ainda em nível extremamente abstrato) daquele 'princípio fundamental geral', de respeito à dignidade humana"[252].

E também como bem lembra Elimar Szaniawski, à luz de São Tomás de Aquino, "a racionalidade faz do homem um princípio de ação autônomo, sendo o pressuposto de uma dignidade e a dignidade da pessoa vem a identificar-se com a liberdade"[253]. Ou, ainda, José de Oliveira Ascensão: a dignidade da pessoa humana "é antes de mais uma imposição ontológica. A pessoa, com a sua dignidade, não é criatura do ordenamento jurídico"[254].

Mas de onde vem essa dignidade (eminente) da pessoa humana?

José de Oliveira Ascensão faz o questionamento, reconhecendo que não se costuma identificar de onde vem tal dignidade, embora fosse essencial fazê-lo: "porque se não assentarmos sobre a razão de tal dignidade a afirmação não tem substância. Ela é compatível com entendimentos contraditórios que se dizem simultaneamente professar sobre a pessoa, cuja dignidade se proclama. A afirmação retórica da dignidade da pessoa humana esconde assim o vazio quanto ao conteúdo que se atribui à pessoa cuja, dignidade seria proclamada"[255].

A mesma é a preocupação de Béatrice Maurer, ao verificar que o conceito de dignidade seria fundamental, mas, ao mesmo tempo, extremamente subjetivo, com cada um defendendo a sua própria concepção de dignidade do homem (e, muitas vezes, em nome de sua própria dignidade). Para que o instituto ganhe vida e cumpra sua finalidade no âmbito do Direito, o qual é por natureza funcionalista, definição prática se faz necessária, a qual somente pode ser alcançada evitando-se subjetivar ao extremo a dignidade e evitando-se abordar o conceito em si (já que cada um pode definir a dignidade da pessoa humana conforme o que pensa), bem como assumindo como possível o julgamento das múltiplas visões sobre o tema com a medida de uma definição claramente determinada da dignidade em si. Em outros termos, por meio de um estudo

[252] GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, páginas 48 a 49.
[253] SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005, página 15.
[254] ASCENSÃO. José de Oliveira. Op. cit. Direito Civil. Teoria Geral. Introdução. As pessoas. Os bens. São Paulo: editora Saraiva, 3ª edição, 2010, página 59.
[255] ASCENSÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 103, jan./dez. 2008, páginas 277 a 299, a página 279.

jurídico-positivo, torna-se tangível abstrair as diversas compreensões subjetivas da dignidade e procurar uma definição da expressão, que, ainda que permaneça aberta, alcance uma certa objetividade, possibilitando ao operador precisar as funções do termo que interessa ao Direito[256].

Vale consignar, porém, que definir em si a dignidade é impor limites a ela e subtrair de seu conceito um aspecto essencial de sua riqueza (autonomia), na medida em que dignidade e liberdade são inseparáveis[257].

Oliveira Ascensão esclarece que há que se ter em vista que, por detrás do recurso à dignidade da pessoa humana, está uma realidade substancial: a própria pessoa: "é esta necessariamente o elemento essencial a que se referem os próprios textos constitucionais. A pessoa é o ente ou substância que tem e manifesta aquela dignidade. Impõe-se, pois, para a interpretação da lei, que se desça à análise substancial do ser que é digno, para que se possa compreender por que é revestida de dignidade"[258].

Em outros termos, é a noção de pessoa que dá a razão e os limites do valor dignidade[259].

Ressalte-se, mais uma vez, que a pessoa deixou de ser vista sob o ponto de vista kantiano, enquanto categoria abstrata, traduzindo-se como centro e objeto do direito, dotada de subjetivismo ilimitado, embora tal formulação tenha sido importante, quando do Iluminismo, para a proteção dos direitos da primeira geração (direitos civis e políticos), sob o enfoque da liberdade absoluta.

Passou-se a entender a pessoa de forma densificada, com uma autodeterminação limitada diante do reconhecimento de que a intersubjetividade integra o seu conceito e de que a

---

[256] MAURER, Béatrice. Op. cit. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central (Tradução de Rita Dostal Zanini, do original: "Notes sur le respect de la dignité humaine... ou petite fugue inachavée autour d'un thème central", in SÉRIAUX, Alain e outros. Le Droit, le Médicine et L'être Humain, Aix-En-Provence: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1996, páginas 185-212). Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional / Béatrice Maurer ... (et al.); org. Ingo Wolfgang Sarlet; trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: editora Livraria do Advogado, 2005, a páginas 62 a 63. A doutrinadora indica que a filósofa Simone Weil não gostava da expressão "eminente dignidade da pessoa humana" porque tal estava longe de expressar o caráter sagrado do homem, tornando-o ainda mais abstrato e obscuro (página 62), sendo que não se trata de uma questão de valor, de hierarquia, de uma dignidade maior ou menor: a dignidade fundamental do homem é um absoluto. Ela é total e indestrutível; é inamissível, não pode ser perdida (página 81).

[257] Id., página 63.

[258] Id., página 282.

[259] Neste sentido, também se manifesta Antonio Junqueira de Azevedo (Op. cit. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 97, 2002, páginas 107 a 125, a página 111): "A concretização da ideia de dignidade da pessoa humana exige uma tomada de posição implícita ou explícita sobre o que seja 'pessoa humana'. A ética supõe a antropologia (filosófica)".

tutela do valor igualdade é tão relevante quanto à proteção da liberdade para a garantia efetiva dos direitos da personalidade, o que possibilitou o surgimento dos direitos da segunda geração no plano internacional, dos direitos humanos (direitos sociais, econômicos e culturais).

Ou seja, embora o valor da pessoa humana seja o valor-fonte de todos os valores ou o valor-fonte do ordenamento jurídico, como bem propõe Miguel Reale[260], a pessoa que assim se visualiza não é, porém, o ser abstrato, desvinculado da história, o ser que mereceu uma consideração puramente estática ou ôntico-formal na obra de Boécio ou uma apreciação puramente deontológica de Kant, que projeta o tema do plano da ontologia para o da ética, ou, ainda, que foi situada no centro de uma constelação de valores concebidos como realidades ontológicas, em um contexto a-histórico, como querem Max Scheler e N. Hartmann.

Afinal e nos dizeres de Reale, "a sociedade, longe de constituir um fator originário e supremo, é condicionada pela sociabilidade do homem, isto é, por algo que é inerente a todo ser humano e que é condição de possibilidade da vida de relação. O fato do homem só vir a adquirir consciência de sua personalidade em dado momento da evolução histórica, não elide a verdade de que o 'social' já estava originariamente no ser mesmo do homem, no caráter bilateral de toda atividade espiritual: a tomada de consciência do valor da personalidade é uma expressão histórica da atualização do ser do homem como ser social, uma projeção temporal, em suma, de algo que não se teria convertido em experiência social se não fosse inerente ao homem a condição transcendental de ser pessoa, ou, por outras palavras, de ser todo homem *a priori* uma pessoa. Não há dúvida que a compreensão histórica ou até mesmo historicista do problema da pessoa abre perspectivas novas, não só pela necessidade de ter-se presente o caráter de temporalidade que lhe é inerente, mas também porque passa a ser situado com todas as suas implicações, isto é, como um problema inseparável da nota de *socialidade* que não lhe é menos essencial. Pessoa, sociedade e história surgem, assim, como conceitos correlatos, numa concreção dialética que torna impossível a compreensão de um elemento com olvido dos dois outros"[261].

A pessoa, portanto, deixa de ser vista pelo Direito apenas como o titular abstrato de direitos e obrigações ou como o sujeito de relações jurídicas: passa-se a proteger a pessoa considerada em si mesma, em seus atributos físicos e morais e em tudo o que se suponha

[260] REALE, Miguel. Op.cit. Pluralismo e Liberdade. São Paulo, editora Saraiva, 1963, páginas 63 a 65.
[261] Id.

necessário ao seu desenvolvimento e evolução [262], o que essencialmente passa pela sociabilidade.

Ou seja, a pessoa não é mais um simples conceito abstrato, pois é o sujeito que está submerso na realidade social e histórica, sendo unidade e individualidade irredutível à mera parte do todo. O homem, portanto, somente tomaria consciência de si mesmo e dos outros quando em sociedade, numa correlação essencial entre valor e liberdade[263].

Antonio Junqueira de Azevedo, para que se possa alcançar compreensão adequada do que seja a dignidade humana, defende justamente a superação da concepção insular de pessoa humana, a qual, por estar fundada no homem como razão e vontade ou como autoconsciência, é dualista ("homem e natureza não se encontram; estão em níveis diversos, sendo, respectivamente, sujeito e objeto: o homem, 'rei da criação', vê e *pensa* a natureza. Somente o homem é racional e capaz de querer. O homem é radicalmente diferente dos demais seres; somente ele é auto-consciente. A natureza é fato bruto, isto é, sem valor em si") e leva ao entendimento da dignidade humana como autonomia individual, ou autodeterminação[264].

Já a concepção própria de uma nova ética, necessária e fundada no homem como ser

---

[262] DIÉZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, volume I. Madrid: editora Tecnos, 1988, página 338.

[263] REALE, Miguel. Op.cit. Pluralismo e Liberdade. São Paulo, editora Saraiva, 1963, páginas 64 a 80.

Quanto a tal ponto, Judith Martins Costa, no artigo já citado, DIREITO E CULTURA: ENTRE AS VEREDAS DA EXISTÊNCIA E DA HISTÓRIA, a página 78, confirma com maestria que a pessoa assim considerada é "a que está situada em sua concreção social e histórica, a que é perspectivada compositamente da perspectiva da subjetividade e da objetividade histórica, o ser enquanto realidade histórica e idealidade, visualizado, enfim, na incindível unidade de dimensão social e existencial. É o que, Machado de Assis, com a genial percepção do artista, já situara no conto "O Espelho" pela voz da personagem Jacobina: "Cada criatura humana traz duas almas consigo: uma que olha de dentro para fora, outra que olha de fora para dentro (...); as duas completam o homem, que é metafisicamente falando, uma laranja"... "Pessoa e convivência histórico-social", assentará Reale, "são termos que se exigem reciprocamente, visto que – e este é o ponto essencial – pôr-se como pessoa é por-se como história, como alteridade, como comunidade". É, porém, também e ao mesmo tempo, unidade e individualidade irredutível à mera parte do "todo". Por esta razão, o conceito de pessoa, na obra de Reale, traduz essa polaridade do ser humano... polaridade "que o singulariza pela possibilidade de ser para si e ser para outrem, de ser o que é e o que "deve ser"; de ser um *eu* e as suas *circunstâncias*; o que é imutável e o que se desenvolve no tempo"... E, se a pessoa é o valor fonte, fonte projetante ou instituidora dos demais valores, caracterizando uma "invariante axiológico-jurídica", não há como negar a existência de uma hierarquia entre valores. Terá assim a pessoa humana, além de uma valência específica no plano ontognoseológico, outra no plano ético, aí como "critério objetivo e primordial de aferição da experiência ético-jurídica, pois *a priori* pode considerar-se injusta toda ordem social que redunde em diminuição da dimensão já adquirida *in concreto* pela pessoa humana em cada ciclo histórico". Esta profunda reflexão não poderá **não** se projetar e ecoar no plano da experiência jurídica concreta, na prática cotidiana dos foros, numa época em que, paradoxalmente, afirma-se o valor da pessoa humana inclusive em sede constitucional para agredi-la pelos mais diversos meios, dos mais rudes e palpáveis, como os que resultam de uma ordem social e econômica injusta, aos mais sofisticados, tais os gerados pelo totalitarismo mediático ou científico. Basta pensar nas agressões à esfera da vida privada promovidas pela imprensa ou às ameaças que vêm dos avanços genéticos...".

[264] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 97, 2002, páginas 107 a 125, páginas 108 a 109.

integrado à natureza, participante especial do fluxo vital que a perpassa há bilhões de anos, e cuja nota específica não está na razão e na vontade, que também os animais superiores possuem, ou na autoconsciência, que pelo menos os chimpanzés também têm, e sim, em rumo inverso, na capacidade do homem de sair de si, reconhecer no outro um igual, usar a linguagem, dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor, como entrega espiritual a outrem, é monista ("entre homem e natureza, há um *continuum*; o homem faz parte da natureza e não é o único ser inteligente e capaz de querer, ou o único dotado de autoconsciência. Há, entre os seres vivos, um *crescendo* de complexidade e o homem é o último da cadeia. A *natureza* como um todo é um *bem*. E a *vida*, o seu *valor*"), e leva ao entendimento da dignidade da pessoa humana como qualidade do ser vivo, capaz de dialogar e chamado à transcendência[265].

Bem sintetiza Junqueira: "O desconhecimento do valor da natureza, inclusive da natureza no homem, é, assim, a primeira grande insuficiência da concepção insular. A segunda é, justamente, seu caráter fechado, subjetivista. Quer como razão e vontade, quer como autoconsciência, a concepção insular age com redução da *plenitude hominis*, retirando do ser humano justamente o que ele tem de realmente específico: seu reconhecimento do próximo, com a capacidade de dialogar, e sua vocação espiritual"... "Daí, com graves consequências jurídicas, o lento deslizar intelectual no entendimento da dignidade da pessoa humana, de 'autonomia individual', para 'qualidade de vida', quando, então, algo que deveria ser radical passa a ser tão relativo quanto viver melhor ou pior. A concepção insular, antropocêntrica e subjetivamente fechada, já não garante juridicamente o ser humano", podendo levar a abusos[266].

Maria Helena Diniz confirma que o homem é um "ser gregário por natureza, é um ser eminentemente social, não só pelo instinto sociável, mas também por força de sua inteligência que lhe demonstra que é melhor viver em sociedade para atingir seus objetivos. O homem é 'essencialmente coexistência', pois não existe apenas, mas coexiste, isto é, vive necessariamente em companhia de outros homens. Com isso, espontânea e até inconscientemente é levado a formar grupos sociais: família, escola, associação esportiva, recreativa, cultural, religiosa, profissional, sociedade agrícola, mercantil, industrial, grêmio, partido político, etc". O ser humano, em outros termos, "encontra-se em estado convivencial e pela própria convivência é levado a interagir; assim sendo, acha-se sob a influência de outros

[265] Id.
[266] Id., páginas 109 a 111.

homens e está sempre influenciando outros. E como toda interação produz perturbação nos indivíduos em comunicação recíproca, que pode ser maior ou menor, para que a sociedade possa se conservar é mister delimitar a atividade das pessoas que a compõem mediante normas jurídicas"[267].

Béatrice Maurer também bem ressalta que a "valorização extrema do indivíduo e daquilo que ele pensa ser a verdade é certamente a maior ameaça atual para a dignidade da pessoa humana no Ocidente. A recusa de qualquer análise objetiva em nome do reinado do relativismo, longe de levar à tolerância, pode levar ao totalitarismo do indivíduo sobre ele próprio e sobre os outros. Assim, em nome da liberdade, da autonomia pessoal, é grande o risco de que cada um determine, defina a sua própria dignidade como bem entenda. Essa análise não apenas é perigosa devido ao fato de que é bastante presunçoso dizer *o que é* a dignidade, mesmo que ela pertença à própria pessoa, mas também porque essa pertença não justifica a propriedade abusiva. Da mesma forma que o professor J. Dabin denunciava o abuso de direitos, trata-se, aqui, do abuso da dignidade"[268].

Parece-nos, diante de todo o exposto, como correta a conclusão da doutrinadora francesa: a dignidade para si, que é a concepção que cada um faz do instituto, com os condicionamentos da educação recebida, do contexto social em que inserido, da imagem que se faz de si, não é a dignidade em si. A dignidade deve ser especialmente a reflexão do juiz e do legislador, em consideração ao entendimento que os diferentes atores da sociedade fazem dela. Ainda que se trate de conceito de difícil definição, já que fonte e finalidade da pessoa humana, a envolver dois elementos principais, a liberdade e o respeito, deve ser compreendida num sentido estático – a diferença entre os homens e os outros seres, o restante do universo – e, ao mesmo tempo, dinâmico – uma vez posta, intangível, ela exige uma ação, consubstanciada no evitar da depravação da natureza essencial do homem. Exatamente sobre tal ponto se refletiu no

[267] DINIZ, Maria Helena. Op. cit. Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil, volume 1, São Paulo: editora Saraiva, 2015, 32ª edição, páginas 19 e 20.

[268] MAURER, Béatrice. Op. cit. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central (Tradução de Rita Dostal Zanini, do original: "Notes sur le respect de la dignité humaine... ou petite fugue inachavée autour d'un thème central", in SÉRIAUX, Alain e outros. Le Droit, le Médicine et L'être Humain, Aix-En-Provence: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1996, páginas 185-212). Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional / Béatrice Maurer ... (et al.); org. Ingo Wolfgang Sarlet; trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: editora Livraria do Advogado, 2005, a página 71.

julgamento do caso francês do anão[269]: "o respeito à dignidade da pessoa humana, conceito absoluto que é, não poderia (...) comportar quaisquer concessões em função de apreciações subjetivas que cada um pode atribuir à sua pessoa (...), parecendo-nos aqui, portanto, o consentimento do anão, em relação ao tratamento degradante que sofre, juridicamente indiferente". Trata-se, assim, de instituto que expressa certo consenso social, o qual será sempre relativo e evolutivo, por transparecer os costumes e as concepções mais amplamente compartilhadas em determinada comunidade [270].

A dignidade da pessoa humana, portanto, é princípio que reflete valor maior, o da importância da pessoa para a ordem jurídica, cujo conteúdo deve ser construído pelo poder público, seja por meio de ato legislativo ou de decisão judicial, tendo por objeto central a pessoa humana e os aspectos de sua personalidade que sejam essenciais à sua plena realização pessoal e, ao mesmo tempo, à realização de valores sociais (consenso social), com análise dentro de um contexto social e temporal determinado (interrelacional, portanto, e não apenas individual)[271].

---

[269] Resumo sobre o caso pode ser encontrado na imprensa francesa (Le Parisien): http://www.leparisien.fr/espace-premium/essonne-91/pourquoi-valls-a-exhume-l-arrete-anti-lancer-de-nains-08-01-2014-3471603.php#xtref=https%3A%2F%2Fwww.google.com.br%2F, com acesso em 24 de junho de 2015. Na doutrina brasileira, boa análise é feita por Maren Guimarães Taborda, em seu artigo "A afirmação do princípio da proteção à dignidade humana como componente da ordem pública", publicado na Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça n. 5 (Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do RS), outubro/dezembro de 2008, páginas 186 a 203, mais especificadamente a páginas 187 a 189.

[270] Id., páginas 71 a 74: "A noção da dignidade 'para nós' deve permanecer, portanto, latente e modesta, a fim de que não seja confundida com a 'dignidade em si'. Desse modo, deve tentar reduzir sempre também a distância que a separa do *em si*".

[271] Antonio Junqueira de Azevedo antecipou-se na tentativa de delimitação jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecendo como insuficiente a sua identificação apenas como autonomia: "a pessoa humana, na verdade, se caracteriza por participar do magnífico fluxo vital da natureza (é seu gênero mais amplo), distinguindo-se de todos os demais seres vivos pela sua capacidade de reconhecimento do próximo, de dialogar e, principalmente, pela sua capacidade de amar e sua abertura potencial para o absoluto (é sua diferença específica) (concepção da pessoa humana fundada na vida e no amor); e, com esse fundamento antropológico, a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem, em sequência hierárquica, aos seguintes preceitos: 1. respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2. consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e 3. respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária (Op. cit. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 97, 2002, páginas 107 a 125, a páginas 122 a 123, com grifos nossos). Maria Celina Bodin de Moraes, com a mesma preocupação de não deixar o princípio em discussão demasiadamente vago ou sem sentido, o desdobrou, juridicamente, em quatro postulados essenciais: o direito à igualdade (e não apenas formal, mas também material, com correção das desigualdades estruturais); a tutela da integridade psicofísica; o direito à liberdade (autonomia) e o princípio da solidariedade social (artigo 3º da Constituição Federal): "O substrato material da dignidade desse modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sendo iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado" (MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Ingo Wolfgang Sarlet (Org). Porto Alegre: editora Livraria do Advogado, 2003, p.

Assim como a boa-fé objetiva, é norma proteifórmica, dependente de um sistema necessariamente aberto, já que seu conteúdo somente se verifica em certo tempo, em certo meio social e em certo momento histórico[272]. Ou seja, sem que se desconsidere a tipicidade social que vem antes e é essencial ao refino do conceito pelas autoridades competentes.

Note-se que sua delimitação é fundamental para a identificação dos interesses que merecem proteção pela roupagem especial dos direitos da personalidade, na forma do conceito aberto proposto por meio deste estudo.

Tarefa que é bastante árdua, evidentemente, por exigir do operador da lei sensibilidade aguçada para filtrar os valores sociais mais relevantes e que retratem o consenso geral, sem que se perca em seus próprios dogmas, refletindo busca, ainda, do difícil equilíbrio entre os valores da liberdade, da igualdade e da solidariedade.

Afinal, já se disse que dignidade implica essencialmente liberdade em uma de suas faces, ao lado da igualdade e da solidariedade na outra.

Enfrentemos, então, as implicações relativas a tais aspectos da dignidade da pessoa humana na sequência.

II.b. Liberdade e autonomia. Igualdade e fraternidade. As duas faces da mesma moeda.

Francisco Amaral assevera que a atividade mental-espiritual do ser humano se desenvolve de dois modos distintos: o conhecer e o querer. O primeiro se dá pela apreensão dos objetos do mundo (captação mental), enquanto o segundo se refere ao exercício de uma faculdade em direção a um fim ou valor. O querer ou a vontade é, assim, o motor que impulsiona e direciona o movimento em todo o reino das faculdades, tendo especial relevância para o direito, na medida em que é elemento fundamental do negócio jurídico: quando manifestada de acordo com os ditames legais, a vontade produz efeitos, criando, regulamentando, alterando ou extinguindo relações jurídicas[273].

---

117).

[272] MARTINS COSTA, Judith Hofmeister. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS n. 15. Porto Alegre: editora: UFRGS/Síntese, 1998, páginas 129-154, a página 141.

[273] AMARAL, Francisco. Op. cit. Direito Civil: Introdução. Rio de Janeiro: editora Renovar, 8ª edição, 2014, a páginas 408 e 409. Nos dizeres de Larenz, autonomia privada é "a possibilidade atribuída e garantida a cada um

Kant já identificava a pessoa como dotada de dignidade porque autônoma e livre, sendo esta a realidade objeto de um dever moral. Em outros termos, a pessoa é autônoma, porque ela dispõe responsavelmente sobre si mesma: "a autonomia 'é (...) o princípio da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional... é essa propriedade que possui a vontade de ser a sua própria lei' Liberdade, autonomia e dignidade formam uma trilogia inseparável"[274].

A possibilidade de a pessoa agir de acordo com sua vontade, fazendo ou deixando de fazer algo, chama-se liberdade. Liberdade jurídica é a possibilidade de atuar com eficácia jurídica. A esfera de liberdade de que a pessoa dispõe no campo do direito privado chama-se autonomia: o poder de regular, pelo exercício da própria vontade, os atos e as relações de que participa, estabelecendo o seu conteúdo e sua disciplina jurídica[275].

Há doutrinadores que equiparam os conceitos de autonomia da vontade e autonomia privada, mas Francisco Amaral prefere distingui-los, esclarecendo que a autonomia da vontade é a manifestação da liberdade no campo do direito, a opção por praticar um ato jurídico (esfera subjetiva ou psicológica), enquanto a autonomia privada é o poder de estabelecer as regras jurídicas do próprio comportamento, ou seja, de dar a si mesmo um ordenamento jurídico distinto e complementar ao estatal, refletindo o valor jurídico da liberdade, que vem expresso na Constituição Federal (artigos 3º, inciso I, e 5º, incisos I e II) e nos artigos 104, 107, 112, 421, 1.639 e 1.857 do Código Civil Brasileiro[276].

No mesmo sentido, Luigi Ferri entende que, embora a autonomia da vontade e a autonomia privada pareçam expressões sinônimas, não o são. Autonomia privada diria respeito ao poder, reconhecido ao particular, de criar norma jurídica: a declaração ou a manifestação de vontade, como fato objetivo, como fonte de efeitos jurídicos, assim como a lei, e não a mera

---

pela ordem jurídica de, dentro de determinados limites, regular a sua relação com os outros pela celebração de um negócio, especialmente pelo contrato" (*in* FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato e Deveres de Protecção. Coimbra: editora G.C. – Gráfica de Coimbra, 1994).

[274] MAURER, BÉATRICE. Op. cit. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central (Tradução de Rita Dostal Zanini, do original: "Notes sur le respect de la dignité humaine... ou petite fugue inachavée autour d'un thème central", in SÉRIAUX, Alain e outros. Le Droit, le Médicine et L'être Humain, Aix-En-Provence: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1996, páginas 185-212). Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional / Béatrice Maurer ... (et al.); org. Ingo Wolfgang Sarlet; trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: editora Livraria do Advogado, 2005, a página 76.

[275] AMARAL, Francisco. Op. cit. Direito Civil: Introdução. Rio de Janeiro: editora Renovar, 8ª edição, 2014, a página 409. "A autonomia privada constitui-se, portanto, em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo, e nessas condições, legisladores sobre seus próprios interesses".

[276] Id., páginas 84 e 85.

vontade real ou psicológica como a raiz ou a causa dos referidos efeitos jurídicos[277].

Vale consignar, porém, que, em sua obra, o doutrinador italiano expõe que a divergência entre o entendimento de que a vontade psicológica é a produtora de efeitos jurídicos, ou de que a declaração de vontade e a lei são as produtoras de tais efeitos, não seria o problema central da autonomia privada por ele tratado. A dificuldade essencial estaria na falta de aprofundamento do conceito de autonomia privada à época, a qual costumava ser definida como fenômeno social, vivente fora do Direito e por ele reconhecida. Sem o Direito, a seu ver, porém, não se poderia conceber autonomia privada nem o negócio jurídico que dela é expressão[278].

Segundo Orlando Gomes, "todo sujeito de direito move-se, com independência, numa esfera de liberdade, praticando atos que o ordenamento jurídico legitima, se forem *lícitos*. É nessa esfera de liberdade que a *autonomia privada* se exerce provocando o nascimento de *direitos subjetivos* e das *faculdades* que compreende"[279].

Este poder, entretanto, não é originário nem ilimitado, já que decorre do ordenamento jurídico estatal, que o reconhece, e se exerce nos limites daquele, limites estes que são cada vez mais amplos diante da passagem do Estado liberal para o Estado intervencionista ou assistencial.

Como bem propõe Gofredo Telles Júnior, "se observarmos, atentamente, a sociedade, verificaremos que os grupos sociais são fontes inexauríveis de normas", do que se conclui que o

---

[277] FERRI, Luigi. L'autonomia privata. Milão: editora Dott. A. Giuffré, 1959, página 03: "Egualmente critticabile mi sembra quella opinione che preferisce parlare di autonomia della volontà anziché di autonomia privata. Le due espressioni potrebbero sembrare a prima vista sinonime, ma non lo sono. Coloro che parlano di autonomia della volontà, in realitá misconoscono lo stesso problema dell' autonomia privata (problema che, guardato sotto il suo profilo soggettivo, si identifica, come vedremo tra poco, con la ricerca del fondamento del potere, riconosciuto ai privati, di creare norme giuridiche) e dànno rilievo alla volontà reale o pscicologica deis soggetti che, secondo le loro vedute, è la radice o la causa degli effetti giuridici, in opposizione a coloro che invece vedono piuttosto nella dichiarazione o nella manifestazione di volontà, come fatto obbiettivo, o nella legge, la fonte degli effetti giuridici stessi".

[278] Id., páginas 02 e 03: "Quello che qui mi preme mettere in luce è che il problema del rapporto fra volontà e dichiarazione – e in particolare la questione se la volontà del soggetto sia essa a determinare gli effetti giuridici – non è il problema dell'autonomia privata, quale abbiamo sopra prospettato... Senza diritto, a mio avviso, non si può concepire l'autonomia privata, nè i negozi giuridici che di questa sono l'espressione".

E, ainda, na página 07: "Il fenômeno dell' autonomia privata è visto sotto il profilo di limitazione o autolimitazione dell' ordinamento statuale, che lascia degli spazi in cui possa inserirsi l' activitá normativa dei privati. Ed ecco profilarsi un altro problema: quello dei limiti formali e sostanziali dell' autonomia privata, la quale non è evidentemente un' attività originaria, ma una attività che trova la fonte della sua validità nelle norme di legge e che da queste riceve i confini, formali e sostanziali, del suo operare".

[279] GOMES, Orlando. Op. cit. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Forense, 13ª edição, 1999, página 109.

Estado não é o criador único de normas jurídicas. Ele, entretanto, condiciona a criação de tais regras[280].

Os novos princípios da ordem pública, que regem não só os contratos, mas todos os atos jurídicos, confirmam a mesma conclusão: a autonomia individual, ou seja, todas as liberdades individuais encontram limites nos princípios da dignidade da pessoa humana, da função social e da boa-fé objetiva (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal e artigos 421 e 422 do Código Civil), dentre outros.

O Enunciado n. 23 da I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, simboliza bem este novo entendimento: "a função social do contrato, prevista no art. 421 do Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses meta individuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana".

O problema da autonomia privada é, portanto, e antes de tudo, um problema de limites, limites estes que são sempre o reflexo de normas jurídicas[281].

De fato e como bem identifica Carlos Alberto da Mota Pinto, "a disciplina recta (justa) da vida do homem em relação com outros homens é realizada pelo direito civil *numa perspectiva de autonomia da pessoa no desenvolvimento da sua personalidade.* A *autonomia* – quer no aspecto da liberdade de exercer ou não os poderes ou faculdades de que se é titular, quer no aspecto, mais completo, da possibilidade de conformar e compor, conjuntamente com outrem ou por acto unilateral, os interesses próprios – *é uma ideia fundamental do direito civil*. Não existirá com a mesma intensidade em todos os domínios do direito civil, sendo mais ampla no domínio das relações patrimoniais e do tráfico jurídico, do que no das relações pessoais e familiares. O seu reconhecimento e a sua garantia sempre se verificam, contudo, em todos os sectores do direito civil - possam embora faltar neste ou naquele tipo de situações isoladamente considerado -, pois este ramo do direito reconhece a pessoa e foca-a em convivência e a autonomia é uma nota essencial da ideia de personalidade e condição da realização desta"[282].

---

[280] TELLES JR., Gofredo. Introdução à ciência do direito (apostila), fascículo 2, 1972, página 112.

[281] FERRI, Luigi. Op. cit. L'autonomia privata. Milão: editora Dott. A. Giuffré, 1959, página 02: "Il problema dell'autonomia è, anzitutto, un problema di limiti e di limiti che siano sempre il riflesso di norme giuridiche, in mancanza delle quali il problema stesso non potrebbe neppure porsi, a meno che non si voglia identificare l'autonomia com la libertà naturale o morale dell'uomo".

[282] PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Privado. Coimbra: editora Coimbra, 4ª edição, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2005, páginas 58 e 59. O doutrinador acrescenta que outra ideia

De fato, a esfera de aplicação da autonomia privada é basicamente o direito patrimonial, não incidindo ou incidindo de forma muito restrita em matéria de estado e capacidade das pessoas e de família. Seu campo de realização por excelência é o direito obrigacional, onde o contrato é lei. Em matéria sucessória, realiza-se no testamento, enquanto negócio jurídico por meio do qual a pessoa pode dispor de seus bens ou estabelecer outras prescrições para além de sua morte.

Há áreas do direito, porém, em que se nota evidente fortalecimento da autonomia privada, como reflexo da evolução social em um mundo globalizado e interconectado, como o Direito de Família, ainda que ele verse sobre situações existenciais.

Os fatores que levaram a tal fortalecimento foram a independência econômica e pessoal de ambos os sexos, a igualdade e emancipação dos filhos, o divórcio, o controle da natalidade, as formas de reprodução assistida, a reciprocidade alimentar, a afetividade e a autenticidade[283], entre outros, como a ideia de que existe uma família global, decorrente da interconexão entre todas as relações e ações pessoais, com valorização de todos os seres e suas particularidades, ao lado do ambiente que os envolve[284].

Há que se considerar, ainda, como bem lembrado por Otavio Luiz Rodrigues Junior, a ampliação dos limites de expectativa de vida na sociedade ocidental, com marcantes consequências antropológicas, sociológicas, religiosas, jurídicas e morais: "conceber a indissolubilidade do vínculo matrimonial para pessoas com expectativa de vida de 40 anos, como se dava no início do século XX, é algo bem diverso quando a existência humana pode-se prolongar até os 80 anos"[285].

---

caracterizadora do direito civil, além da autonomia, é a de que este se encontra diretamente ao serviço da plena realização da pessoa na sua vida com outras pessoas. Traz ressalva, contudo, de que isto não significa que o Direito Civil seja o único ramo do direito ao serviço do livre desenvolvimento da personalidade humana. A organização estadual, disciplinada pelo direito público, também proporciona ao particular, mediante a outorga de direitos subjetivos públicos ou de faculdades, meios eficazes e indispensáveis para o pleno desenvolvimento de sua personalidade ou para a defesa de sua dignidade humana. Ao exercer tais direitos, o particular encontra-se em situação de plena autonomia (página 59, item III).

[283] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Novas modalidades de família na pós-modernidade. Tese de doutorado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010, páginas 36 e 37. A tese está atualmente publicada em livro sob o mesmo título: São Paulo: editora Atlas, 2010.

[284] ALVES, Jonas Figueirêdo. A família no contexto da globalização e a socioafetividade como seu valor jurídico fundamental.10 anos de vigência do Código Civil Brasileiro de 2002. Estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. Organização de Christiano Cassettari. São Paulo: editora Saraiva, 2013, páginas 541 e 542.

[285] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Testamento vital e seu perfil normativo (parte 1), *in* http://www.conjur.com.br/2013-ago-14/direito-comparado-testamento-vital-perfil-normativo-parte, com acesso em 01 de julho de 2015.

No mesmo sentido, António José dos Santos Lopes de Brito e José Manuel Subtil Lopes Rijo sublinham "a influência que a ampliação da duração da vida tem tido na consciência contemporânea para que se cheguem a formular perguntas sobre temas como a Eutanásia. É um facto que se morre cada vez mais tarde, sendo que o problema da morte tem nos nossos dias, uma dimensão social completamente diferente de outrora. Na Grécia, na idade do ferro e do bronze, a média de vida era apenas de 18-20 anos. Na Roma Imperial a morte ocorria, em média, aos 29 anos. No século XVIII, a média de vida era de cerca de 35 anos. No início do século XX, na Europa Ocidental, a esperança média de vida situava-se nos 50 anos. Hoje a ciência médica, com as outras ciências afins, levaram a que se morra, em média, entre os 69 e 72 anos , sendo de destacar que na Europa Comunitária 4% dos óbitos já ocorrem com indivíduos com mais de 90 anos e cerca de 23% verificam-se em indivíduos com mais de 80 anos. E a luta pela vida não para... prevendo-se que no século XXI se viva ainda mais tempo e com mais saúde"[286].

Esta nova realidade trouxe valorização ao indivíduo e uma liberação de valores, que possibilitam a adoção de instituições mais flexíveis e abertas, com abandono das formas rígidas, hegemônicas e hierarquizadas do passado, notadamente no que diz respeito à formações de família: os novos costumes privilegiam a autonomia privada e a realização pessoal do indivíduo, notadamente no que diz respeito a escolhas pessoais e sexualidade, com prevalência da inclusão sobre a exclusão.

Na nova realidade, de pluralidade de tipos familiares, como um verdadeiro mosaico, convivem a família casamentária, a família formada na união estável e a família monoparental, com espaço para a família concubinária, a família monoparental, a família sem prole, a família homoafetiva, as famílias reconstituídas, dentre outras[287].

O Estado, que antes interferia para a preservação da família até por meio da indissolubilidade do casamento, foi se retirando do campo das decisões do particular num caminhar lento, mas firme, que se iniciou com a Lei do Divórcio de 1977, passou pelo Código Civil de 2002 e pela Lei n. 11.441/2007, a qual tornou possível a realização de separação e divórcio por escritura pública, sem o crivo do Poder Judiciário, mas desde que ausente filho menor ou incapaz, para consagrar a autonomia plena ao possibilitar, por meio da EC n. 66/10, o divórcio sem prazo e sem qualquer requisito (artigo 226, parágrafo 6º, da Constituição Federal).

[286] BRITO, António José dos Santos Lopes de; RIJO, José Manuel Subtil Lopes. Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal. Direito sobre a vida ou direito de viver? Coimbra: editora Almedina, 2000, página 12.
[287] Id., páginas 542 a 546.

Em outros termos, tornaram-se de responsabilidade pessoal e de interesse particular as decisões sobre o permanecer casado.

Note-se que, nos dizeres de José Simão, não se trataria da banalização do casamento, mas de maturidade de nosso sistema jurídico, o qual teria, em trinta e três anos, evoluído de "antidivorcista" para divorcista" com prazos e, finalmente, para "divorcista" sem requisitos. A EC n. 66 refletiria um novo valor: o casamento passa a ser fácil e rapidamente dissolúvel e as partes responsáveis por seus atos[288].

Mariana Lara, por sua vez, defende a plena autonomia também no campo dos direitos da personalidade, mais precisamente no que se refere à liberdade de uso e (auto)manipulação do corpo, notadamente diante do conceito ocidental de corpo, enquanto "aparato biocultural, que possibilita à pessoa *ser* e *estar* no mundo, no tempo e no espaço, que permite sua interação com o entorno, com as outras pessoas e consigo mesma e que, acima de tudo, é elemento conformador de identidade, sendo extremamente plástico e mutável", a demonstrar que a noção tradicional de integridade física mostra-se inadequada e, em certo sentido, ultrapassada. "Tal expressão, ao invocar as noções de íntegro, completo, com todas as suas partes preservadas e intocadas, não pode ser concebida como um valor da sociedade brasileira a ser protegido pelo Estado de forma absoluta nem como um princípio informador do ordenamento jurídico pátrio"[289].

A pessoa humana, continua Mariana, "precisa ser autônoma para ser digna. Cada pessoa é única e possui uma capacidade de inovação e criatividade sem limites. É inquestionável a existência de inúmeras formas de vida boa que passam pela autoapropriação e manipulação do corpo, de modo que a liberdade de uso do corpo é condição da para a autorrealização da pessoa humana. Não há natureza ou natureza humana que limitem essas possibilidades. Nesse contexto, o Estado não pode escolher um tipo de vivência do elemento corpóreo e fixá-lo como obrigatório indistintamente. Ao contrário, o Estado deve garantir as condições de possibilidade para o exercício da liberdade e autorrealização e o Direito deve ser instrumento que permita a cada um buscar sua felicidade de forma harmônica com os demais membros da coletividade"[290].

---

[288] SIMÃO, José Fernando. A PEC do divórcio – a revolução do século em matéria de direito de família – a passagem de um sistema antidivorcista para o divorcista pleno. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Belo Horizonte. v. 17, páginas 14 a 26, ago./set. 2010.

[289] LARA, Mariana. O Direito à Liberdade de uso e (auto) Manipulação do Corpo. Belo Horizonte: editora D'Plácido, 2014, página 121.

[290] Id., páginas 123 e 124.

Sua proposição se coaduna com o entendimento de Paulo Mota Pinto sobre a pessoa, enquanto um devir não estático, um centro de decisão livre (seja para agir como para não agir e em qualquer que seja o campo de possibilidade de ação): "a liberdade de desenvolvimento da pessoa humana compreende-se, pois, com base numa concepção do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual (*plastes et fictor*). A forma de realização da personalidade humana não é algo de pré-determinado, que se receba por atribuição, herança, situação num dado momento ou classe, ou por imposição ou dádiva a partir de um determinado padrão ou modelo. Trata-se, antes, de algo que se auto-institui ou constrói, segundo o seu próprio projecto, determinado a partir da própria pessoa, como centro de decisão autónomo"[291].

Não seria possível, então, defender, com base nos mesmos fundamentos, um direito à vida digna? Ou seja, diante de todo o processo de evolução da proteção aos direitos da personalidade, centrado no princípio da dignidade da pessoa humana, não seria compreensível sustentar como de interesse particular e de responsabilidade pessoal as decisões pertinentes ao desejo de permanecer vivo em situação de estágio terminal ou de moléstia incurável, inclusive no que diz respeito à escolha do tratamento médico a ser seguido (celebração de diretivas antecipadas de vontade, pelo exercício da autonomia privada)?

Afinal, "a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral, inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos"[292]. Em outros termos, a dignidade da pessoa humana implica que a cada homem

[291] PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Studia Iuridica, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, número 40 (Portugal-Brasil Ano 2000), 1999, páginas 149 a 246, a páginas 152, 156, 173 e 203. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade está consagrado na Constituição Portuguesa e também na Constituição Alemã. Segundo Felipe Arady Miranda, o Tribunal Constitucional Alemão se manifestou pela adoção da teoria ampla quando da interpretação da abrangência do "livre desenvolvimento da personalidade", quando do julgamento de seu *leading case*, em 1957. Em outros termos, tal direito garantiria liberdade ampla de decisão sobre todos os aspectos relativos à pessoa e não apenas àqueles ligados ao núcleo duro de sua personalidade. No mesmo sentido, se manifestaria Paulo Mota Pinto (*in* O Direito Fundamental ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB), ano 2 (2013), n. 10, páginas 11175 a 11211, a página 11188).

[292] MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. São Paulo: editora Atlas, 21ª edição, 2007,

sejam atribuídos direitos, por ela justificados e impostos, que assegurem esta dignidade na vida social. Tais direitos devem representar um mínimo, que crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver a sua personalidade. Mas devem representar também um máximo, pela intensidade da tutela que recebem[293].

E, ainda, como bem relembra Béatrice Maurer, a liberdade está fundamentada na razão desde Boécio, com retomada do argumento por São Tomás de Aquino e Kant. Neste contexto, a dignidade não pode ser compreendida sem a liberdade, nem a liberdade sem a dignidade: "opor a liberdade à dignidade é ter uma concepção fracionada do homem; é não compreendê-lo em sua totalidade. Uma liberdade compreendida sem a responsabilidade seria uma liberdade alienada. Uma dignidade que não considerasse a liberdade do homem seria uma dignidade truncada"[294].

Ao analisar o caso francês do lançamento de anão[295], Anderson Schreiber questiona: "pode alguém violar o seu próprio direito? Pode o direito de alguém ser protegido contra a sua vontade? Pode a ordem jurídica proibir alguém de fazer alguma coisa que não prejudica qualquer um senão o próprio sujeito? Tal proibição não violaria ela mesma o direito fundamental de cada pessoa à sua liberdade, que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão define como o direito de "fazer tudo que não prejudique o próximo"?"[296]

Segundo o doutrinador, "definir quando, por que, de que forma e em que medida a ordem jurídica deve interferir na vida particular dos seus cidadãos tem sido, desde sempre, um dos problemas centrais não apenas do direito, mas também da filosofia e da ciência política. Em tomo do tema, formaram-se as mais variadas correntes de pensamento. E muito embora o

---

página 16.

[293] ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. Direito Civil. Teoria Geral. Introdução. As pessoas. Os bens. São Paulo: editora Saraiva, 3ª edição, 2010, página 59.

[294] MAURER, Béatrice. Op. cit. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central (Tradução de Rita Dostal Zanini, do original: "Notes sur le respect de la dignité humaine... ou petite fugue inachavée autour d'un thème central", in SÉRIAUX, Alain e outros. Le Droit, le Médicine et L'être Humain, Aix-En-Provence: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1996, páginas 185-212). Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional / Béatrice Maurer ... (et al.); org. Ingo Wolfgang Sarlet; trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: editora Livraria do Advogado, 2005, a páginas 75 e 89.

[295] Resumo sobre o caso pode ser encontrado na imprensa francesa (Le Parisien): http://www.leparisien.fr/espace-premium/essonne-91/pourquoi-valls-a-exhume-l-arrete-anti-lancer-de-nains-08-01-2014-3471603.php#xtref=https%3A%2F%2Fwww.google.com.br%2F, com acesso em 24 de junho de 2015. Na doutrina brasileira, boa análise é feita por Maren Guimarães Taborda, em seu artigo "A afirmação do princípio da proteção à dignidade humana como componente da ordem pública", publicado na Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça n. 5 (Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do RS), outubro/dezembro de 2008, páginas 186 a 203, mais especificadamente a páginas 187 a 189.

[296] SCHREIBER, Anderson. Op. cit. Direitos da personalidade: aspectos gerais. Revista Forense, vol. 262, ano 74, abril a junho de 1978, páginas 79 a 88, página 02.

embate esteja longe de terminar, há hoje algum consenso em tomo da ideia de que o Estado precisa proteger certos direitos essenciais do Homem, não apenas contra ameaças do próprio Estado ou de outros particulares, mas também, em situações extremas, contra a vontade do próprio titular desses direitos"[297].

Orlando Gomes, já nos idos de 1966, defendia como de interesse do Direito Privado a fixação de regras que definissem limites do poder de disposição do titular dos direitos de personalidade e configurassem ofensas à personalidade que importem responsabilidade civil, sendo que, na disciplina da categoria, não bastariam disposições gerais que reprimissem as ofensas ou proibíssem práticas abusivas consistentes no exercício imoderado ou atentatório da ordem pública ou dos bons costumes: necessário seria fixar o número e a extensão dos direitos que correspondem à esfera da personalidade, ainda que larga e heterogêneas as suas manifestações[298].

Sob o manto de tal interesse, o doutrinador baiano entendia como evidente o fato de o direito à vida não legitimar o suicídio e não compreender o direito de torná-la artificialmente mais suportável ou mais agradável à custa de entorpecentes ou de ataráxicos, ainda que não haja sanção civil para tais práticas abusivas, havendo coibição por meio da regulamentação da venda de produtos farmacêuticos. No mesmo sentido, o consentimento consentido no homicídio por compaixão não o legitimaria, precisamente porque não teria o indivíduo o direito de dispor de sua vida[299].

Em sentido bastante próximo, se manifestava Antonio Junqueira de Azevedo: "é patente, pois, a insuficiência da concepção de pessoa humana como ser auto-suficiente, racional e capaz de querer. Fundamentar toda a nossa dignidade numa "autonomia" individual, que, além de duvidosa, não é evidentemente absoluta e acaba sendo vista somente como "qualidade de vida" a ser decidida subjetivamente, não basta. A enormidade dos avanços da tecnologia chegou a um ponto que não só põe em perigo a vida do planeta", como "permite a plena manipulação da natureza humana, por meio da biomedicina. A velha ética já não resolve essas novas situações" [300].

---

[297] Id.

[298] GOMES, Orlando. Op. cit. Direitos de personalidade. Revista de Informação Legislativa, volume 3, número 11, páginas 39 a 48, setembro de 1966, a página 43.

[299] Id., página 46.

[300] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 97, 2002, páginas 107 a 125, a páginas 115 e 116.

Para Junqueira, conforme a ética da vida e do amor, soluções existem: "O princípio jurídico da dignidade fundamenta-se na pessoa humana e a pessoa humana pressupõe, antes de mais nada, uma condição objetiva, a vida. A dignidade impõe, portanto, um primeiro dever, um dever básico, o de reconhecer a intangibilidade da vida humana. Esse pressuposto" é um "preceito jurídico absoluto, é um *imperativo jurídico categórico.* Em seguida, numa ordem lógica, e como consequência do respeito à vida, a dignidade dá base jurídica à exigência do respeito à integridade física e psíquica (condições naturais) e aos meios mínimos para o exercício da vida (condições materiais). Finalmente, a mesma dignidade prescreve, agora como consequência da especificidade do homem, isto é, de ser apto ao diálogo como próximo e aberto ao amor, o respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária (condições culturais). Os três últimos preceitos (respeito à integridade física e psíquica, às condições mínimas de vida e aos pressupostos mínimos de liberdade e igualdade), como é próprio dos preceitos deduzidos dos princípios jurídicos, não são imperativos categóricos; embora fundamentais, na sua qualidade de requisitos mínimos para o desenvolvimento da personalidade e procura da felicidade, não são imperativos radicais, são *imperativos jurídicos relativos*", devendo ser seguidos segundo a sua hierarquia[301].

Em outros termos, a vida seria pressuposto inafastável do princípio fundamental da dignidade, enquanto condição de existência da pessoa humana: sem vida, não há pessoa; sem pessoa, não há dignidade. O preceito da intangibilidade da vida humana, portanto, não admitiria exceção, sendo absoluto[302] e merecedor de proteção jurídica independentemente da vontade de seu titular.

Mas, haveria mesmo consenso em torno da ideia de que incumbe ao Estado a proteção

[301] Id. A página 121, Junqueira resume: "*Grosso modo*, o pressuposto e as consequências do princípio da dignidade (art. 1º, III, da C.R.) estão expressos pelos cincos substantivos correspondentes aos bens jurídicos tutelados no *caput* do art. 5º da C.R.; são eles: *vida* (é o pressuposto), *segurança* (primeira consequência), *propriedade* (segunda consequência) e *liberdade* e *igualdade* (terceira consequência), sendo o pressuposto, absoluto, e as consequências, 'quase absolutas'".

[302] Id., páginas 116 e 117. O doutrinador anota que o "pressuposto de um princípio não é uma consequência do princípio; sua exigência é radical. Um princípio jurídico, ao se concretizar, exige sempre um trabalho de modelação para adaptação ao concreto; nesse trabalho, a intensidade da concretização poderá ser maior ou menor. Até mesmo um princípio fundamental, como o da dignidade da pessoa humana, impõe o trabalho de modelação porque, por exemplo, é preciso compatibilizar a dignidade de uma pessoa com a de outra (e, portanto, alguma coisa da dignidade de uma poderá ficar prejudicada pelas exigências da dignidade da outra). Diferentemente, o pressuposto desse princípio fundamental impõe concretização radical; ele logicamente não admite atenuação. Se afastado, nada sobra do princípio da dignidade. E esse princípio, seu pudesse ser totalmente eliminado, não seria princípio fundamental. O preceito da intangibilidade da vida humana, portanto, não admite exceção; é absoluto e está, de resto, confirmado pelo *caput* do artigo 5º, da Constituição da República".

de certos direitos essenciais da pessoa humana, como a vida?

A nosso ver, consenso efetivo inexiste.

Em verdade, o próprio questionamento científico em torno da existência de efetiva autonomia decorrente da razão humana (livre arbítrio), face à constatação de que o homem é um ser condicionado por sua biologia e sociabilidade[303], ao lado das diferentes e possíveis doutrinas de pensamento (notadamente o Utilitarismo)[304], confirma a conclusão sobre a dificuldade em se formar consenso sobre o assunto.

Por outro lado, há pelos menos dois fortes fundamentos que nos parecem suficientes para que se defenda que a imposição de certos limites se faz ainda necessária.

O primeiro deles está no próprio entendimento kantiano de autonomia, já que mais adequado no nosso sentir, notadamente diante da nova concepção de pessoa a ser considerada na atualidade: autonomia não é sinônimo nem de individualismo nem de relativismo. O homem somente é autônomo quando seus atos estão em conformidade com a lei moral, que é universal; o homem somente é livre quando obedece à razão, e não à sua razão. Ou seja, homem livre não

---

[303] Tamler, Sommer. No soul? I Can Live with That. No Free Will? AHHHHH!!! (*in* http://www.psychologytoday.com/blog/experiments-in-philosophy/200804/no-soul-i-can-live-no-free-will-ahhhhh); Coyne, Jerry A. "Why You Don't Really Have Free Will" (*in* http://usatoday30.usatoday.com/news/opinion/forum/story/2012-01-01/free-will-science-religion/52317624/1, em 18.10.2014); Nahmias Eddy. "Is Neuroscience the Death of Free Will?" (*in* http://opinionator.blogs.nytimes.com/2011/11/13/is-neuroscience-the-death-of-free-will/?_php=true&_type=blogs&_r=0, em 18.10.2014); Harris, Sam. "Free Will" (*in* http://www.amazon.com/Free-Will-ebook/dp/B006IDG2T6/ref=sr_1_2?ie=UTF8&qid=1346431071&sr=8-2&keywords=sam+harris+free+will, com acesso em 10.05.2015).

[304] "Utilitarianism is one of the most powerful and persuasive approaches to normative ethics in the history of philosophy. Though not fully articulated until the 19th century, proto-utilitarian positions can be discerned throughout the history of ethical theory. Though there are many varieties of the view discussed, utilitarianism is generally held to be the view that the morally right action is the action that produces the most good. There are many ways to spell out this general claim. One thing to note is that the theory is a form of consequentialism: the right action is understood entirely in terms of consequences produced. What distinguishes utilitarianism from egoism has to do with the scope of the relevant consequences. On the utilitarian view one ought to maximize the overall good — that is, consider the good of others as well as one's own good" (*in* http://plato.stanford.edu/entries/utilitarianism-history/, com acesso em 04 de Agosto de 2015). Em tradução livre: "Utilitarismo é uma das mais poderosas e convincentes abordagens sobre ética normativa na história da filosofia. Embora não tenha sido articulada antes do século 19, posições utilitaristas podem ser identificadas durante toda a história da teoria da ética. Ainda que existam muitas variedades sobre a posição discutida, utilitarismo é normalmente entendido como a visão de que a ação moralmente correta é aquela que produz o maior bem possível. Existem muitas formas de explicar esta afirmação. Um fator importante a notar é que se trata de uma forma de consequencialismo: a ação correta é entendida inteiramente em termos das consequências produzidas. O que distingue o utilitarismo do egoísmo tem a ver com o escopo das consequências relevantes. Na visão utilitarista, uma pessoa deve maximizar o bem de todos – isto é, deve considerar o bem dos outros assim como o seu próprio bem". Dentro deste entendimento, portanto, a retirada da vida de uma pessoa que está em sofrimento intenso, ou que causa sofrimento intenso aos seus próximos, e deseja morrer, ou, ainda, que está sendo mantida viva apenas por meio de aparelhos, com gastos elevadíssimos e em prejuízo do tratamento de outras pessoas, tornar-se-ia justificável. A questão será melhor abordada na sequência, quando tratarmos das diferentes concepções do fenômeno morte.

é aquele que pode fazer tudo, decidir tudo; sua intenção deve ser isenta de qualquer interesse pessoal, de qualquer paixão egoísta[305].

Diogo de Campos identifica a mesma problemática, ao qualificar como arriscada a tendência mostrada pelos direitos da personalidade de fuga do duplo limite, interno e externo, a que se sujeitava a vontade do cidadão sob a concepção liberal de sociedade e Direito. Limite externo é aquele constituído pelas esferas jurídicas dos outros (as pessoas e os direitos dos outros e do próprio), intransponível para a vontade negocial vinda do exterior. Limite interno é o dever ético, refletido pelo entendimento de que a liberdade contratual deve ser entendida como instrumento de colaboração entre os seres humanos, de busca de equilíbrio de interesses e de igualdade, por meio da operacionalização de princípios de conteúdo ético, como os da boa-fé, da proibição do abuso do direito e da proibição do enriquecimento sem causa. Os direitos da personalidade, porém, enraizando-se na natureza de direitos naturais, fundamentais, superiores a todos os outros direitos, e moldando-se pela espontaneidade e pelo voluntarismo, acabariam por rejeitarem-se a si mesmos, indo também contra a ideia de consenso dos interessados[306].

Questiona o doutrinador, "como estabelecer acordo, cedências, sobre matérias vitais para cada um? Ao contrário das concepções tradicionais, em que cada um reconhecia aos outros, e aos seus direitos, igual dignidade do que a si próprio e aos seus direitos (daí, o consenso como base das relações), cada pessoa e cada armação de direitos parece ao seu titular como naturalmente superior a todos os outros. Ninguém (nem o Estado, nem os outros) pode limitar os direitos naturais dos cidadãos. A liberdade absoluta prevalece sobre a igualdade. Daí, que o 'estado da natureza' tenda a transformar-se em 'estado de guerra', no qual os direitos fundados na liberdade absoluta não vêem razão para não violar os direitos do outro. O espaço (que era) do Direito transforma-se, assim, no espaço da absoluta possibilidade ao serviço do subjectivismo absoluto. O que acaba por consumir a própria possibilidade de normas jurídicas positivas como vínculos prévios e imperativos entre os cidadãos. Fazendo-se coincidir Direito e prática, com a

[305] MAURER, Béatrice. Op. cit. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central (Tradução de Rita Dostal Zanini, do original: "Notes sur le respect de la dignité humaine... ou petite fugue inachavée autour d'un thème central", in SÉRIAUX, Alain e outros. Le Droit, le Médicine et L'être Humain, Aix-En-Provence: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1996, páginas 185-212). Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional / Béatrice Maurer ... (et al.); org. Ingo Wolfgang Sarlet; trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: editora Livraria do Advogado, 2005, a página 76.

[306] CAMPOS, Diogo Leite de. O Direito e os direitos da personalidade, *in* http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/LCampos93_2.pdf, com acesso em 08 de julho de 2015, páginas 217, 218 e 223.

quase total consumpção do Direito por esta última" [307].

"Fica em cena só o carácter absoluto da vontade de cada sujeito que se pretende, 'naturalmente', 'senhor' de todos os outros. Daqui deriva a negação do limite interno da eticidade da liberdade, dos direitos enquanto instrumentos de colaboração com os outros. Qual a legitimidade para impor 'valores' éticos superiores ao 'valor' de pessoa humana, naturalmente livre? Nega-se, assim, duplamente o outro como limite. Transformando-o em mero suporte da realização da personalidade individual"[308].

E prossegue Campos: "Enquanto na sociedade liberal, no seu auge, a liberdade de cada um não suportava mais, perante o outro, do que proposta; hoje, na sociedade da liberdade (ou na nova sociedade liberal) a liberdade suporta direitos subjectivos que se afirmam essencialmente como um direito (potestativo) a uma prestação da sociedade ou como um direito potestativo sobre o outro (pessoa singular)... Aos direitos de todos e de cada um substituído, sob a aparência de desregulamentação própria do estado da natureza, uma nova ordem que só reconhece os direitos de alguns"[309].

Autonomia, portanto, mas não ilimitada, em reconhecimento à paridade ontológica dos seres humanos, o que garante tutela efetiva dos direitos da personalidade, sem abrir caminho para o estabelecimento de relações de poder entre as pessoas.

O segundo fundamento é decorrência do primeiro e está na insuficiência da proteção dos direitos do homem para garantia apenas de sua liberdade face ao Estado, o que tornou necessária a ampliação da tutela para garantia também da igualdade, em uma segunda fase, e da fraternidade, na sequência[310].

Béatrice Maurer, mais uma vez, bem elucida tais pontos ao reconhecer que a dignidade da pessoa humana implica uma exigência dupla de respeito a ela, a traduzir o direito de que sua dignidade seja respeitada por outro e o dever que cada um tem de respeitar sua própria dignidade

---

[307] Id., páginas 218 e 219.
[308] Id.
[309] Id., páginas 219 e 220.
[310] O artigo 1o da Declaração Universal dos Direitos Humanos, como já visto, associa expressamente **dignidade, igualdade e fraternidade**: "todas as pessoas nascem livres e **iguais** em **dignidade** e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de **fraternidade**" (*in* Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html, com acesso em 01 de julho de 2015 e grifos nossos).

e a do outro. A igualdade, portanto, é um subelemento fundamental da dignidade[311].

A autonomia, por consequência, enquanto poder de autodeterminação nas relações com as outras pessoas, também pressupõe necessariamente a igualdade ou a paridade de situação jurídica dos sujeitos[312].

Justamente por isso se pode dizer, ainda, que a dignidade é retroativa, uma vez que ela exige reciprocidade, ou seja, ela demanda o respeito ao outro, aos deveres de solidariedade especialmente, mas também um respeito a si mesmo, sendo tais respeitos indissociáveis. Solidariedade porque a dignidade do outro obriga à fraternidade. A consequência da dignidade da pessoa humana, portanto, se formaliza em um respeito, o qual acarreta certas obrigações tanto por parte das autoridades públicas como por parte de qualquer indivíduo, a incluir o próprio titular da dignidade[313].

No mesmo sentido, se posiciona Luciana Dadauto, ao trabalhar com o conceito de autonomia privada como sendo "aquele que legitima a ação do indivíduo, conformada à ordem pública e permeada pela dignidade da pessoa humana, ou, em outras palavras, a autonomia privada garante que os indivíduos persigam seus interesses individuais, sem olvidar da intersubjetividade, da interrelação entre autonomia pública e privada. Significa dizer que a

---

[311] MAURER, Béatrice. Op. cit. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central (Tradução de Rita Dostal Zanini, do original: "Notes sur le respect de la dignité humaine... ou petite fugue inachavée autour d'un thème central", in SÉRIAUX, Alain e outros. Le Droit, le Médicine et L'être Humain, Aix-En-Provence: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1996, páginas 185-212). Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional / Béatrice Maurer ... (et al.); org. Ingo Wolfgang Sarlet; trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: editora Livraria do Advogado, 2005, a páginas 80 a 83. No mesmo sentido, se manifesta Ana da Cunha Gouvea Costa: "dignidade e solidariedade não se compreendem separadamente. As pessoas se realizam na comunidade, razão pela qual cada uma delas reconhece a dignidade das demais. Daí porque a vinculação não só do Estado, mas também dos privados aos direitos, às liberdades e às garantias, a ensejar a autodeterminação da pessoa, em frente de seus semelhantes e ao poder público. Para entender a dignidade da pessoa humana, Jorge Miranda propõe as seguintes diretrizes: a) A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) A dignidade da pessoa humana refere-se à pessoa desde a concepção, e não só desde o nascimento; c) A dignidade da pessoa humana enquanto homem e enquanto mulher; d) Cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa da igual dignidade das demais pessoas; e) Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; f) O primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; g) Só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida; h) A proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos; i) A dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas" (Op. cit. A violação positiva do contrato. Monografia apresentada para conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* Ordem Jurídica e Ministério Público da FESMPDFT. Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ., Brasília, Ano 19, Edição Especial, novembro de 2011, páginas 07 a 99, páginas 22 a 23).

[312] PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Privado. Coimbra: editora Coimbra, 4ª edição, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2005, página 59.

[313] Id., páginas 84 a 85.

autonomia privada não é o poder do indivíduo de fazer tudo o que lhe der vontade, não se traduz em uma ampla liberdade, muito antes pelo contrário, significa que a autonomia privada garante ao indivíduo o direito de ter seu próprio conceito de 'vida boa' e de agir buscando tal objetivo, direito este que encontra barreiras na intersubjetividade, de modo que a autodeterminação do indivíduo deve ser balizada pelas relações interpessoais e tal balizamento é feito pelas normas jurídicas"[314].

Liberdade e autonomia, bem como igualdade e solidariedade são, portanto, as duas faces da moeda dignidade.

Vale notar que os dois fundamentos expostos se condensam perfeitamente no termo Ubuntu (ou Dharma) e na importância de se encontrar o bom para todos, já que realização plena não será alcançada apenas pela satisfação do interesse de um ou de alguns.

Os valores apontados, outrossim, enquanto elementos da dignidade, auxiliam na determinação do conceito sugerido por este estudo para os direitos da personalidade, enquanto categoria especial de direito objetivo, positivado, que gera, via de regra, direitos subjetivos, além de deveres jurídicos (titular e terceiros, inclusive autoridades públicas), e que demanda proteção diferenciada justamente porque destinados à tutela da dignidade da pessoa humana (mas sempre sob o enfoque da eticidade e da socialidade), existindo em quantos forem os aspectos da personalidade humana e suas projeções e prolongamentos no seio social, necessários à sua plena realização e desenvolvimento.

Vejamos agora as implicações de todo o exposto para o objeto de estudo: o direito à vida digna ou o direito à morte, quando a vida deixa de ser digna, o que envolve, obviamente, o direito de morrer com dignidade, é um direito da personalidade (= essencial à tutela da dignidade da pessoa humana e merecedor de especial proteção como tal)? Existe espaço para exercício da autonomia privada neste campo, mais uma vez em respeito à dignidade da pessoa humana?

Em termos mais específicos, já é possível se reconhecer a autonomia de cada um sobre seu destino, inclusive no que diz respeito ao tempo de sua morte?

---

[314] PENALVA, Luciana Dadalto. Declaração Prévia de Vontade do Paciente Terminal. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito Privado. Orientador: Professor-Doutor Walsir Edson Rodrigues Júnior. Belo Horizonte,
2009 (*in* http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PenalvaLD_1.pdf, com acesso em 28 de julho de 2015), a página 22.

Para chegarmos a uma conclusão, análise prévia sobre o direito à vida e suas complicações se faz necessária.

III. Direito à vida.

III.a. A morte.

Para se conceituar vida, há que se entender o que é morte. Afinal, morte, em sua definição clássica, é o fim da vida.

Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos indica que "a morte do homem como destino final e inexorável transcende o mero processo biológico para levantar importantes repercussões. A mensagem da ressuscitação da morte é relevante para notarmos que a vida e a morte são interdependentes: existem de forma simultânea e não-consecutiva"[315].

Jean-Yves Leloup, citando André Malraux, afirma que o homem é o único animal que sabe que vai morrer, sendo que toda a sua dignidade e grandeza como ser humano consistiriam em refletir sobre o sentido de sua vida, o qual é encontrado na morte: "vida e morte não estão separadas. É interessante notar que quando os antropólogos e etnólogos estudam a história do cosmos e de sua evolução, notam a presença do ser humano a partir de um certo número de rituais funerários, como se o fato de se ocupar do ser como mortal fosse o sinal da presença e do nascimento da humanidade"[316].

De fato, desde os mais remotos tempos, as crenças sobre a alma e a morte deram lugar a normas de conduta, sendo possível afirmar que a religião dos mortos parece ter sido a mais antiga que existiu entre os povos[317].

Adverte Coulanges: "antes de conceber e de adorar Indra ou Zeus, o homem adorou os seus mortos; teve-lhes medo e dirigiu-lhes preces. Parece que o sentimento religioso do homem começou com este culto. Foi talvez por via da morte que o homem pela primeira vez teve a ideia do sobrenatural e quis tomar para si mais do que lhe era legítimo esperar de sua qualidade de homem. A morte teria sido o seu primeiro mistério, colocando o homem no caminho de outros mistérios. Elevou o seu pensamento do visível ao invisível, do transitório ao eterno, do humano

[315] SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Conceito Médico-Forense de Morte. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 92, 1997, 341-380, a página 342.
[316] LELOUP, Jean-Yes. Além da luz e da sombra: sobre o viver, o morrer e o ser. Org. de Lise Mary Alves de Lima; tradução de Pierre Weil, Regina Fittipaldi. Petrópolis: editora Vozes, 9ª edição, 2011, página 13.
[317] COULANGES, Fustel de. Op. cit. A cidade antiga. São Paulo: editora Martins Fontes, 1995, páginas 22 a 27.

ao divino"[318].

Em termos gerais, José Renato Nalini desenha a morte como antônimo da vida (enquanto há vida, não há morte). É ausência de vida, a cessação definitiva da vida, especialmente a humana, ou, ainda, a interrupção do ciclo vital, cuja definição interessa, evidentemente, a todas as esferas do pensamento[319].

Leloup, por sua vez, enxerga a morte como o mais elevado momento da vida, de passagem a outra frequência, de mudança de comprimento de onda. Por um ângulo mais positivo, a morte deveria ser encarada como uma oportunidade de despertar e de se libertar[320].

Entretanto, há áreas do conhecimento em que compreensão mais exata do que efetivamente seja morte se faz necessária. Ou seja, a definição de critérios para a constatação do evento morte torna-se imprescindível, justamente por serem mais significativos os seus efeitos e consequências.

Para este estudo, obviamente, relevantes são a concepção médica e jurídica do evento morte.

Porém, como o entendimento do fenômeno dentro de tais áreas de conhecimento é permeado de ensinamentos e influências de outros campos do pensamento humano, vale uma breve incursão prévia em alguns deles.

Afinal, o encontro com a diversidade sempre enriquece, já que nem sempre as pessoas têm o mesmo ponto de vista que o nosso. "É importante conhecer, também, as várias concepções do homem e, como em suas tradições e em suas culturas, as pessoas acompanham os últimos instantes da vida e da morte daqueles que estão sob seus cuidados". A maneira de acompanhar alguém depende da imagem que se tem do homem, o que pode ser chamado de 'pressuposto antropológico'. Porque é a partir de nossa imagem do homem que consideramos alguém como normal ou anormal, como sadio ou doente, bem como a morte como algo trágico, difícil de ultrapassar, ou como algo normal, algo natural e por vezes mesmo com uma

[318] Id., página 27.

[319] NALINI, José Renato. Reflexões jurídico-filosóficas sobre a morte: pronto para partir? São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011, páginas 15, 21 e 22. E prossegue o autor, citando Heidegger, que "a morte é um caráter essencial do existir. 'A possibilidade iminente da morte é inerente ao existir'. E isso não concerne apenas ao idoso e ao enfermo. 'De um moribundo terminal dizemos que 'está à morte'. Mas de todos nós, em plena saúde, cabe dizer a mesma coisa: se existimos, estamos à morte ao longo de toda nossa existência. A morte, segundo Heidegger, é a possibilidade mais autêntica da existência, da qual ninguém pode fugir. A morte é, ainda, aquilo que faz com que a vida possa vir a ser melhor: o sentido da morte é dar sentido à vida" (página 22).

[320] LELOUP, Jean-Yes. Op. cit. Além da luz e da sombra: sobre o viver, o morrer e o ser. Org. de Lise Mary Alves de Lima; tradução de Pierre Weil, Regina Fittipaldi. Petrópolis: editora Vozes, 9ª edição, 2011, página 16.

oportunidade de despertar e de se libertar[321].

Ademais, dependendo da tradição seguida ou da cultura em que inserido o debate, diferentes serão os comportamentos possíveis ou aceitáveis em face do evento morte. Em outros termos, é dentro de cada contexto social e cultural que se encontram os limites do razoável no que diz respeito ao enfrentamento da morte pelo paciente, pelas pessoas próximas que estão em torno dele e pelo corpo médico.

Observando diferentes pontos de vistas e as diversas implicações que o fenômeno morte envolve, podemos depurar as nossas próprias percepções, além de questioná-las, de modo que se possam delimitar melhores soluções no tratamento da matéria.

III.a.1. A morte sob diferentes enfoques, com pertinência ao tema.

III.a.1.1. Filosofia, Religião e outras formas de compreensão.

- Filosofia

A Enciclopédia de Filosofia da Universidade Stanford enuncia que não é fácil clarificar a natureza da vida ou compreender se ela pode ser suspensa ou restaurada, embora seja evidente que viva é a entidade que tem uma distinta capacidade de se desenvolver ou de se manter por meio do engajamento em vários processos, incluindo quimiossíntese, fotossíntese, respiração celular, geração celular e manutenção de homeostase (processos vitais) [322].

[321] Id., a página 14. O escritor, em sua experiência como terapeuta, colheu diferentes impressões sobre pessoas em fase terminal, quando indagadas sobre seus medos: "para algumas o medo maior é o da decomposição, medo muito físico e visceral; para outras, o medo de ser enterrada viva, o que tem levado, na Europa, a um aumento do número de pessoas que preferem ser cremadas a ser enterradas. Para outras existe um medo intelectual, que é o medo de perder a razão, o medo do desconhecido. Frequentemente estas pessoas me dizem: '*se perco a razão, perco minha dignidade humana. Se isso acontecer, desligue-me dos aparelhos*'. Finalmente, existe o medo da separação, o separar-se dos seres que mais se ama, o medo de deixá-los sozinhos. Este é o medo afetivo. A partir da observação destes diferentes medos, concluí que o terapeuta quer seja médico, enfermeira ou qualquer pessoa (quem já não acompanhou alguém no momento de sua morte?), deveria tomar em consideração o ser humano em sua inteireza, não somente sua dor física, seu medo psíquico, mas também as questões intelectuais que ele se coloca sobre o sentido do que lhe acontece... Para aliviar a dor temos necessidade de medicamentos. Para apaziguar nosso coração temos necessidade de compreensão psicológica. Para iluminar nossa inteligência temos necessidade de sentido. E aquele que acompanha deve fazê-lo em todas as dimensões" (páginas 14 e 15, grifos meus).

[322] Stanford Encyclopedia of Philosophy (*in* http://plato.stanford.edu/entries/death/, com acesso em 14 de abril de

Uma coisa, porém, é ter a capacidade de processar tais sistemas e a outra é de efetivamente processá-los: uma entidade pode ser considerada viva quando tenha a capacidade de se autosustentar por meio de processos vitais.

Ao contrário, a qualidade da morte se aplica à entidade que perdeu tal capacidade, ainda que o evento pelo qual a capacidade de empregar processos vitais é perdida e a condição de tê-la perdido sejam hipóteses diversas. O termo morte pode ser empregado para ambas as situações.

A morte, outrossim, pode decorrer de um processo por meio do qual a vida é progressivamente extinta ou pode se dar em um evento momentâneo, o qual compreende três situações: a) Em primeiro lugar, o fim do processo de morte – a perda do último traço de vida (morte-resultado); b) Em uma segunda hipótese, pode ser o ponto em que, durante o processo de morte, a extinção é certa, ao menos tendo em vista os recursos disponíveis para evitá-la (morte-limiar); c) Na terceira hipótese, a vida termina quando os sistemas fisiológicos do corpo perderam a capacidade de funcionar de forma integrada como um todo ou quando esta perda é irreversível (morte-integração).

Morte, portanto, pode ser um estado (estar morto), o processo de extinção (morrendo), ou um dos três eventos que ocorrem durante o processo de morte, os quais não se confundem com o evento causador da morte, como ser atingido por um tiro de arma de fogo.

Por outro lado, a definição da morte não se confunde com a fixação de critérios por meio dos quais se pode detectá-la ou determinar a sua ocorrência. Ou seja, a definição é a identificação do que a morte é, sendo que, apenas quando esta definição é verificada, pode-se reconhecer que a morte necessariamente ocorreu.

Os critérios estabelecem condições pelas quais todas as hipóteses de morte podem ser rapidamente identificadas. Tais critérios não possuem definição, mas grande utilidade prática, ajudando, por exemplo, médicos e juristas a identificar quando a morte ocorre.

Muitos foram os filósofos que se preocuparam em definir morte, seja em termos gerais, seja em termos mais realistas ou até mesmo em termos poéticos. Já a identificação de critérios para a sua determinação tornou-se preocupação das ciências mais exatas, como a medicina e o direito, justamente em virtude das implicações práticas do fenômeno em tais campos[323].

2015).
[323] Id.

Jean Paul Sartre dizia que a morte é o que tira toda a significação da vida. Por outro lado, Kierkegaard e Heidegger[324] viam a morte como aquilo que dá profundidade à vida humana, permitindo o aproveitamento de sua fragilidade e beleza em cada instante[325].

Jasper a enxergava como 'a condição que nos permite viver a vida de maneira autêntica', mas posteriormente a denominou de situação limite. Freud acreditava que a transitoriedade da vida aumentaria o desfrute experimentado com a morte, sustentando que possuiríamos dentro de nós um instinto voltado para a vida (instinto de vida Eros) e um instinto voltado para a morte (instinto de morte - Tanatos), sendo evidente a nossa inclinação a prescindir da morte, a eliminá-la da vida, silenciando-a, medicando-a, evangelizando-a e legalizando-a, no intuito de continuarmos como mero espectadores[326].

Diante de tantos ensinamentos possíveis, contentamo-nos apenas em, além de abordar o posicionamento assumido pelo Utilitarismo na sequência, por sua relevância, registrar mais um pensamento, aquele do filósofo Josef M. Seifert, por bem sintetizar que a morte não é um assunto exclusivo ou primordial apenas da ciência médica, mas, sim, uma questão filosófica (e, se a revelação divina é aceita, também uma questão teológica). O papel do filósofo na discussão da morte tem dois lados: 1) ele deve explorar os mais relevantes aspectos inteligíveis e essenciais à compreensão do fenômeno, que não sejam investigados por outras ciências humanas, bem como a linguagem de vida e morte e a estrutura lógica dos argumentos usados no debate sobre os temas; 2) ele deve advertir os representantes de outras disciplinas sobre os riscos de muito concluir sobre o pouco que eles conhecem, com extensão de seus métodos para áreas em que eles não sejam apropriados[327].

---

[324] Martin Heidegger (1926) sobre a morte: "Morremos desde o nascimento, o final está presente desde o princípio. Ela é incomparável" (SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Conceito Médico-Forense de Morte. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 92, 1997, 341-380, páginas 342 e 343).

[325] LELOUP, Jean-Yes. Op. cit. Além da luz e da sombra: sobre o viver, o morrer e o ser. Org. de Lise Mary Alves de Lima; tradução de Pierre Weil, Regina Fittipaldi. Petrópolis: editora Vozes, 9ª edição, 2011, página 18.

[326] SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Op. cit. Conceito Médico-Forense de Morte. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 92, 1997, 341-380, páginas 342 e 343.

[327] SEIFERT, Josef M. IS 'BRAIN DEATH' ACTUALLY DEATH?, *in* https://www.academia.edu/6084436/IS_Brain_death_actually_death, com acesso em 12 de agosto de 2015. No texto original: "The question 'what is death?' is by no means exclusively or primarily a question of medical science. It is, in the last analysis, a philosophical (and, if divine revelation is accepted, a theological) question. The philosopher's role in the discussion of death is twofold: On the one hand, he has to explore those highly intelligible and essentially necessary aspects of death which no other human science investigates. This task includes a phenomenology of life and death, an ontology and metaphysics, as well as a philosophical anthropology of death. It likewise includes an analysis of the language of death and life and of the logical structure of the arguments used in the debates about life and death. On the other hand, the philosopher has to warn representatives of other disciplines

- Utilitarismo.

Segundo a Enciclopedia de Filosofia da Universidade Stanford[328], o Utilitarismo é uma das mais poderosas e convincentes abordagens sobre ética normativa na história da Filosofia. Embora não articulada até o século XIX, posições pró-utilitárias podem ser discernidas ao longo da história da teoria ética.

Ainda que haja muitas variações da visão em discussão, o Utilitarismo é entendido como a posição que enxerga como conduta moralmente correta a ação que produza o maior bem. Existem muitas formas de se concretizar esta afirmação genérica. Algo importante a notar é que esta teoria é uma forma do Consequencialismo: a ação correta é entendida totalmente em termos das consequências produzidas. Na visão utilitarista, a pessoa deve maximizar o bem comum, isto é, considerar o bem dos outros assim como o seu próprio bem.

Os utilitaristas clássicos, Jeremy Bentham e John Stuart Mill, identificavam o bem com prazer. Assim como Epicuro, eram hedonistas sobre o valor. Eles também proclamavam que deveríamos maximizar o bem, isto é, trazer 'a maior quantidade de bem para o maior número de pessoas'.

Jeremy Bentham (1748–1832) foi influenciado pela visão de Hobbes sobre a natureza humana e pela visão de Humes sobre a utilidade social. Ele famosamente declarava que os humanos são regidos por dois mestres soberanos, o prazer e a dor. Nós procuramos prazer e evitamos a dor, eles 'nos governam em tudo que fazemos, em tudo que dizemos, em tudo que pensamos'. Ele, ainda, promulgou o princípio da utilidade como um *standard* de ação correta na parte dos governantes e indivíduos. Ações são aprovadas quando promovam felicidade ou prazer, e desaprovadas quando tenham uma tendência de causar infelicidade ou dor. Combinado com este critério de correção, está a visão de que devemos estar sempre ativos na promoção da felicidade geral, para que sejamos reconhecidos como incompatíveis com o egoísmo psicológico.

---

against concluding too much from the little they know and extending their methods to areas where they are not appropriate".

[328] Stanford Encyclopedia of Philosophy. The History of Utilitarism, first published Fri Mar 27, 2009; substantive revision Mon Sep 22, 2014 (*in* http://plato.stanford.edu/entries/utilitarianism-history/, com acesso em 20 de outubro de 2015).

John Stuart Mill (1806–1873) foi um seguidor de Bentham, mas, embora admirasse o trabalho de Bentham, discordou de algumas das alegações dele, notadamente no que dizia respeito à 'natureza da felicidade'. Bentham não identificava diferenças qualitativas entre os prazeres, mas apenas diferenças quantitativas, o que o sujeitava a críticas (egocentrismo). Mill se esforçou justamente para acomodar o necessário à contenção das críticas, utilizando, para tanto, intuições perfeccionistas: há certos prazeres que são mais adequados do que outros. Assim, prazeres intelectuais são melhores do que sensuais, ou os danos a uma pessoa são mais graves do que os danos a um animal. Tal posicionamento fez com que alguns não o identificassem como um utilitarista hedonista. Mill, entretanto, assim como Bentham, defendia que o bom ainda consistia no prazer (estado psicológico), sendo que as estruturas básicas das teorias de ambos eram as mesmas.

O Utilitarismo também é distinguido por imparcialidade e neutralidade. A felicidade de cada pessoa tem o mesmo peso da de outra. Quando alguém maximiza o bem, é o bem imparcialmente considerado. O meu bem não conta mais do que o bem de outra pessoa. Além disso, a razão pela qual eu devo promover o bem de todos é a mesma razão pela qual outra pessoa deve promover o bem. Esta não é particular a mim.

Todos os elementos desta forma de abordagem, de avalição moral e de tomada de decisões morais, se provaram controvertidos e as controvérsias subsequentes levaram a mudanças na versão clássica da teoria. Em outros termos, desde o começo do século XX, a doutrina tem sofrido uma série de refinamentos. Após a metade do século XX, tornou-se mais comum a sua identificação como "Consequencialista", já que poucos filósofos concordavam integralmente com a visão proposta pelos Utilitaristas Clássicos, notadamente no que diz respeito à teoria do valor hedonista.

A influência dos Utilitaristas Clássicos, porém, tem sido profunda – não apenas dentro da Filosofia moral, mas também dentro da Filosofia política e das políticas sociais. A pergunta feita por Bentham, "Qual é a utilidade disto?", é a pedra angular da formação de políticas. Trata-se de uma pergunta bastante direta e totalmente secular, resultado da visão defendida pelos Utilitaristas Clássicos.

É evidente que os fundamentos desta doutrina podem ser utilizados para defender a existência de um direito à morte. De fato, a dor e o sofrimento, ao lado dos elevados gastos com tratamentos longos ou manutenção de vida vegetativa, poderiam ser apontados como

justificativas para a escolha da morte: o doente ou a pessoa em dor estaria livre de sua penúria e os custos de seu acompanhamento ou de seus cuidados poderiam ser utilizados para beneficiar um número maior de vidas.

Daí a relevância de sua inclusão neste trabalho.

- Religião e outras formas de compreensão

Renato Nalini, citando Ernest Becker, indica que "a religião resolve o problema da morte, que nenhum dos indivíduos vivos pode resolver, não importa como estejam apoiados. Os dois motivos ontológicos da condição humana são atendidos: a necessidade de entregar-se inteiramente ao resto da natureza, tornar-se uma parte dela ao dar a vida inteira a um significado mais alto; e a necessidade de expandir-se como uma personalidade heroica individual. Por fim, só a religião dá esperança, porque mantém aberta a dimensão do desconhecido e do conhecível, o fantástico mistério da criação que a mente humana nem tem meios de abordar"[329]. Em outros termos, a religião, enquanto fenômeno constante na história humana, fornece sentido a questões para as quais o homem não alcança resposta, dentre elas a morte.

Nem todos os povos e suas diversas religiões encaram a morte pela mesma forma. Não se pode esquecer, ainda, que concepções não religiosas ou não espirituais também foram construídas na história humana sobre o mesmo fenômeno.

Os homens primitivos viram a morte como consequência da violação da ordem natural das coisas, como punição pela desobediência à divindade.

Os gregos, por sua vez, relacionavam a morte ao homem, evidenciando que ela não atingia os Deuses. Daí a diferença entre Deuses e homens. Aos Deuses, pertenceriam todos os direitos: ao prazer, às guerras e até à orgia. Aos homens, às penúrias, aos sofrimentos e às fadigas.

Pela visão pessimista da existência, o suicídio era aceito (libertação de todo o sofrimento), sendo que a morte ainda em juventude seria um presente dos Deuses (morte na plenitude da beleza, da glória).

Todos os ritos de passagem dos gregos influenciaram os demais povos, sendo relevante

[329] NALINI, Renato. Op. cit. Reflexões jurídico-filosóficas sobre a morte: pronto para partir? São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011, página 73.

notar que a presença de ritos funerários foi verificada já nas grutas do homem de Neandertal[330].

Os egípcios, por sua vez, entendem a morte como definitiva e delimitadora de dois mundos. Daí a essencialidade da guarda do corpo, o qual será usado na vida que continua no além-túmulo. Já para os budistas tibetanos, a morte é apenas início de uma nova vida, devendo toda a matéria relativa à vida passada ser destruída: o cadáver se queima totalmente ou se abandona nas montanhas para que os animais de rapina o devorem[331].

O Budismo, em geral, enxerga a morte como o fim da ilusão, o fim deste agregado de consciência de vontade, de desejo e de aversão: o ego. A morte do ego, porém, não é a morte do ser essencial. É a morte da forma assumida na vida atual, mas não a morte da vida. Há que se acompanhar, portanto, a pessoa neste momento para que ela possa fazer dele uma ocasião de despertar e de se libertar[332].

Nesta tradição, há que se seguir um caminho de oito passos, ensinado por Buda, para se alcançar iluminação, ou seja, para a libertação de todas as prisões mundanas, com ênfase na visão e no comportamento corretos, principalmente por meio da meditação[333].

A morte, neste contexto, seria apenas mais uma distração da realidade irreal, ao lado do

---

[330] LELOUP, Jean-Yes. Op. cit. Além da luz e da sombra: sobre o viver, o morrer e o ser. Org. de Lise Mary Alves de Lima; tradução de Pierre Weil, Regina Fittipaldi. Petrópolis: editora Vozes, 9ª edição, 2011, página 13.

[331] NALINI, Renato. Op. cit. Reflexões jurídico-filosóficas sobre a morte: pronto para partir? São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011, página 75. Segundo o autor, o Livro tibetano dos mortos ensina que, com a morte, abrem-se dois caminhos: ou a extinção definitiva, reservada aos eleitos, ou o renascimento, que espera aqueles que não souberam vencer o erro e compreender que tudo na vida humana é efêmero e passageiro.

[332] LELOUP, Jean-Yes. Op. cit. Além da luz e da sombra: sobre o viver, o morrer e o ser. Org. de Lise Mary Alves de Lima; tradução de Pierre Weil, Regina Fittipaldi. Petrópolis: editora Vozes, 9ª edição, 2011, página 16.

[333] Bhuddism and Modern Psychology, by Robert Wright, Princeton University, *in* https://pt.coursera.org/learn/science-of-meditation, curso concluído no segundo semestre de 2014. Os ensinamentos de Buda, de forma condensada, podem ser encontrados em http://www.buddhanet.net/e-learning/8foldpath.htm, com acesso em 24 de novembro de 2015: em seu primeiro ensinamento, Buda apresentou quatro verdades nobres, sendo a primeira delas sobre a ilusão da existência (Dukkha), que implica em dor ou sofrimento. A segunda verdade indica que existe uma causa para Dukkha – o apego ou a aversão, sendo o processo de identificação através do qual nós tentamos internalizar o externalizar as coisas e experiências como minhas ou relativas a mim ou totalmente como algo distinto de mim (Anicca, Dukkha e Anatta = impermanência, estresse ou sofrimento e o "não-eu"). Porque toda a existência condicionada é impermanente, ela dá origem a Dukkha, o que equivale a dizer que em toda existência condicional não existe o "eu" imutável ou permanente. A terceira verdade é o fim de Dukkha, ou seja, Nirvana ou Nibbana, cuja realização se chama "Bodhi supremo ou Acordar" (acordar para a verdadeira natureza da realidade, para a nossa verdadeira natureza). Além do apego, do controle e da existência condicional, está o Nirvana. O Budismo é ensinado por meio de duas Doutrinas, a Theravada e a Mahayana. Theravada identifica o Nirvana como o Incondicional, o Imortal e o Não-nascido. Já Mahayana lida com as qualidades do Nirvana, identificando-as como real natureza, mente original, luz infinita e vida infinita. A quarta verdade apresenta o caminho para o Acordar: 1) Visão completa ou perfeita; 2) Emoção ou aspiração perfeita; 3) Discurso perfeito ou íntegro; 4) Ação íntegra; 5) Vida correta; 6) Esforço, energia ou vitalidade completos ou corretos; 7) Consciência completa ou integral (right mindfulness); 8) Samadhi integral ou holístico (concentração, meditação, absorção).

apego e do sofrimento mundanos, mais um obstáculo a ser superado para o correto entendimento da natureza da realidade e de nossa própria natureza, mais uma fase da passagem pela vida terrena, também a ser superada na busca pelo nirvana.

Daí a importância, segundo o Dalai-Lama, de se enxergar a morte como um simples lembrete sobre a impermanência, que, no sentido budista, afirma o caráter transitório dos seres animados e dos fenômenos: tudo o que nasce de causas e condições é perecível[334].

Ensina o Dalai-Lama que a impermanência "contraria nosso sentimento de duração e o desejo humano de imortalidade. Ela é insuportável para os seres comuns que não treinaram seu espírito para conceber a ausência de realidade do mundo. A negação da impermanência representa uma das principais causas de sofrimento em nossa existência. O ensinamento budista nos convida a contemplá-la e aceitá-la"[335].

Outra abordagem compreende a morte como carma, como uma consequência dos nossos atos. A palavra carma quer dizer ato e consequência do ato. O momento da morte será, pois, o resultado de todos os atos passados, enquanto oportunidade de passagem para outra vida, melhor, pior ou semelhante, de acordo com os atos praticados na atualidade. Nesta tradição, encontrada na Índia e em outros países, em religiões como o Hinduísmo e o Janismo[336], e também na filosofia Espírita[337], a morte é simplesmente a passagem para uma outra vida, a qual

---

[334] LAMA-Dalai. Minha autobiografia espiritual: ensinamentos, objetivos e discursos/Dalai-lama; transcritos, traduzidos, adaptados e editados por Sofia Stril-Rever; tradução Rejane Janowitzer. Rio de Janeiro: editora Bertrand Brasil, 2009, páginas 61 e 62. Na busca da iluminação, o Dalai-Lama indica que a ideia da morte é um aspecto importante de sua prática diária, sendo que, em sua opinião: "há apenas duas coisas a se fazer na vida, a propósito da morte. Pode-se escolher ignorá-la e neste caso talvez se consiga afastar a ideia durante um certo tempo. Ou então enfrentar esta perspectiva, tentando analisá-la e, com isso, diminuir alguns dos sofrimentos inevitáveis que ela provoca. Nenhum dos dois métodos é completamente eficiente. Como budista, eu aceito a morte como um processo normal da vida. Eu a aceito como uma realidade que acontecerá até que eu esteja no samsara. Sabendo que não posso escapar a ela, não vejo interesse em me angustiar a seu respeito. Considero que morrer é de alguma maneira como deixar seus trajes gastos e antigos. Não é um fim em si. Como budista, creio também que a experiência de morte é essencial. É nesse momento que podem se manifestar as experiências mais profundas e mais benéficas. Por essa razão, são numerosos os grandes mestres que se despedem da existência terrestre meditando. Quando isso se produz, seus corpos não se decompõem senão bem depois da morte clínica" (Id., a página 78).

[335] Id.

[336] Na Índia, encontramos, ainda, seguidores do Sikhismo, tradição que envolve aspectos do Hinduísmo e do Islamismo.

[337] De acordo com a doutrina de Allan Kardec: "11. Quando o invólucro exterior está usado e não pode mais funcionar, tomba e o Espírito o abandona, como o fruto se despoja da sua semente, a árvore da casca, a serpente da pele, em uma palavra, como se deixa um vestido velho que já não pode servir; é o que se designa pelo nome de morte. 12. A morte é apenas a destruição do envoltório corporal, que a alma abandona, como o faz a borboleta com a crisálida, conservando porém seu corpo fluídico ou perispírito. 13. A morte do corpo desembaraça o Espírito do laço que o prendia à Terra e o fazia sofrer; e uma vez libertado desse fardo, não lhe resta mais que o seu corpo etéreo, que lhe permite percorrer o espaço e transpor as distâncias com a rapidez
do pensamento. 14. A união da alma, do perispírito e do corpo material constitui o homem; a alma e o perispírito

será a consequência dos atos passados, sendo que tal fenômeno se repetirá, ou seja, a reencarnação se reproduzirá até que haja total libertação do carma (quitação de todas as dívidas). Assim, é importante, no momento da morte, "não produzir um carma negativo, portanto devem-se afastar os maus pensamentos, os maus desejos, porque isso teria consequências negativas em uma vida futura. Essa visão nos convida à responsabilidade, porque o que somos hoje é a consequência dos nossos atos passados e o que somos hoje será a causa de nossa vida futura"[338].

Para a doutrina islâmica, a morte é apenas um rito de passagem, já que a existência humana continua após o decesso do corpo na forma de ressurreição física e espiritual, existindo uma relação direta entre a conduta na terra e a vida após a morte. Em outros termos, a vida após a morte será de recompensas e punições correspondentes à conduta terrena. Deus ressuscitará, reunirá toda a sua criação e julgará a todos de forma justa, de modo que as pessoas entrarão em sua morada final, Inferno ou Paraíso. A fé na vida após a morte é uma das seis crenças básicas exigidas de um muçulmano para complementar a sua fé[339].

No Judaísmo, a morte também é necessária para a ressureição: "a opinião da maioria, advogada por Saádia Gaon, Raavad, Ramban (Nachmânides) e todos os cabalistas, é que a ressurreição é o primeiro passo em direção ao mundo vindouro", oportunidade em que "os mortos ressuscitados viverão para sempre e o mundo vindouro existirá num plano físico, onde

---

separados do corpo constituem o ser chamado Espírito... 20. O Espiritismo tem por fim demonstrar e estudar a manifestação dos Espíritos, suas faculdades, sua situação feliz ou infeliz, seu futuro; em suma, o conhecimento do Mundo Espiritual. Essas manifestações, sendo averiguadas, conduzem à prova irrecusável da existência da alma, de sua sobrevivência ao corpo, de sua individualidade depois da morte, isto é, de sua vida futura; por isso ele é a negação das doutrinas materialistas, não tanto por meio de raciocínios, mas principalmente por fatos" (O que é o Espiritismo? Noções Elementares do Mundo Invisível, pelas manifestações dos espíritos, com o resumo dos princípios da Doutrina Espírita e resposta às principais objeções que podem ser apresentadas, contendo a biografia de Allan Kardec, por Henri Sausse. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira. Departamento Editorial e Gráfico, Rua Souza Valente, 17, 20941-040, 14 de fevereiro de 2006, páginas 170 a 173).

[338] Id. Esta abordagem insiste em nossa responsabilidade "sobre o encadeamento de causas e efeitos que se chama *samsara* e a libertação ... consiste em sair da cadeia de causas e efeitos. Na tradição hindu, a palavra reencarnação é bem distinta da palavra ressureição. O que os sábios buscam não é a reencarnação, pois esta é a perpetuação da ilusão, a perpetuação do mundo e da dor. O que os sábios buscam é a ressureição, que els chama de 'novo nascimento' (*dvija*, em sânscrito); é sair deste ciclo, entrar na *moksha*, na libertação ou no nirvana, como refere a tradição budista" (página 17).

[339] *In* Islam Religion, disponível em http://www.islamreligion.com/pt/articles/38/crenc-na-vida-apos-morte/, com acesso em 09 de março de 2016. O próprio Alcorão, em seu versículo 185, da 3ª Surata, A Família de Imran, Parte 4, traz previsão neste sentido: "Cada alma provará o sabor da morte e, no Dia da Ressurreição, sereis recompensados integralmente pelos vossos atos; somente quem for afastado do fogo infernal e introduzido no Paraíso, triunfará. Que é a vida terrena, senão um prazer ilusório?" (*in* O Significado do Alcorão Sagrado, tradução de Samir El Hayek, disponível em file:///C:/Users/Luciana/Downloads/Alcor%C3%A3o_Sagrado.pdf, com acesso em 24 de agosto de 2106).

corpo e alma estarão reunidos"[340].

Para o Cristianismo, que ainda é a religião predominante em nosso país, a morte tem significado de libertação, de separação da alma do corpo e de passagem para a vida eterna, no paraíso, desde que observados os preceitos de Deus durante a existência humana: "a alma espiritual não vem dos pais, mas é criada directamente por Deus e é imortal. Separando-se do corpo no momento da morte, ela não perece; voltará a unir-se novamente ao corpo, no momento da ressurreição final"[341].

Ou seja, o Cristianismo não nega a morte como fenômeno natural, como resultado do desgaste das células do corpo humano e de sua capacidade mental, como encerramento de uma existência transitória. A morte, porém, não é encarada como um fim, mas uma passagem de libertação para a vida real e eterna, em Deus:

"Trazendo sempre por toda a parte a mortificação do Senhor Jesus no nosso corpo, para que a vida de Jesus se manifeste também nos nossos corpos" (2 Coríntios 4:10).

"Por isso não desfalecemos; mas, ainda que o nosso homem exterior se corrompa, o interior, contudo, se renova de dia em dia" (2 Coríntios 4:16)[342].

Segundo Leloup, a morte, para o Cristianismo, é um momento de passagem. A palavra passagem em hebraico é *Pessah,* que significa passar de uma consciência a outra, descobrir no coração de nossa vida mortal a eternidade que vive em nós. Assim, a vida eterna não seria somente a vida após a morte e a ressureição não seria mera reanimação. Nesta abordagem de morte, o sofrimento de uma pessoa não é uma ilusão e isto deve ser levado em conta no cuidado que é devido a ela[343].

Há anos, a Igreja Católica, por meio do Papa Pio XII, reconheceu que incumbe aos médicos, e não à Igreja, conceber uma definição clara e precisa da morte e do momento da morte de um paciente que falece em estado de inconsciência[344].

---

[340] KAPLAN, Aryeh. Imortalidade, Ressurreição e Idade do Universo: Uma Visão Cabalística. Editora Sefer, 2003.

[341] Catecismo da Igreja Católica – Compêndio, item 70, *in* http://www.vatican.va/archive/compendium_ccc/documents/archive_2005_compendium-ccc_po.html, item 70, com acesso em 19 de agosto de 2015.

[342] Bíblia católica, disponível em http://www.vatican.va/archive/ENG0839/__PZQ.HTM, com acesso em 25 de novembro de 2015.

[343] LELOUP, Jean-Yes. Op. cit. Além da luz e da sombra: sobre o viver, o morrer e o ser. Org. de Lise Mary Alves de Lima; tradução de Pierre Weil, Regina Fittipaldi. Petrópolis: editora Vozes, 9ª edição, 2011, página 19.

[344] The Prolongation of Life: An Address of Pope Pius XII to International Congress of Anesthesiologists, The Pope Speaks, vol. 4, 1957, p. 396.

Cabe ressaltar, porém, que há, ainda, quem veja em todas as formas de pensamento suscintamente expostos apenas elucubração: a morte seria simplesmente o fim, o encerramento do processo natural de existência, e não haveria nada além dela. Assim como os animais e todos os demais seres da natureza, nascemos, nos desenvolvemos e morremos.

De toda forma, não resta dúvida de que, qualquer que seja a concepção adotada ou defendida e envolva ela aspectos espirituais ou religiosos ou não, a morte é um momento especial na vida do ser humano, que não tem como passar despercebido, notadamente por todas as circunstâncias e consequências que envolve.

III.a.1.2. Medicina.

Segundo o médico Irany Novah Moraes, "a essência da morte está na ativação da catepsina pela anóxia. Catepsina é um enzima proteolítico que durante a vida permanece inativo no interior da célula. A diminuição de oxigênio determina a autólise da célula, instalando-se assim a morte. Inicialmente, morre a célula, depois o tecido e, a seguir, o órgão... Enquanto a morte é o final da vida, morrer é o processo de sua evolução no organismo". A morte, portanto, "pode ser restrita à célula, ao tecido ou ao órgão. Entende-se que o organismo se mantém vivo à custa da morte de milhões de células que se renovam constantemente, num processo contínuo. Alguns tecidos morrem para proteger outros tecidos ou o próprio organismo. Bons exemplos podem ser vistos na série animal onde órgãos ou grandes segmentos corporais retirados regeneraram integralmente, mantendo a vida e, mais, a função plena"[345].

Daisy Gogliano[346] explica que, já na visão do Professor Motta Maia, Catedrático de Cirurgia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, a morte pode ser examinada sob vários aspectos: médico-biológico, moral-religioso, médico-legal e técnico-científico.

Pelo aspecto médico-biológico, a vida é entendida como uma atividade biológica, sociológica e psicológica, manifestada por um dinamismo mantido por processos intrínsecos ao organismo – elementos naturais – e sustentada por outros fatores extrínsecos adquiridos pelo

[345] Matéria publicada por Irany Novah Moraes na Folha de São Paulo, sob o título de Eutanásia, em 18 de julho de 1995 (*in* http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/7/18/cotidiano/13.html).

[346] GOGLIANO, Daisy. Pacientes Terminais – Morte Encefálica. Revista Bioética, disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/493/310, com acesso em 03 de dezembro de 2015.

próprio homem – a cultura. Já a morte é um fenômeno natural, que se ordena e se processa de maneira gradativa até chegar ao estado da ausência de atividade vital. Ou seja, é a consequência da desintegração total dos elementos que sustentam a vida. No espírito popular e no meio jurídico, está enraizada a ideia de que a morte se traduz pela ausência das funções da respiração e da circulação (morte clínica ou vegetativa)[347].

O problema é que o estado de ausência de respiração e circulação pode ser recuperado por métodos artificiais, se a função cerebral estiver em condições de reversibilidade. Para os modernos biologistas e neurologistas, o momento da morte seria o da cessação definitiva da atividade cerebral, por implicar perda da personalidade (impossibilidade de relação da pessoa com o mundo exterior e a coletividade). Por outro lado, a ausência das funções cerebrais não impede que sejam mantidas artificialmente as funções de respiração e de circulação, o que os fisiologistas chamam de vida técnica e que é fundamental para a transplantação de partes do corpo[348].

E há mais. Segundo Gogliano, os biologistas demonstram que, mesmo após a cessação da manutenção artificial de tais funções, permanece, por um tempo próprio de cada pessoa, um estado de atividade vital nas células, nos tecidos e nos órgãos (vida residual), o qual vai cessando gradativamente até a desintegração (morte total). É por isso que, para Motta Maia, nas palavras de Jorge Voigt, de Copenhagen, "a morte só ocorre quando toda a vitalidade espontânea (aos órgãos e tecidos) cesse permanentemente"[349].

Em outros termos, considerando que a morte clínica pode ser revertida, por meio da suplementação das funções cardíaca e respiratória e mesmo após a superveniência da morte encefálica, qual seria a melhor definição para o evento morte? Até quando se devem aplicar ou se devem manter os esforços de reanimação? E até quando se deve prolongar um tratamento?

Tais questionamentos encontram um complicador quando se lembra que os médicos têm compromisso com a vida, por força de juramento que prestam ao ingressarem na carreira.

A morte, assim, é sua inimiga: "a Medicina, *ars curandi*, existe para assegurar a vida. E para garantir qualidade de vida"[350].

---

[347] Id.
[348] Id.
[349] Id.
[350] NALINI, Renato. Op. cit. Reflexões jurídico-filosóficas sobre a morte: pronto para partir? São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011, página 23.

Nedy Cerqueira Neves evidencia a existência da ética médica desde os tempos antigos, destacando que "a cultura grega deu destaque especial à deontologia, tirando o médico dos braços dos deuses e cobrando responsabilidades profissionais". Hipócrates, "conhecido como o pai da Medicina e nascido em 485 a.C.", é fruto desta época[351].

É de Hipócrates, por sinal, a clássica definição do instante da morte, a qual foi formulada cerca de quinhentos anos antes do nascimento de Cristo: "testa enrugada e árida, olhos cavos, nariz saliente, cercado de coloração escura. Têmporas deprimidas, cavas e enrugadas, queixo franzino e endurecido, epiderme seca, lívida e plúmbea, pelos das narinas e dos cílios cobertos por uma espécie de poeira, de um branco fosco, fisionomia nitidamente conturbada e irreconhecível"[352].

De sua lavra, ainda, diversos textos sobre a matéria, ao lado do juramento que até hoje é proposto aos egressos das faculdades de medicina, por ocasião da formatura[353].

A Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, reunida em Genebra (Suíça, 1948), aprovou por todos os Estados-membros, inclusive o Brasil, um novo texto, também em forma de juramento e em substituição ao de Hipócrates, mas com conteúdo principiológico muito próximo[354].

---

[351] NEVES, Nedy Cerqueira. Ética para os futuros médicos: é possível ensinar? Brasília: editor Conselho Federal de Medicina, 2006, página 25.

[352] PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Problemas atuais de Bioética. São Paulo: editora Centro Universitário São Camilo: Loyola, 8ª edição revista e ampliada, 2007, página 355.

[353] O conteúdo do juramento de Hipócrates pode ser encontrado no artigo de José Pompeu Tomanik, entitulado Juramento de Hipócrates, a página 02, *in* Revista da Associação Paulista de Médicos, n. 198, janeiro de 2009.

[354] TOMANIK, José Pompeu. Juramento de Hipócrates, *in* Revista da Associação Paulista de Médicos, n. 198, janeiro de 2009, páginas 2 e 3: "Serment de Genève: Au moment d'être admis au nombre des membres de la profession médicale: Je prends l'engagement solennel de consacrer ma vie au service de l'humanité. Je garderai pour mes maîtres le respect et la reconnaissance qui leur sont dus. J'exercerai mon art avec conscience et dignité. Je considérerai la santé de mon patient comme mon premier souci. Je respecterai le secret de celui qui se sera confi é à moi, même après la mort du patient. Je maintiendrai, dans toute la mesure de mes moyens, l'honneur et les nobles traditions de la profession médicale. Mes collègues seront mes frères. Je ne permettrai pas que des considérations de religion, de nation, de race, de parti ou de classe sociale, viennent s'interposer entre mon devoir et mon patient. Je garderai le respect absolu de la vie humaine, dès son commencement. Même sous la menace, je n'admettrai pas de faire usage de mes connaissances médicales contre les lois de l'humanité. Je fais ces promesses solennellement, librement, sur l'honneur". Em tradução portuguesa cedida à Escola Paulista de Medicina: "Ao ser admitido como membro da profissão médica: Comprometo-me solenemente a consagrar a minha vida ao serviço da humanidade. Dedicarei aos meus mestres o respeito e a gratidão a que fazem jus. Exercerei minha profissão com consciência e dignidade. A saúde do meu paciente constituirá minha principal preocupação. Respeitarei os segredos que me forem confiados. Manterei, por todos os meios ao meu alcance, a honra e as nobres tradições da profissão médica. Meus colegas serão meus irmãos. Não permitirei que questões de religião, nacionalidade, raça, política partidária ou situação social se interponham entre o meu dever e meu paciente. Conservarei o máximo respeito pela vida humana, desde sua concepção. Mesmo sob ameaça, não utilizarei meus conhecimentos médicos contra as leis da humanidade. Assumo esses compromissos, solenemente, livremente e por minha honra".

Em trabalho poético, Edmundo Vasconcelos propôs nova fórmula para o juramento, que vem sendo adotada pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo: "JURAMENTO DE HIPÓCRATES: JURO: Considerar os meus mestres igualmente a meus pais. Ensinar esta arte, generosamente, aos meus e aos seus filhos, considerando-os iguais a meus irmãos; bem como àqueles que se comprometerem a praticá-la, sujeitos a este juramento, e a nenhum outro em contrário. Aplicar o tratamento em benefício dos doentes de acordo com a minha capacidade e consciência, evitando-lhes qualquer malefício; mesmo sob injunção de quem quer que seja. Praticar jamais métodos que provoquem abortamento. Conservar a dignidade de minha vida e de minha arte. Entrar na intimidade dos doentes tão-só em seu benefício, sem corromper os costumes nem lhe causar ofensa ou dano. Guardar segredo do que quer que eu veja, ouça ou venha a conhecer no exercício da Medicina ou fora dele que não deva ser divulgado, considerando a discrição como um dever. Manter este compromisso até o limite das minhas forças. Se eu cumprir este juramento, e de forma alguma o violar, seja-me permitido desfrutar de minha vida e de minha arte, gozando, perenemente, fama e honra entre os homens. Se eu o transgredir ou perjurar, seja o contrário o meu destino"[355].

O novo Código de Ética Médica (CEM), em vigor desde março de 2010, preocupou-se em respeitar os princípios centenários do compromisso médico, absorvendo, porém, a modernização da medicina, a evolução das ciências da saúde e os novos ditames legais, incluindo as recentes resoluções do Conselho Federal de Medicina (notadamente a de n. 1.995 de 2012, que trata das diretivas antecipadas de vontade[356]). Impôs, assim, maior reconhecimento à autonomia dos pacientes, alertando os médicos para os conflitos de interesse e uma responsabilidade mais ampla face às novas técnicas em saúde e suas repercussões éticas.

Vale transcrever os incisos XXI e XXII do Preâmbulo:

"XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua

[355] Id., página 04.

[356] O conteúdo da resolução pode ser encontrado no *site* http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf, com acesso em 15 de julho de 2015.

atenção todos os cuidados paliativos apropriados"[357].

Evidente, portanto, que a preocupação médica está na cura e no salvamento da vida humana, mas atualmente com o reconhecimento da necessidade de respeito maior à autonomia do paciente e à sua dignidade humana.

Reconhecimento este prudente diante da evolução da técnica, a qual coloca à disposição do profissional da medicina muitos meios para a manutenção da vida, ainda que sem cura efetiva, com postergação do evento morte.

O médico, em consequência, no desempenho de sua função, é o primeiro a enfrentar o difícil dilema de interferir no processo de morte de seus pacientes.

Muitos médicos, fundados em seu compromisso com a vida, se posicionam no sentido de que não incumbe a eles determinar o momento da morte de seu paciente. Tal momento chegará naturalmente. A eles, impõe-se o acompanhamento da pessoa de modo adequado, minimizando o seu sofrimento. Em outros termos, ao se comprometerem com a vida, não podem induzir ou provocar morte.

Por outro lado, existem médicos cada vez mais sensíveis ao aspecto humano do tratamento e da finalidade de cura, a tornar necessária consideração das condições do paciente, de sua vontade e de sua dignidade. Neste contexto, qualquer medida médica ou tratamento que apenas prorrogue vida sem qualquer chance de cura refletiria pura vaidade médica.

Leloup, por ter funcionado como terapeuta em certos hospitais e outros estabelecimentos e ter presenciado tratamento a moribundos como objetos, tratamento a doenças e não doentes, com tendência de descarte de humanos como máquinas gastas e inúteis, também se preocupa com os excessos da ciência e da técnica, questionando se não estaríamos diante de sinal do fim de nossa humanidade, da perda do sentido do humano[358].

Jorge de Figueiredo Dias, por sua vez, esclarece que a ajuda à morte passiva, a qual compreende os casos em que uma omissão ou interrupção do tratamento determina um encurtamento do tempo de vida por forma tal que este deve considerar-se objetivamente imputável àquela, é a de mais difícil e questionável decisão, por ser constituída por aqueles casos de renúncias a medidas de prolongamento de vida sempre que o paciente não se encontra

[357] http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122, com acesso em 15 de julho de 2015.

[358] LELOUP, Jean-Yes. Op. cit. Além da luz e da sombra: sobre o viver, o morrer e o ser. Org. de Lise Mary Alves de Lima; tradução de Pierre Weil, Regina Fittipaldi. Petrópolis: editora Vozes, 9ª edição, 2011, página 13.

em condições de exprimir a sua vontade. Por isso e em estando em causa doentes inconscientes ou em estado análogo, relativamente aos quais o processo de morte já se iniciou, o médico tem o direito – e até mesmo o dever – de interromper medidas absolutamente inúteis do ponto de vista do tratamento e de uma salvação humanamente impossível, sem verdadeiramente ter de curar de qual seria a vontade hipotética do paciente se ele a pudesse exprimir[359].

Mais complexos, porém, são os casos em que o enfermo incapaz de exprimir a sua vontade não pode considerar-se um moribundo, antes pode viver ainda meses ou mesmo anos, mas perdeu de forma irrecuperável a consciência (casos de ajuda à morte em sentido amplo), como nas hipóteses de estado vegetativo permanente, em que o córtex cerebral entrou definitivamente em colapso, conservando-se, apesar de tudo, a função do tronco cerebral[360].

Segundo Marcos Duran, "no estágio atual do conhecimento, mesmo entendendo os princípios utilitaristas e altruístas (dar a vida ao outro através do transplante de órgãos), não é possível termos a certeza absoluta de morte no estado vegetativo persistente"[361].

Formam-se, como já visto, duas orientações opostas a respeito da questão: a primeira delas no sentido de que se mantenham os cuidados médicos até o limite das possibilidades técnicas, sendo considerada a interrupção do tratamento, ainda que se pudesse presumir como tal a vontade do paciente, um homicídio a pedido, punível na forma da lei. A segunda, concordando com a interrupção da assistência médica, sob o fundamento de que não seria razoável supor que o paciente desejasse continuar a sofrer.

Nesta fase, cabe um esclarecimento. Por meio deste estudo, busca-se apenas analisar as hipóteses de doença terminal ou em estágio avançado, sem prognóstico de cura, na medida em que ainda se mostra bastante prematura a defesa da autonomia plena no que diz respeito a um direito à vida digna (ou um direito à morte, quando a vida deixa de ser digna).

De fato, a vida é atualmente valor sagrado para a humanidade, o que se verifica com maior ênfase em países religiosos como o Brasil, motivo pelo qual a sua proteção reflete com primor a qualidade especial dos direitos da personalidade, enquanto poderes-deveres: ao mesmo passo em que conferem direitos, impõem obrigações, e não apenas a terceiros e ao Estado, mas

[359] DIAS, Jorge de Figueiredo. A "ajuda médica à morte": uma consideração jurídico-penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, volume 100, janeiro de 2013, página 15.
[360] Id.
[361] DURAN, Marcos. A morte e a ciência, *in* Morte: qual seu significado? Entre a medicina, a filosofia e a teologia. Organização de José Transferetti. Campinas: editora Alínea, 2007, página 18.

também ao próprio titular. Em outros termos, ainda se protege a vida mesmo quando o seu titular deseje a morte.

Vale notar que a própria identificação de doença incurável ou de doente em estágio terminal é também bastante complexa, na medida em que a tecnologia avançada é tão mutante que a descoberta da cura pode estar a pouco tempo de distância da tomada de decisão envolvendo o tratamento de um ser humano.

Luciana Dadalto indica, ademais, que "não há, na ciência médica, um conceito único do que seja um paciente terminal": "fala-se que 'paciente terminal é aquele cuja condição é irreversível, independente de ser tratado ou não, e que apresenta uma alta probabilidade de morrer num período relativamente curto de tempo' (KNOBEL; SILVA, 2002, p. 133). Ou, ainda, que é aquele 'que se torna irrecuperável' e caminha para a morte, sem que se consiga reverter esse caminhar' (GUTIERREZ, 2001, p. 92). Ascensão (2008) afirma que a situação do paciente terminal é aquele diagnosticado como doente sem probabilidade de recuperação. Oportuno ressaltar que paciente em estado terminal e estado vegetativo persistente (EVP) são quadros clínicos distintos, vez que se no primeiro a morte é iminente e só pode ser detida por aparelhos, no segundo a vida do paciente pode ser prolongada por um período indefinido, utilizando-se apenas hidratação e alimentação"[362].

O fato é que a realidade em que vivemos não autoriza mais que se desconsidere a vontade e a autonomia do paciente, justamente por respeito à sua dignidade, o que, por sinal, já foi reconhecido pelo Código de Ética Médica e pela Resolução do Conselho Federal de

[362] PENALVA, Luciana Dadalto. Op. cit. Declaração Prévia de Vontade do Paciente Terminal. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito Privado. Orientador: Professor-Doutor Walsir Edson Rodrigues Júnior. Belo Horizonte,
2009 (*in* http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PenalvaLD_1.pdf, com acesso em 28 de julho de 2015), a página 28. A doutrinadora aponta, ainda, que "nos mais recentes estudos sobre o tema, o termo "paciente terminal" está sendo substituído pela expressão "pacientes fora de possibilidades terapêuticas atuais". Isso porque entende-se que rotular o paciente como terminal ocasiona problemas para o próprio paciente, para sua família e para os médicos. "O problema deste rótulo é a estigmatização do paciente, que vê-se (sic) inserido naquela situação em que se diz: 'não há mais nada a fazer', e em que a morte é iminente. Esta situação pode provocar uma série de outros problemas, num efeito halo. O conhecimento do fato de que se trata de uma doença terminal desencadeia no paciente, em sua família e na equipe de saúde aspectos importantes a ser considerados. Existe um mito responsável por um dos grandes medos do século atual, que é o sofrimento na hora da morte. Há uma crença de que o processo de morte é sempre acompanhado de dor e sofrimento insuportáveis. Esta situação faz com que muitas pessoas se afastem de pacientes gravemente enfermos temendo se 'contagiar' com o sofrimento, que percebem e contra o qual sentem que nada podem fazer. [...] Os nossos hospitais estão mais aparelhados para intervir em situações em que há uma possibilidade de cura do que naquelas, em que um cuidado mais voltado para as atividades cotidianas de higiene e alimentação se faz necessário (KOVÁCS, 1998, p. 63-64)".

Medicina n. 1.995 de 2012.

Existem, outrossim, outros dispositivos legais que prescrevem maior consideração da vontade do doente, com ênfase ao seu direito de consentimento esclarecido.

A Lei dos Transplantes, n. 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, está permeada pelo prestígio à autonomia da vontade e ao consentimento informado, exigindo autorização do doador ou de sua família para a doação de partes do corpo, como fim de transplante, bem como do recebedor ou de seu representante legal, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento (artigos 4º, 5º, 9º e seus parágrafos, 9º-A e 10, *caput*, e parágrafo 1º)[363].

A Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, conhecida como o Estatuto do Idoso, estabelece, seu artigo 17, que, ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais, é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável.

Não estando o idoso em condições de proceder à opção, esta será feita (parágrafo único):

---

[363] Lei de Transplantes, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm, com acesso em 18 de novembro de 2015:
Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.
Art. 5º A remoção *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa juridicamente incapaz poderá ser feita desde que permitida expressamente por ambos os pais, ou por seus responsáveis legais.
Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.
§ 3º Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.
§ 4º O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada.
§ 5º A doação poderá ser revogada pelo doador ou pelos responsáveis legais a qualquer momento antes de sua concretização.
§ 6º O indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco para a sua saúde.
§ 7º É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto.
§ 8º O auto-transplante depende apenas do consentimento do próprio indivíduo, registrado em seu prontuário médico ou, se ele for juridicamente incapaz, de um de seus pais ou responsáveis legais.
Art. 9º-A É garantido a toda mulher o acesso a informações sobre as possibilidades e os benefícios da doação voluntária de sangue do cordão umbilical e placentário durante o período de consultas pré-natais e no momento da realização do parto.

I – pelo curador, quando o idoso for interditado;

II – pelos familiares, quando o idoso não tiver curador ou este não puder ser contactado em tempo hábil;

III – pelo médico, quando ocorrer iminente risco de vida e não houver tempo hábil para consulta a curador ou familiar;

IV – pelo próprio médico, quando não houver curador ou familiar conhecido, caso em que deverá comunicar o fato ao Ministério Público[364].

A Portaria n. 1.820/09, do Ministério da Saúde, que dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde, estabelece, por sua vez, em seus artigos 3º e 4º, que toda pessoa tem direito a tratamento adequado, humanizado, acolhedor e no tempo certo, realizado por profissionais qualificados, em ambiente limpo, confortável e acessível a todos, sendo que o inciso XI, do referido artigo 4º, garante expressamente o direito à escolha de alternativa de tratamento, quando houver, e à consideração da recusa de tratamento proposto. Já seu artigo 5º prevê respeito aos valores, à cultura e aos direitos da pessoa em sua relação com os serviços de saúde, ficando garantido o consentimento livre, voluntário e esclarecido, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde pública, considerando que o consentimento anteriormente dado poderá ser revogado a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que sejam imputadas à pessoa sanções morais, financeiras ou legais[365].

A Carta dos Direitos e Deveres dos Usuários da Saúde[366], de 2011, prescreve, em seu artigo 5º, que toda pessoa deve ter seus valores, cultura e direitos respeitados na relação com os serviços de saúde, garantindo-lhe:

(...)

II – o sigilo e a confidencialidade de todas as informações pessoais, mesmo após a morte, salvo nos casos de risco à saúde pública;

III – o acesso da pessoa ao conteúdo do seu prontuário ou de pessoa por ele autorizada e a garantia de envio e fornecimento de cópia, em caso de encaminhamento a outro serviço ou

[364] Estatuto do Idoso, disponível em http://www.planalto.gov.br/cCivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm, com acesso em 18 de novembro de 2015.
[365] Portaria n. 1.820/2009, do Ministério da Saúde, disponível em , com acesso em 18 de novembro de 2015.
[366] Carta dos Direitos e Deveres dos Usuários da Saúde disponível em http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/livros/AF_Carta_Usuarios_Saude_site.pdf, com acesso em 18 de novembro de 2015.

mudança de domicilio;

IV – a obtenção de laudo, relatório e atestado médico, sempre que justificado por sua situação de saúde;

V – o consentimento livre, voluntário e esclarecido a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde pública, considerando que o consentimento anteriormente dado poderá ser revogado a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que sejam imputadas à pessoa sanções morais, financeiras ou legais;

(...)

VII – a indicação, de sua livre escolha, a quem confiará a tomada de decisões para a eventualidade de tornar-se incapaz de exercer sua autonomia;

(...)

IX – a liberdade, em qualquer fase do tratamento, de procurar uma segunda opinião, ou o parecer de outro profissional ou serviço sobre seu estado de saúde, ou sobre procedimentos recomendados (...).

No Estado de São Paulo, por sinal, a Lei Mário Covas, de n. 10.241/99, que dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços de saúde, permite ao paciente recusar tratamentos extravagantes ou dolorosos de manutenção da vida[367].

Referida lei não teve sua constitucionalidade questionada e encontra-se em pleno vigor. Vale registrar que foi utilizada pelo próprio governador Mário Covas, o qual se recusou ao prolongamento artificial de sua vida (entrada na UTI). Outro caso mundialmente conhecido é o do Papa João Paulo II, que preferiu morrer em seus aposentos, abandonando o tratamento de sua doença[368].

Já é tempo, portanto, que o médico se adapte à nova realidade e tente balizar a sua prática profissional aos ditames do exigido pela sociedade e pela legislação em vigor.

José Henrique Rodrigues Torres bem sinaliza que "a luta contra a morte, obstinada e

[367] Lei n. 10.241/99, artigo 2º - São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo: (...)VII - consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados; (...)XX - receber ou recusar assistência moral, psicológica, social ou religiosa; (...)XXIII - recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida (*in* http://www.portalmedico.org.br/artigos/artigo.asp?id=364, com acesso em 04 de novembro de 2015).

[368] *In* Decisão nas mãos do paciente, por Paulo de Tarso Lyra, publicado no Jornal do Brasil/RJ, em 08 de abril de 2005 (http://www.portalmedico.org.br/artigos/artigo.asp?id=364, com acesso em 04 de novembro de 2015).

sem limites, em quaisquer circunstâncias, em especial nos casos de doentes terminais, não pode mais ser considerada como um dever absoluto dos médicos, que, antes, devem compreender a dimensão da existência e dignidade humana, diante dos limites da medicina e da ciência. A morte não é o resultado do fracasso da medicina. A obstinação terapêutica não pode ser justificada pela onipotência daqueles que acreditam ser possível vencer a morte ou que praticam uma medicina defensiva, adotando recursos inúteis com o objetivo de fazer prova de uma boa atuação profissional, diante do infundado temor da responsabilização civil ou criminal."[369].

E continua Torres: "Deixar morrer, pois, diante da impossibilidade terapêutica de cura e da inexistência de dever de manter procedimentos inócuos, não é matar. Aliás, o Papa João Paulo II, aceitando a condição humana diante da morte, reconheceu que 'distinta da eutanásia é a decisão de renunciar ao chamado excesso terapêutico'. Fausto, da grande tragédia de Marlowe, do poema épico de Goethe, não suportando a suspensão da vida, descobriu a necessidade de compreender a luz e a sombra para encontrar a paz interior, o que permitiu que a sua alma escapasse do poder de Mefistófeles e fosse transportada para as 'esferas celestiais'. Eis um grande desafio para os médicos: admitir a impotência da medicina diante da inexorabilidade da morte e, assim, saber conduzir os doentes terminais, como Caronte, até o mundo dos mortos, cuidando deles, com resignação e com respeito à sua dignidade humana, certos de que não estarão praticando nenhuma conduta ilícita, e muito menos criminosa, ao suspender tratamentos inúteis e gravosos, nos exatos termos da Resolução 1.805/06 do CFM"[370].

No mesmo sentido, se manifesta o promotor de justiça Diaulas Costa Ribeiro: "as relações de saúde, construídas sob o modelo paternalista, foram diretamente afetadas pelo princípio da autonomia. No Brasil, a mudança ainda não está consolidada, mas há sinais indicativos da substituição do paternalismo pelo consentimento livre e esclarecido. Fala-se, hoje, em *empowerment health*, apoderamento sobre a saúde, ou seja, o paciente conquistou o poder de tomar decisões sobre sua saúde e sua vida; de sujeito passivo passou a titular do direito. O profissional de saúde, o médico por todos, de sujeito ativo passou a titular de uma obrigação. Antes soberano para tomar decisões clínicas, passou a conselheiro, num diálogo franco com o paciente, titular do direito de tomá-las mediante esclarecimento que lhe é devido pelo

[369] TORRES, José Henrique Rodrigues. Deixar morrer é matar? Revista Ser Médico, Cremesp, n. 43, abril a junho de 2008, página 15.
[370] Id.

profissional" [371].

E prossegue Ribeiro: "a nossa legislação já contempla o respeito à autonomia do paciente. Mas o Novo Código Civil brasileiro, com suas três décadas de gestação, ainda usa expressões paternalistas, demonstrando que não foi assimilado o "neologismo". Confira-se o art. 13, que diz: "salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes". Não existe mais exigência médica. A autonomia deu lugar à indicação, à recomendação, à prescrição, afastando a exigência, a ordem. No art. 15, ocorreu o mesmo: "ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica", permitindo-se concluir que há obrigação de aceitar tratamento ou cirurgia sem risco de vida, o que seria, hoje, um contra-senso ético e jurídico. A leitura desse artigo "conforme a Constituição" deve ser: ninguém, nem com risco de vida, será constrangido a tratamento ou a intervenção cirúrgica, em respeito à sua autonomia, um destacado direito desta Era dos Direitos"[372].

Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos ressalta que o ser humano pode ter mais de uma morte: a denominada morte biológica e a morte jurídica, assim como o início da vida pode não necessariamente corresponder ao início da pessoa. Isto porque se trata de um fenômeno complexo, analisável sob diferentes ângulos: como fenômeno social, histórico, biológico, antropológico, bioético, religioso, cultural, médico e legal. Na Hermenêutica Jurídica, portanto, o conceito de morte é um *conceito aberto*, assim considerado porque seus elementos constitutivos são dados pela ciência médica, mas sua interpretação é jurídica[373].

Vale lembrar aqui dos direitos acessórios de Menezes Cordeiro, que rodeiam os direitos da personalidade, com finalidade de assegurar a sua integridade e manter os seus bens dentro de um aproveitamento médico. Consubstanciam-se, por exemplo, na "teia de deveres de informação que precedem o ato médico", o qual, "por definição, pode atingir bens de personalidade, com destaque para a integridade física e moral do paciente"[374].

---

[371] RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. Rio de Janeiro: Cadernos de Saúde Pública, volume 22, número 8, agosto de 2006.
[372] Id.
[373] SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Op. cit. Conceito Médico-Forense de Morte. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 92, 1997, 341-380, páginas 343 a 345.
[374] CORDEIRO, António Menezes. Op. cit. Tratado de Direito Civil IV. Parte Geral: Pessoas. Coimbra: editora Almedina, 3ª edição, 2011, páginas 124 a 125.

Em outros termos, a relação médica alcança, por vezes, os direitos da personalidade do paciente, pelo que de vital importância o respeito aos princípios e normas éticos e jurídicos que permeiam tal relação, inclusive no que diz respeito "aos princípios bioéticos de autonomia (externado pelo consentimento livre e esclarecido), beneficência, não maleficência e justiça", com observação do melhor cuidado ao doente e sua intrínseca dignidade[375], inclusive no que diz respeito à determinação do tipo de tratamento a ser seguido e à própria definição do momento da morte.

Os contornos desta nova realidade e a densidade da relação médico-paciente, tanto na sua conformação como na potencialidade de seus efeitos e consequências, confirmam a necessidade de regulamentação adequada da matéria em nossa legislação civil, para afastamento de qualquer dúvida ou questionamento.

Enfrentemos, portanto, a morte em termos jurídicos, oportunidade em que discutiremos se necessária a delimitação de seu conceito em lei.

III.a.1.3. A morte juridicamente considerada.

Interessa-nos o sentido jurídico, na medida em que a morte, assim como o nascimento, é um fato jurídico, ou seja, uma ocorrência da vida real que não decorre necessariamente da vontade humana e ainda assim produz efeitos de ordem jurídica, pois desencadeia uma série de consequências para o Direito, como a extinção da personalidade jurídica, a abertura da sucessão e a transmissão dos bens aos herdeiros e legatários (artigo 1.784 do Código Civil), bem como a autorização para transplante de partes do corpo humano (Lei n. 9.434/97).

[375] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A responsabilidade civil na relação dos profissionais da área da saúde e paciente. *In* Direitos do Paciente, com coordenação de Álvaro Villaça Azevedo e Wilson Ricardo Ligiera. São Paulo: editora Saraiva, 2012, páginas 511 a 551, a página 512. Em seu livro Curso de Bioética e Biodireito (Op. cit., páginas 18 a 20), Adriana Maluf destaca os seguintes princípios do Biodireito: a) princípio da autonomia, relacionado à autoadministração do homem, notadamente no que diz respeito às decisões sobre os tratamentos médicos e experimentação científica aos quais será submetido; b) princípio da beneficência, ligado ao bem-estar do paciente, de modo que toda a intervenção médica deverá levar em conta esta condição, assim como toda pesquisa médica deverá estar pautada na ética; c) princípio da sacralidade da vida (artigo 5º da Constituição Federal); d) princípio da dignidade humana; e) princípio da justiça, que se refere à imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios de todos os envolvidos na pesquisa médica e nas práticas médicas; e) princípio da cooperação entre os povos; f) princípio da precaução, que envolve cuidados antecipados às práticas médicas e biotecnológicas, de modo a se evitarem danos aos seres humanos, às espécies e ao meio ambiente; g) princípio da ubiquidade, o qual tem por valor principal a proteção da espécie, do meio ambiente, da biodiversidade e do patrimônio genético.

Desta forma, regulamentar com precisão e segurança o momento exato da morte é de extrema relevância para os operadores do Direito.

Ab initio, é possível afirmar que a morte é fenômeno que pode ser identificado como um termo, uma vez que se trata de evento futuro e certo, ainda que o seu momento exato de ocorrência seja indeterminado (artigos 121 a 137 do Código Civil).

Há que se observar, em seguida, que, em termos técnicos (e também filosóficos), o conceito de morte não se confunde com os critérios que servem para identificá-la. Estes são formulações que estabelecem condições pelas quais todas as hipóteses de morte podem ser rapidamente definidas. Tais critérios não possuem definição, mas grande utilidade prática, ajudando médicos e juristas a identificar quando a morte ocorre[376].

Nos Estados Unidos, em definição da 4ª edição do Black's Law Dictionary (1968), morte seria, em tradução livre, "a cessação da vida; o cessar do existir, definido por médicos como a total parada da circulação sanguínea e a cessação das funções animais e vitais correlatas, como respiração, pulsação, etc"[377].

Entretanto, já em 1968, notadamente após o primeiro transplante de coração feito em 03 de dezembro de 1967, na África do Sul, por Christiaan Barnard[378], a comunidade médica americana discutia um novo critério para a morte, o estado de coma irreversível, em virtude de duas razões principais: "(1) O desenvolvimento das técnicas de ressuscitação e suporte permitiu maiores esforços para salvar aqueles que estão severamente machucados. Algumas vezes, estes esforços possuem resultados parciais, de forma que o coração da pessoa continua a bater, mas seu cérebro está irreversivelmente avariado. A provação é grande para os pacientes que sofreram dano intelectual permanente ou para suas famílias, para o hospital ou para aqueles que necessitam dos leitos hospitalares que já estão ocupados por tais pacientes em coma. (2) Um critério obsoleto para a definição de morte pode obstacularizar a obtenção de órgãos para transplante"[379].

---

[376] Stanford Encyclopedia of Philosophy (in http://plato.stanford.edu/entries/death/, com acesso em 14 de abril de 2015).

[377] "The cessation of life, the ceasing to exist, defined by physicians as a total stoppage of the circulation of the blood, and a cessation of the animal and vital functions consequent thereupon, such as respiration, pulsation, etc".

[378] Sobre a cirurgia, matéria foi publicada no s*ite* da TV Cultura - http://tvcultura.cmais.com.br/aloescola/historia/cenasdoseculo/internacionais/transplantecardiaco-primeiro.htm, com acesso em 10 de abril de 2015.

[379] Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death, Journal of the American Medical Association, August 1968 (*in*

Em 1981, estudos de uma comissão presidencial foram feitos para a proposição de critérios unificados visando à definição da morte, que passaram a ser adotados pelos estados da federação americana: "um indivíduo que apresente a cessação irreversível das funções circulatórias e respiratórias ou cessação irreversível de todas as funções do cérebro inteiro, incluindo o tronco cerebral, está morto. A determinação da morte deve ser feita de acordo com os padrões médicos aceitos". No relatório, a comissão registrou, ainda, a evolução do conceito de morte aplicado pelas cortes judiciais americanas: da morte enquanto cessação permanente de todos os sistemas vitais (State v. Johnson, 395 N.E. 2d. 368, 371-72 - Ohio 1977) para o critério da morte cerebral (People v. Olson, 377 N.E.2d 371 - Ill. 1978; State v. Fierro, 124 Ariz. 182,603 P.2d 74 – 1979; State v. Brown, 8 Or. App. 72,491 P.2d 1193 – 1971; People v. Saldana, 47 Cal. App. 3d 954, 121 Cal. Rptr. 243 - 1975), com indicação de casos vulgados por Cortes Supremas (Commonwealth v. Golston, 373 Mass. 249,366 N.E.2d 744 (1977), cert. denied, 434 U.S. 1039 – 1978; Lovato v. District Court, 601 P.2d 1072 - Colo. 1979; Tucker v. Lower, No. 2831 - Richmond, Va. L. & Eq. Ct., May 23, 1972), e especificação do tratamento legal oferecido por Estados Americanos e outros países[380].

No Reino Unido, por exemplo, o critério aceito é o da morte da base do cérebro ou a morte funcional permanente da base do cérebro[381].

"Na Alemanha, o 'Bundesärztekammer' durante muitos anos aceitou o conceito de morte encefálica como morte do homem e publicou regras de trabalho com este conceito; agora, aceita o conceito biológico ao invés do conceito antropológico de morte encefálica para a morte do homem. A Itália identifica a morte encefálica como a morte do homem"[382].

O Código Civil Brasileiro de 2002 em nada inovou quanto ao assunto, já que continuou

---

http://jama.jamanetwork.com/article.aspx?articleid=340177, em 06.04.2015): "(1) Improvements in resuscitative and supportive measures have led to increased efforts to save those who are desperately injured. Sometimes these efforts have only partial success so that the result is an individual whose heart continues to beat but whose brain is irreversibly damaged. The burden is great on patients who suffer permanent loss of intellect, on their families, on the hospitals and on those in need of hospital beds already occupied by these comatose patients. (2) Obsolete criteria for the definition of death can lead to controversy in obtaining organs for transplantation".

[380] President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine, Defining Death, Washington DC, 1981: "An individual who has sustained either irreversible cessation of circulatory and respiratory functions, or irreversible cessation of all functions of the entire brain, including the brain stem, is dead. The determination of death must be made in accordance with accepted medical standards".
(https://scholarworks.iupui.edu/bitstream/handle/1805/707/Defininig%20death%20-%201981.pdf?sequence=1&isAllowed=y, em 06.02.2015).

[381] Stanford Encyclopedia of Philosophy (*in* http://plato.stanford.edu/entries/death/, em 15.04.205).

[382] SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Op. cit. Conceito Médico-Forense de Morte. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 92, 1997, 341-380, a página 367.

a tratar apenas dos efeitos da morte em três artigos, sem apontar os seus contornos identificadores nem o seu tempo[383]. Em outros termos, assim como já se verificara no Código Civil de 1916, o legislador pátrio não definiu um critério jurídico de morte.

A Lei n. 9.434/97[384], por sua vez, positivou um critério para sua determinação: a morte encefálica, mas com uma finalidade bastante específica – a remoção de partes do corpo humano destinadas a transplante ou tratamento:

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

No mesmo ano de 1997, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução n. 1.480, definindo critérios técnicos para o diagnóstico da morte encefálica.

Após considerar a competência determinada pela Lei n. 9.434/97 e a necessidade de adoção de critérios para constatar, de modo indiscutível, a ocorrência da morte, e também reconhecendo que a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica internacional, notadamente face ao ônus psicológico e material causado pelo prolongamento do uso de recursos extraordinários para o suporte de funções vegetativas em pacientes com parada total e irreversível da atividade encefálica, a tornar imprescindível judiciosa indicação para a interrupção do emprego desses recursos, ainda que não exista consenso sobre a aplicabilidade de tais critérios em crianças menores de sete dias e prematuros[385], a entidade médica estabeleceu

[383] Artigo 6º: A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

Artigo 7º: Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra. Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

Artigo 8º: Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos.

[384] O conteúdo integral desta lei está no *site*: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm, com acesso em 10 de abril de 2015.

[385] Vale registrar que a Holanda desenvolveu um protocolo para orientar o procedimento médico de eutanásia em recém-nascidos gravemente doentes, autorizado legalmente. Por meio do procedimento adequado, o qual envolve a participação da família e dos próximos do doente, observa-se a regra técnica (análise dos recém-nascidos dentro de três classes diferenciadas), documentando-se as medidas tomadas, ao lado da decisão adotada, e possibilitando-se o

que:

"Art. 1º. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.

Art. 2º. Os dados clínicos e complementares observados quando da caracterização da morte encefálica deverão ser registrados no "termo de declaração de morte encefálica" anexo a esta Resolução.

Parágrafo único. As instituições hospitalares poderão fazer acréscimos ao presente termo, que deverão ser aprovados pelos Conselhos Regionais de Medicina da sua jurisdição, sendo vedada a supressão de qualquer de seus itens.

Art. 3º. A morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida.

Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apneia.

---

controle pelos órgãos competentes. "In the Netherlands, as in all other countries, ending someone's life, except in extreme conditions, is considered murder. A life of suffering that cannot be alleviated by any means might be considered one of these extreme conditions. Legal control over euthanasia in newborns is based on physicians' own reports, followed by assessment by criminal prosecutors. To provide all the information needed for assessment and to prevent interrogations by police officers, we developed a protocol, known as the Groningen protocol, for cases in which a decision is made to actively end the life of a newborn… Deciding not to initiate or to withdraw life-prolonging treatment in newborns with no chance of survival is considered good practice for physicians in Europe and is acceptable for physicians in the United States. Most such infants die immediately after treatment has been discontinued. Neonatologists in the Netherlands and the majority of neonatologists in Europe are convinced that intensive care treatment is not a goal in itself. Its aim is not only survival of the infant, but also an acceptable quality of life. Forgoing or not initiating life-sustaining treatment in children in the second group is acceptable to these neonatologists if both the medical team and the parents are convinced that treatment is not in the best interest of the child because the outlook is extremely poor". Em tradução livre: "Na Holanda, assim como em todos os demais países, terminar a vida de alguém, salvo casos extremos, é considerado homicídio. Uma vida de sofrimento que não pode ser aliviada por qualquer meio pode ser considerada como de caso extremo. O controle legal sobre a eutanásia em recém-nascidos é baseado apenas no próprio relatório dos médicos, acompanhado por análise de promotores criminais. Para providenciar toda a informação necessária à avaliação criminal e para evitar interrogatório pelos policiais, desenvolvemos um protocolo, conhecido como o protocolo Groningen, para casos em que a decisão é feita para ativamente encerrar a vida de um recém-nascido. A Decisão por não iniciar ou retirar o tratamento de prolongamento de vida em recém-nascidos sem chance de sobrevivência é considerada boa prática por médicos na Europa e é aceita por médicos americanos. A maioria de tais crianças morre imediatamente após o tratamento ser interrompido. Pediatras na Holanda e a maioria dos pediatras europeus estão convencidos de que o tratamento intensivo não é um objetivo em si mesmo. Ele objetiva não apenas manter vivo o infante, mas também garantir a ele uma qualidade de vida aceitável. Renunciar ou não iniciar o tratamento de suporte de vida em crianças do segundo grupo é aceitável para tais pediatras se tanto o corpo médico como os parentes estão convencidos de que o tratamento não é do melhor interesse da criança em virtude da gravidade de seu caso" (The Groningen Protocol — Euthanasia in Severely Ill Newborns, por Eduard Verhagen, M.D., J.D., and Pieter J.J. Sauer, M.D., Ph.D. The New England Journal of Medicine, março de 2005, *in* http://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMp058026, com acesso em 20 de janeiro de 2016).

Art. 5º. Os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização da morte encefálica serão definidos por faixa etária, conforme abaixo especificado:

a) de 7 dias a 2 meses incompletos - 48 horas

b) de 2 meses a 1 ano incompleto - 24 horas

c) de 1 ano a 2 anos incompletos - 12 horas

d) acima de 2 anos - 6 horas

Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca:

a) ausência de atividade elétrica cerebral ou,

b) ausência de atividade metabólica cerebral ou,

c) ausência de perfusão sangüínea cerebral.

Art. 7º. Os exames complementares serão utilizados por faixa etária, conforme abaixo especificado:

a) acima de 2 anos - um dos exames citados no Art. 6º, alíneas "a", "b" e "c";

b) de 1 a 2 anos incompletos: um dos exames citados no Art. 6º , alíneas "a", "b" e "c". Quando optar-se por eletroencefalograma, serão necessários 2 exames com intervalo de 12 horas entre um e outro;

c) de 2 meses a 1 ano incompleto - 2 eletroencefalogramas com intervalo de 24 horas entre um e outro;

d) de 7 dias a 2 meses incompletos - 2 eletroencefalogramas com intervalo de 48 horas entre um e outro.

Art. 8º. O Termo de Declaração de Morte Encefálica, devidamente preenchido e assinado, e os exames complementares utilizados para diagnóstico da morte encefálica deverão ser arquivados no próprio prontuário do paciente.

Art. 9º. Constatada e documentada a morte encefálica, deverá o Diretor-Clínico da instituição hospitalar, ou quem for delegado, comunicar tal fato aos responsáveis legais do paciente, se houver, e à Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos a que estiver vinculada a unidade hospitalar onde o mesmo se encontrava internado"[386].

[386] Resolução do CFM n. 1.480/97 *in* http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm, com acesso em 10 de abril de 2015. Vale registrar que, em 1968, o Conselho das Organizações Internacionais de

Vê-se, portanto, que o conceito jurídico de morte se modificou ao longo dos tempos. Morrer era simplesmente parar de respirar e, o coração, de bater.

Ou seja, até a década de 1960, os critérios utilizados para a identificação do momento da morte foram a cessação dos batimentos cardíacos, a parada respiratória, a rigidez cadavérica e a hipotermia. Entretanto, os progressos médicos na área de reanimação cardíaca e na manutenção artificial da vida, bem como o êxito nos primeiros transplantes de órgãos, conduziram à revisão de tais critérios[387].

Tais novos critérios, posteriormente, foram sendo agregados, os quais, no ver de José Renato Nalini, trouxeram complicação necessária: "A ciência resolveu complicar. E a complicação não se faz sem motivo. A primeira ideia é a de que o conceito âncora não é mais a imobilidade, mas é a chamada morte encefálica. Esta não é comprovada apenas pelo médico que acompanha o paciente, mas por uma junta. Exames médicos são exigidos, como o eletroencefalograma, que não mais registrará atividades cerebrais, além de exames neurológicos. A morte encefálica passa a ser considerada o parâmetro confiável, a partir do protocolo de Harvard e tem uma utilidade. Propicia a eficiência do transplante de órgãos. A pessoa ainda tem atividade biológica, mas não encefálica. Por conta disso, mantidas artificialmente estas atividades, permite-se a realização do transplante"[388].

No mesmo sentido, Adriana Dabus Maluf explica que "o sistema nervoso humano inclui o sistema nervoso central, formado pelo tronco cerebral (medula espinal), telencéfalo

---

Ciências Médicas (CIOMS), vinculado à Organização Mundial da Saúde (OMS) e à UNESCO, já havia se reunido em Genebra, e estabelecido critérios sobre morte cerebral, os quais foram aprovados por unanimidade, em declaração conjunta por todos os países presentes, com a finalidade de fixar o que se deve entender por morte do doador, em caso de transplantes: 1) perda de todo sentido ambiente; 2) debilidade total dos músculos; 3) paralisação espontânea da respiração; 4) colapso da pressão sanguínea no momento em que deixa de ser mantida artificialmente; 5) traçado absoluto linear de eletroencefalograma (GOGLIANO, Daisy. Pacientes Terminais – Morte Encefálica. Revista Bioética, disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/493/310, com acesso em 11 de novembro de 2015).

[387] STANCIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira; RIBEIRO, Daniel Mendes; LARA, Mariana Alves. O Sistema Nacional de Transplantes: saúde e autonomia em discussão. Revista de Direito Sanitário, volume 11, novembro de 2010/fevereiro de 2011, páginas 123 a 154, a página 138.

[388] NALINI, José Renato Nalini. Op. cit. Reflexões jurídico-filosóficas sobre a morte: pronto para partir? São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011, página 24. Note-se que mesmo quando há parada total e irreversível das funções do encéfalo, em se mantendo a ventilação artificial, o coração ainda pode bater por um período de até 72 horas em um adulto, ou ainda por mais tempo em uma criança, diante da maior juventude do músculo cardíaco. Com o sangue circulando, o rim ainda funciona, o pulmão faz trocas gasosas em seus alvéolos e diversos outros órgãos do corpo mantêm suas funções por períodos variáveis de tempo, a depender das condições clínicas. O corpo, portanto, pode se manter biologicamente vivo, ainda que morto o encéfalo (Morto, mas com o coração batendo?, por Circe Bonatelli, *in* http://www.usp.br/espacoaberto/arquivo/2007/espaco80jun/0capab.htm, com acesso em 10 de abril de 2015).

(cérebro) e cerebelo; os nervos periféricos e os nervos autônomos e gânglios... O tronco cerebral é a parte do encéfalo que está em contato com a medula espinhal, o que denota que se localiza na parte posterior do encéfalo. É responsável pelas funções básicas do indivíduo, como respiração, batimentos cardíacos e pressão arterial. A parte que envolve o tronco cerebral é chamada de cerebelo e localiza-se na porção posterior do cérebro. É responsável pelos movimentos (atividade motora) e pelo equilíbrio do indivíduo. O encéfalo pode ainda ser dividido em telencéfalo ou cérebro, que preenche, juntamente com o diencéfalo, quase toda a cavidade craniana. É dividido em duas partes iguais, chamadas de hemisférios cerebrais: o direito e o esquerdo. Suas funções básicas são: coordenação dos movimentos e dos sentidos, o raciocínio, as emoções e a aprendizagem. Das funções citadas, é importada destacar que as funções que integram a capacidades cognitivas, ou seja, as funções que fazem de um indivíduo um ser consciente, são desenvolvidas em uma parte muito especial do cérebro: o córtex cerebral (este se encontra na parte externa do cérebro, com cerca de seis milímetros de espessura, e possui coloração acinzentada, chamada substância cinzenta)" [389].

"Verifica-se, portanto, que o encéfalo controla a vida do indivíduo e que sem seu funcionamento perfeito várias funções podem restar comprometidas, influenciando significativamente, por via de consequência, as interações do indivíduo, bem como determinando-lhe a existência da própria vida" [390].

Adriana Maluf ressalva, porém, que a morte encefálica ocorre com a morte das células do sistema nervoso central e a parada das funções vitais. Entretanto, a função que orienta os batimentos cardíacos pode permanecer, já que o coração tem um sistema de controle diverso[391]. Ou seja, como o coração é dotado de certo automatismo, pode continuar batendo mesmo em paciente com diagnóstico de morte encefálica.

A questão objetivamente posta, como se vê, parece bastante simples.

Na prática, porém, implica inúmeros problemas.

O primeiro deles está na resistência oposta por alguns profissionais médicos, para quem devem ser empregados todos os meios disponíveis na tentativa de manutenção ou prorrogação da vida, ainda que em desfavor da dignidade do paciente, como já visto.

---

[389] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de Bioética e Biodireito. São Paulo: editora Atlas, 2ª edição, 2013, páginas 184 e 185.
[390] Id.
[391] Id., páginas 188 a 193 e 425 a 426.

O segundo deles está na dificuldade de determinação do momento exato da morte, ao lado dos custos e do trabalho da verificação da morte encefálica.

De fato, além de longos e dispendiosos os passos positivados pela Resolução n. 1.480/97 para a constatação da morte encefálica, como registrado acima, aqueles impõem riscos. Nenhum processo tecnológico isolado, em verdade, mostrou-se integralmente satisfatório para o diagnóstico da morte encefálica[392].

Maria Helena Diniz observa que o diagnóstico da morte encefálica exige teste de apneia, o que pode comprometer irreversivelmente a circulação de sangue ao cérebro, induzindo o paciente à morte, quando deveria apenas diagnosticá-la, e trazer prejuízo a futura tentativa de transplante. Além disso, há casos de recuperação total de pessoas tidas como mortas com base nos atuais critérios de morte encefálica, pela aplicação de tratamento por hipotermia (redução da temperatura do corpo humano de 37 para 33 ou 34º C, pelo período de 12 a 24 horas, a fim de normalizar a pressão no interior do crânio, impedindo que tal elevação faça cessar a circulação cerebral, com redução do edema cerebral e paralisando as reações químicas que levam as células nervosas à morte. Referida técnica pode salvar mais de 70% de pessoas tidas como mortas segundo os atuais critérios de diagnóstico de morte encefálica). Assim, o não uso dessa terapêutica, quando a alternativa oferecida é o teste de apneia para beneficiar possíveis receptores de órgãos e tecidos, configuraria crime de omissão de socorro[393].

Em consequência, o que se vê, na realidade, é a preocupação com a constatação da morte encefálica apenas nas hipóteses em que possível a realização de transplante e justamente para que não haja perda dos órgãos ou partes do corpo humano disponíveis para tanto.

Nos demais casos, a tendência é de se constatar a morte pelo parâmetro antigo, de parada cardio-respiratória[394].

Segue em aberto para o conhecimento humano, portanto, o momento exato da morte. Ela se dá verdadeiramente quando a pessoa para de respirar e o coração para de bater ou quando

---

[392] GOGLIANO, Daisy. Pacientes Terminais – Morte Encefálica. Revista Bioética, disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/493/310, com acesso em 03 de dezembro de 2015.

[393] DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. São Paulo: editora Saraiva, 9ª edição, 2014, páginas 430 a 431.

[394] O que pode, por sinal, trazer sérios problemas jurídicos fora do campo em debate. Ora, caso não seja observado o protocolo da morte encefálica e se registre como tempo de óbito o da parada cardíaca (ou respiratória), questionamento poderá ser feito para fins de sucessão hereditária. Até mesmo discussão quanto às despesas médicas devidas ou quanto ao financiamento da assistência médico-hospitalar se torna possível.

o eletrocardiograma já não mostra mais ondas cerebrais?

Vale consignar, ainda, que todos os critérios possíveis estão sujeitos a críticas[395], notadamente com a reabertura do debate em torno da matéria, trazida pela publicação, em 2008, de alguns escritos e intervenções a esse respeito, colocando em questão o próprio critério de Harvard.

Em um destes artigos, o padre italiano Antonio Puca esclarece que, desde a edição do Protocolo Harvard, houve quem se insurgisse contra o novo parâmetro apontado para fixação do momento morte (encefálica) [396].

Para ilustrar tal posição, cita o entendimento do neurologista Shewmon, para quem a morte encefálica não é a morte do indivíduo. O ponto de partida são observações clínicas: pacientes declarados em estado de morte continuam a conservar funções integrativas de partes do corpo, e seu organismo sobrevive por um tempo bem mais longo do que se pode imaginar: "diz ele que, ao menos hoje, não se pode continuar a sustentar que, com a morte do tronco encefálico, a assistolia se desenvolve num tempo relativamente breve. A sobrevivência de pacientes declarados cerebralmente mortos pelo neurologista implica que o encéfalo não tem papel tão essencial, ao contrário do que se dizia, ao funcionamento integrado do organismo. Contra a teoria ainda vigente no ambiente médico de que o encéfalo é o órgão responsável pela integração das diversas partes do corpo e, como tal, é o "sistema crítico", ele apresenta sua própria tese: o "sistema crítico" do corpo não é localizável num único órgão, mesmo tão importante quanto o encéfalo. Longe de ser um "integrador central" sem o qual o corpo se reduziria a uma mera coleção de órgãos, o encéfalo serve de modulador, regulador de precisão, otimizador, intensificador, protetor de uma unidade somática implicitamente já existente,

[395] "These current criteria are subject to criticism, even if we put aside reservations concerning the qualifier 'irreversible'. Animalists might resist the criteria since the vital processes of human beings whose entire brains have ceased to function can be sustained artificially using cardiopulmonary assistance. Mindists and personists might also resist the criteria, on the grounds that minds and all psychological features can be destroyed in human beings whose brain stems are intact. For example, cerebral death can leave its victim with an intact brain stem, yet mindless and devoid of self-awareness". Em tradução livre: "Tais critérios atuais estão sujeitos a crítica, mesmo se colocarmos de lado reservas quanto ao qualificador irreversível. 'Animalistas' podem resistir ao critério já que os processos vitais de seres humanos cujos cérebros tenham totalmente parado de funcionar podem ser mantidos artificialmente, por meio de assistência cardiopulmonar. 'Mentalistas e pessoistas' também podem questionar o critério, baseados no fato de que mentes e todos os elementos psicológicos podem ser destruídos em seres humanos que tenham os troncos cerebrais intactos. Por exemplo, a morte cerebral pode deixar sua vítima com um tronco cerebral intacto, ainda que sem consciência ou auto-entendimento" (*in* Stanford Encyclopedia of Philosophy, http://plato.stanford.edu/entries/death/, com acesso em 11 de agosto de 2015).

[396] PUCA, Antonio. A morte cerebral é a verdadeira morte? Um problema aberto. Revista BIOETHIKOS – Centro Universitário São Camilo – 2012; 6(3):321-334.

intrinsecamente mediata. A unidade integrativa não é uma imposição vinda do alto de um "integrador central" a um conglomerado de órgãos sem ele não integrado (se o fosse, mesmo o corpo saudável estaria privado de uma verdadeira unidade e seria antes um encéfalo em circuito e mantido vivo por partes do corpo microgeridas de maneira ditatorial). Em vez disso, trata-se de uma característica não localizada, holística, fundada na mútua interação de todas as partes do corpo"[397].

No mesmo sentido, se posiciona Josef M. Seifert, para quem, além de indefinido ser o conceito de morte encefálica, os critérios utilizados para a sua determinação não encontram sustento filosófico adequado nem muito menos científico[398].

No que tange à crítica conceitual, o filósofo esclarece que a medicina utiliza o termo morte cerebral (ou encefálica) sob diferentes parâmetros (para alguns, basta a morte do tronco cerebral ou a 'morte neocortical', enquanto outros exigem a parada de toda a atividade cerebral), ressalvando que o uso do critério da 'morte neocortical' traz riscos para a comum confusão entre morte cerebral e estado vegetativo[399].

De fato, a medicina fala em morte encefálica e em morte cortical. A primeira consiste em ausência de atividade elétrica cerebral, ausência de atividade metabólica e ausência de perfusão, ou circulação sanguínea cerebral; já a segunda é a perda irreversível da consciência, havendo critérios próprios para este diagnóstico, que possibilita o reconhecimento da morte de pessoa que se encontre em estado de coma vegetativo persistente[400].

---

[397] Id., página 321 a 323. E Puca continua: "segundo o neurologista, sua ideia de controle da unidade integrativa não localizada no encéfalo oferece uma explicação para a sobrevivência prolongada (e num caso registrado, por mais de 14 anos) de sujeitos, em sua maioria pacientes pediátricos, com diagnóstico de condições típicas da morte cerebral. A permanência de funções que se diziam pertinentes ao encéfalo – regulação da temperatura corporal, homeostase dos fluidos, reação a infecções, crescimento corporal – é indício da conservação de certo nível de atividade integrada dos múltiplos componentes do organismo. Shewmon conclui, assim, ser errado sustentar que a morte do encéfalo seja um indicador da morte próxima do organismo inteiro. Com essa conclusão, o autor questiona radicalmente o "dogma" segundo o qual o encéfalo é o único órgão responsável pela integração corporal e, em consequência, de que a morte dele provoca inevitavelmente a desintegração dos componentes e, assim, o óbito. A morte do indivíduo é mais o resultado de danos que afetam mais sistemas de órgãos. Para o neurologista, a chegada a um limiar crítico, o "ponto de não retorno", que indica o início do processo de morte e torna ineficaz qualquer intervenção médica voltada para evitar o exitus, indica que se está verificando a progressiva desintegração corporal. Assim, para declarar a morte, não se deveria apenas diagnosticar a morte cerebral, mas recorrer a mais parâmetros, como os vinculados à atividade respiratória, circulatória e neurológica".

[398] SEIFERT, Josef M. Op. cit. IS 'BRAIN DEATH' ACTUALLY DEATH?, *in* https://www.academia.edu/6084436/IS_Brain_death_actually_death, com acesso em 12 de agosto de 2015.

[399] Id.

[400] NALINI, Renato, Op. cit. Reflexões jurídico-filosóficas sobre a morte: pronto para partir? São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011, página 32. Segundo Nalini, os principais critérios para o "diagnóstico da morte cortical são: '1. Nenhuma evidência de consciência de si mesmo ou do ambiente; 2. Nenhuma comunicação, verba,

Maria Helena Diniz também defende como impossível admitir a teoria da morte cerebral superior, "que sustenta que as funções críticas que definem o ser humano seriam as nervosas superiores, como a consciência psicológica, a memória etc., que usam como instrumentos os hemisférios cerebrais. Com o desaparecimento dessas funções, a pessoa ficaria em estado vegetativo persistente (EVP), seria um morto, ainda que seu coração continuasse a bater e seu pulmão respirasse sem o auxílio de aparelho". Isto porque houve casos de pacientes em estado vegetativo que viveram mais de trinta anos ou que se recuperaram depois de um longo tempo" [401].

E prossegue a doutrinadora: "Prudente seria então acatar para fins de transplantes apenas a teoria da morte encefálica total, segundo a qual o óbito só ocorre em caso de morte do tronco encefálico, onde se encontram os centros nervosos superiores, que sustentam a respiração e a circulação sanguínea, caracterizando-se pela ausência de atividade encefálica comprovada por exames laboratoriais, como eletroencefalograma, carótido-angiografia, ecodoppler ou mapeamento cerebral, e desde que configurados todos os critérios clínicos e complementares exigidos pela Resolução CFM n. 1.480/97, sem a realização do perigoso teste de apneia, mediante comprovação de médicos especializados e ponderados" [402].

Neste contexto, entende que o conceito de morte encefálica e os testes e exames para diagnosticá-la deveriam ser repensados: "seriam necessários... uma nova estipulação legal sobre o assunto, devidamente complementada pelo Conselho Federal de Medicina, e um novo conceito científico mais rigoroso e seguro, de morte, para fins de transplante" [403].

Como já visto, Daisy Gogliano, identificando a morte como um processo lento e gradual, consigna que, no entender de Motta Maia, ela só se verifica quando toda a vitalidade espontânea aos órgãos e tecidos cessa permanentemente, o que possibilita distinguir a morte clínica (paralisação da função cardíaca e da respiratória) da morte biológica (destruição celular)

---

escrita ou gestual, que seja significativa e consistente entre examinador e paciente. Estímulos em geral, não acompanhados visualmente. Nenhuma resposta emocional aos estímulos verbais; 3. Ausência de fala compreensível ou vocalização de palavras; 4. Sorriso, franzido do cenho ou choro relacionados, de modo inconsistente, com qualquer estímulo aparente; 5. Ciclo sono – vigília presente; 6. Reflexos do tronco cerebral presentes como sucção, mastigação, deglutição, reatividade das pupilas à luz; 7. Ausência de movimento ou comportamento voluntário, nenhuma atividade motora sugestiva de um comportamento aprendido, ausência de mímica; 8. Integridade no controle da pressão arterial e função cardiorrespiratória. Incontinência urinária e fecal'".

[401] DINIZ, Maria Helena. Op. cit. O Estado Atual do Biodireito. São Paulo: editora Saraiva, 9ª edição, 2014, páginas 430 a 431.

[402] Id.

[403] Id.

e da morte inicialmente conhecida como cerebral e hoje caracterizada como encefálica (paralisação das funções cerebrais), constata que a morte clínica pode, em face dos avanços tecnológicos da medicina, desparecer com os processos de reanimação, permitindo, assim, manter a vida vegetativa, mesmo após a superveniência da morte encefálica" [404].

Assim e ainda firme em Motta Maia, a doutrinadora esclarece que "a ausência das funções cerebrais não impede que sejam mantidas artificialmente as funções de respiração e de circulação, o que os fisiologistas denominam de vida técnica. O conhecimento deste fato é de grande importância para a transplantação de órgãos de cadáver, pois a manutenção artificial das funções cardiopulmonares, durante um certo período, garantindo o estado nutritivo de tecidos e órgãos, favorece as condições da transplantação. Por outro lado, os biologistas demonstram que mesmo após a cessação das funções permanece o estado de atividade vital, durante um certo período, nas células, tecidos e órgãos – vida residual. Este estado gradativamente chega à desintegração, o que seria o estado de morte total. A duração deste último período é variável de indivíduo para indivíduo, depende da hierarquia textural e da natureza estrutural dos tecidos e dos órgãos. Este período – *time factor* – é de primordial importância para o êxito da transplantação. Como muito bem expressa Pierre Müller, de Lille, o limite da vida reside nas células e nos tecidos, verdadeiros órgãos em miniatura, possuidores de certa autonomia vital quando separados do todo, perdendo gradativamente esta atividade, até chegarem à desintegração"[405].

Em suma, evidencia-se que a fixação do momento da morte ainda é puramente convencional e, não quando muito, arbitrária, embora se trate de fenômeno com consequências relevantes, já que é a partir dele que órgãos estarão disponíveis para transplante e novos leitos poderão ser liberados para outros doentes[406].

Tal indefinição dificulta, ainda, a própria conceituação do que seja vida, para delimitação do necessário à sua efetiva tutela jurídica. De fato, sem a determinação do momento exato e correto da morte, não há como se providenciar proteção adequada ao direito à vida e, por consequência, a eventual direito de morrer com dignidade.

---

[404] GOGLIANO, Daisy. Pacientes Terminais – Morte Encefálica. Revista Bioética, disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/493/310, com acesso em 11 de novembro de 2015.
[405] Id.
[406] Id.

Esta conclusão se reforça pelo fato de a morte não ser um momento, mas um processo, que às vezes pode ser revertido ou interrompido.

Neste âmbito, José de Oliveira Ascensão adverte que pesam hoje, sobre a sociedade, as maiores ameaças para a vida, seja pelo crescimento exponencial da população, seja pelo envelhecimento das populações, com quebra dos esquemas previdenciários e com a saturação dos sistemas de saúde pública, o que leva a uma subjacente vontade de afastar 'vidas inúteis' pelo amolecimento das fronteiras do que representa já provocar a morte[407].

Renato Nalini complementa: "no centro do debate o velho duelo entre a ética e a economia tangida pelo pragmatismo. Há de se conferir extrema cautela a tal assunto, sabendo-se que a *lex mercatoria* é a que preside as relações de consumo. A falta de órgãos no mercado não pode estimular a flexibilização do conceito de morte" [408].

Talvez justamente por isso Daisy Gogliano pontue que "não compete ao Direito conceituar e muito menos estabelecer por intermédio de lei critérios para a constatação da morte, pois cabe à Medicina, como ciência, fazê-lo. Todo e qualquer diploma legislativo que se proponha a determinar qualquer parâmetro definitivo estará colaborando para impedir a adoção de novos procedimentos médicos que acompanham o próprio avanço da Medicina, pois na evolução do tempo teremos certamente novo conceito de morte. Ademais disso, o Direito, como ciência, como a arte do bom e do equitativo, não se resume na lei, considerando as mais variadas formas de expressão de que se reveste"[409].

No mesmo sentido, se manifesta Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos: "não cabe à Lei (a conceituação), porque lhe seria impossível, definir ou determinar quando se deu a morte. Caberá aos médicos, à Ciência estabelecer os critérios para quando se considere tenha aquela ocorrido. Nesta seara o Direito só pode intervir para exigir segurança quanto à realização do ato em determinados estabelecimentos, sempre porém, a última palavra caberá à Medicina, à decisão do facultativo e de sua consciência. O conceito médico-forense de morte é um *conceito dinâmico, aberto e funcional*; por isso permite que sejam mudados, no tempo e no espaço, os

[407] ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. A terminalidade da vida. Revista do TRF3 – Ano XXIV – n. 116 – janeiro/março de 2013, página 42.
[408] NALINI, Renato. Op. cit. Reflexões jurídico-filosóficas sobre a morte: pronto para partir? São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011, página 31.
[409] GOGLIANO, Daisy. Pacientes Terminais – Morte Encefálica. Revista Bioética, disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/493/310, com acesso em 27 de novembro de 2015.

critérios e indicadores de sua constatação e não propriamente o seu conceito"[410].

De toda forma, o que se verifica é que, desde a edição da Lei n. 9.434/97, assumiu-se, no contexto jurídico pátrio, que o critério de morte da pessoa natural, em qualquer situação, é o da morte encefálica.

Foi justamente com base nesta fundamentação que a ADPF n. 54 foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal. O ministro Marco Aurélio, relator do feito, asseverou que a morte juridicamente considerada se verifica quando ausente atividade no encéfalo: "aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no Habeas Corpus nº 84.025/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal. Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica"[411].

Ainda que haja controvérsia e inúmeras dificuldades, a fixação jurídica do momento da morte nos parece imprescindível, já que a morte é fato jurídico relevante: da determinação de sua ocorrência, depende uma série de consequências jurídicas, como já visto, podendo ser citadas, a título de exemplo, a retirada de mecanismos artificiais de sustentação de vida, a retirada de órgãos e demais partes do corpo para transplante e a abertura da sucessão. O Direito realiza, assim, a sua função de oportunização de segurança e estabilidade para as relações jurídicas.

E, diante do estágio em que a Medicina e demais Ciências se encontram atualmente, parece-nos adequada a manutenção do critério eleito pela Lei de Transplantes, o que dispensa o tratamento da matéria pelo Código Civil. Em verdade, prudente e justificável a exclusão de tal regulamento da principal lei civil, na medida em que é mantido aberto espaço para mudança necessária no caso de avanço do conhecimento humano ou da técnica.

Não se deve perder de vista, porém, que, ainda que haja positivação de um critério, a ética deve permanecer no centro do discurso sobre a morte e suas inúmeras repercussões, as

[410] SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Op. cit. Conceito Médico-Forense de Morte. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 92, 1997, 341-380, a página 376.

[411] A íntegra do julgado pode ser encontrada no seguinte *site:* http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334, com acesso em 10 de abril de 2015.

quais não podem estar dissociadas do 'quadro da 'cultura da morte' "que nos rodeia, em que o pragmatismo produtivista e o hedonismo dos que estão no auge da força se combinam tacitamente na eliminação dos elementos que não servem já para fazer funcionar o ciclo de produção e consumo"[412].

Em outros termos, há que sempre considerar que os critérios que identificam o momento morte devem ser enxergados apenas como os mais aceitos em um determinado momento da evolução da ciência, motivo pelo qual estão sempre sujeitos a revisão na medida em que novas evidências científicas e tecnológicas, ao lado de novos fundamentos jurídicos, se incorporarem ao arsenal de conhecimento humano.

III.b. Direito à vida e sua tutela legal.

Não há dúvida de que a vida genericamente considerada consubstancia o valor de tudo que existe na natureza, valor este que subsiste por si e independe de qualquer coisa, inclusive do homem. Do primeiro ser vivo até hoje, há um fluxo vital contínuo; todo ser vivo tem sua própria centelha de vida, mas cada centelha individual se insere como parte no todo[413].

Em outros termos, a vida humana é o fundamento de todos os bens, a fonte e a condição necessária de toda a atividade humana e de toda a convivência social.

Segundo Renato Nalini, vida é o "ciclo vital que tem origem na fecundação e que, se não vier a ser interrompido, desenvolve-se naturalmente até o evento morte. 'A essência da vida nos é e será sempre desconhecida. Apenas podemos dizer que ela é esse movimento contínuo, incessante de composição e de decomposição que se passa no interior dos tecidos do ser vivo colocado em um meio conveniente'. Interrompido o movimento, sobrevém a morte"[414].

Francisco Amaral acrescenta que a vida humana é o estado em que se encontra um ser humano animado, quer sejam normais ou anormais as suas condições físicas e psíquicas. Mais do que um estado, é o processo pelo qual um indivíduo nasce, cresce e morre. É bem jurídico

[412] ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. A terminalidade da vida. Revista do TRF3 – Ano XXIV – n. 116 – janeiro/março de 2013, página 46.
[413] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 97, 2002, páginas 107 a 125, a página 116.
[414] NALINI, José Renato. Op. cit. Reflexões jurídico-filosóficas sobre a morte: pronto para partir? São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011, página 15.

fundamental, uma vez que se constitui na origem e suporte dos demais direitos. Sua extinção põe fim à condição de ser humano e a todas as manifestações jurídicas que se apoiam nesta condição... É fenômeno unitário e complexo, uma totalidade unificada de tríplice aspecto, o biológico, o psíquico e o espiritual. *Biologicamente*, é o processo de atividade orgânica e de transformação permanente do indivíduo, desde a concepção até a morte. *Psicologicamente*, é a percepção do mundo interno e externo ao indivíduo. *Espiritualmente*, significa inteligência e vontade[415].

E prossegue o doutrinador: "sua defesa suscita importantes questões, pertinentes ao início da vida (nascituro, embrião), à sua criação por meio técnicos (reprodução assistida), à sua interrupção (aborto), à sua extinção (morte), ao seu prolongamento artificial. Sua extinção põe fim à condição de ser humano e a todas as manifestações jurídicas que se apoiam nessa condição. A proteção jurídica da vida humana e da integridade física tem como causa final a preservação desses bens jurídicos, desde o começo até o término da vida, do que decorre a importância em determinar-se o momento em que ela começa e se extingue, o que marca, aliás, o início e o fim da personalidade jurídica. Quanto ao seu termo inicial, a vida e, consequentemente, a personalidade, começa da concepção, da fusão dos gametas, nome que se dá às células reprodutivas. Quanto ao termo final da existência, prevalece a opinião que define a morte em termos cerebrais"[416].

António Menezes Cordeiro ressalta que, para "clareza das soluções normativas e para uma melhor realização do Direito, há que manter o direito à vida como uma figura delimitada e coerente". Ele não se confunde, portanto, com outros direitos como o direito à integridade física, o direito à integridade moral; o direito à qualidade de vida ou com quaisquer direitos de cidadania ou de realização política ou pessoal. Em outros termos, "o direito à vida assegura a preservação das funções vitais do organismo biológico humano. Assim, um atentado à integridade desse organismo ou qualquer outro esquema que provoque sofrimento físico, mas que não ponha em causa imediata a sobrevivência, atingirá outros direitos de personalidade: não o direito à vida. Também os círculos moral e social do ser humano ficam fora do âmbito concreto deste direito"[417].

---

[415] AMARAL, Francisco. Op. cit. Direito Civil: Introdução. Rio de Janeiro: editora Renovar, 8ª edição, 2014, a páginas 314 e 315.
[416] Id.
[417] CORDEIRO, António Menezes. Op. cit. Tratado de Direito Civil IV. Parte Geral: Pessoas. Coimbra: editora

Para o doutrinador português, há ao menos, dentro de um universo de muitos, quatro argumentos mais relevantes para justificar a tutela absoluta do direito à vida: a) o argumento ético, que nos recorda que a inteligência é uma forma de vida, cumprindo incentivá-la e preservá-la, sendo que o não o fazer equivaleria à autonegação. É por isso que todas as religiões superiores dispõem no mesmo sentido: Dom de Deus, do Universo, da Terra-Mãe ou da Natureza, a vida não pertence a cada um; b) o argumento social, o qual tem direta relevância jurídica: todo o Direito existe pelo homem e para o homem. "A ordenação normativa visa o funcionamento da sociedade, mas assente na salvaguarda e na contribuição de todos os seus membros. Com a morte de uma pessoa, a sociedade perde o apoio e parte dos seus objetivos. A supressão de uma pessoa traduz-se, assim, num ato gravemente antissocial, pondo em crise os fundamentos ontológicos mais firmes de qualquer organização humana"; c) o argumento cultural, que reflete o valor da inviolabilidade da vida humana, podendo a proibição da pena de morte em muitas sociedades ser citada como um exemplo; d) o argumento técnico-jurídico, o qual corresponde a uma exigência do sistema e da sua harmonia interna: "o Direito civil comporta subsistemas inteiros de soluções diferenciadas, tendentes a encontrar um equilíbrio justo, estável e consequente, entre os interesses humanos em presença. Nada disso faria sentido quando se admitisse a supressão de um ser humano e, logo: a eliminação de todos os valores conexos (e são, de facto, todos!)... Qualquer norma que, porventura, dispusesse de outra forma, entraria em imediato conflito com o resto do sistema, devendo ser desconsiderada. Tudo quanto exprima a ideia de Justiça – o Direito natural, a ideia de Direito, o espírito do sistema ou a moral indisponível – transmitirá a mesma e indeclinável mensagem: a inviolabilidade da vida humana"[418].

No mesmo sentido, se posiciona André Ramos Tavares, para quem, por ser o direito à vida um pré-requisito aos demais direitos, é um direito sagrado, de modo que não há como se defender a morte como um direito subjetivo da pessoa ("liberdade à própria morte"), ainda que não se possa impedir o suicídio. Em outros termos, não se pode exigir validamente, do Estado

---

Almedina, 3ª edição, 2011, páginas157 a 158. O doutrinador entende, ainda, que, "tomado no seu 'núcleo duro', o direito à vida tem um regime claro: não admite compressão. Em qualquer conflito de direitos ou deveres, a dirimir de acordo com o artigo 335.o, o direito à vida, quando direta e funcionalmente em causa, nunca pode ceder. O Direito civil não aceita a supressão de uma vida humana: nunca, definitivamente e em caso algum", salvo nas hipóteses de conflito entre direitos à vida de diversas pessoas ou de causa de justificação adequada (como no da legítima defesa – página 158, item III).

[418] Id., páginas 162 a 163.

ou de terceiros, a provocação da morte, ainda que seja para atenuar sofrimentos, sendo que igualmente não se admite a cessação do prolongamento artificial, por aparelhos, da vida de alguém, que dele dependa (prevalência do direito à vida em detrimento da dignidade) [419].

André Ramos Tavares esclarece, ainda, que o conteúdo do direito à vida possui duas vertentes: em primeiro lugar, traduz-se no direito de permanecer existente, o que exige que se assegure a todos, por meio da segurança pública, da proibição da justiça privada e do respeito, por parte do Estado, à vida de seus cidadãos, o direito de simplesmente continuar vivo até a interrupção da vida por causas naturais. Em segundo lugar, reflete-se no direito a um nível mínimo de vida, compatível com a dignidade humana, o que inclui o direito à alimentação adequada, à moradia (artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal Brasileira), ao vestuário, à saúde (artigo 196 da Constituição Federal Brasileira), à educação (artigo 205 da Constituição Federal Brasileira), à cultura (artigo 215 da Constituição Federal Brasileira) e ao lazer (artigo 217 da Constituição Federal Brasileira)[420].

Cezar Roberto Bitencourt, ainda que reconheça o direito à vida como o mais valioso, já que a condição básica de todo direito individual, notadamente porque não há que se falar em personalidade sem vida, ressaltando a sua ambivalência, já que direito público subjetivo a ser respeitado e protegido pelo Estado, ao mesmo tempo em que direito privado inserido entre os direitos constitutivos da personalidade, também não admite que o indivíduo possa dispor livremente da própria vida, já que não existe um direito sobre a vida (um direito de dispor, validamente, da própria vida), mas apenas o "direito de viver"[421].

Maria Helena Diniz, por sua vez, entende a vida como bem anterior ao Direito, que merece respeito pela ordem jurídica, não sendo, portanto, uma concessão jurídico-estatal e muito menos um direito da pessoa sobre si mesma: trata-se de direito ao respeito à própria vida do titular e de todos[422]. Para Diniz, o direito ao respeito à vida seria *excludente alios*, ou seja, direito de se exigir um comportamento negativo dos outros[423].

---

[419] TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: editora Saraiva, 6ª edição, 2008, páginas 527 a 535.
[420] Id., página 527.
[421] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Especial – Dos Crimes contra a Pessoa, volume 2. São Paulo: editora Saraiva, 15ª edição, 2015, páginas 52 a 54.
[422] DINIZ, Maria Helena. Op. cit. Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil, volume 1, São Paulo: editora Saraiva, 2015, 32ª edição, página 134.
[423] DINIZ, Maria Helena. Op. cit. O Estado Atual do Biodireito. São Paulo: editora Saraiva, 9ª edição, 2014, páginas 46 a 48.

Diogo de Campos acompanha o mesmo entendimento e, sob uma concepção reconstruída de direito subjetivo, enquanto verdadeiro poder-dever, entende o direito à vida como um poder a serviço do eu – o que não se confunde com a vontade – e dos outros: "direito à vida, do próprio? Seguramente, mas não para dispor dessa vida; antes para a respeitar e defender como se respeitam e defendem, por identidade de razões, as vidas de todos os outros e de cada um"[424].

E, ainda, Adriana Maluf, para quem a vida é o bem supremo da existência, seu valor mais precioso, que vem antes de qualquer outro direito, ou seja, prevalece sobre todos os demais direitos (princípio do primado do direito à vida). De sua proteção, emanam todos os direitos e deveres dos homens, seja oriunda das leis, dos códigos morais, dos costumes, da ética[425].

O caráter sagrado e a indisponibilidade marcam a vida humana na grande parte das nações civilizadas.

Tal importância, talvez, confirme o seu melhor enquadramento no conceito proposto na primeira parte deste trabalho, ou seja, de direito objetivo, qualificado como direito da personalidade por demandar proteção especial em favor da dignidade da pessoa humana e centrado nos aspectos essenciais da personalidade humana, o qual origina, em regra, direitos subjetivos ao seu titular, ao lado de deveres jurídicos não só a terceiros, como ao próprio titular e ao Estado[426].

Neste contexto e enquanto direito da personalidade, é direito absoluto (oponível *erga omnes),* irrenunciável, inalienável e intransmissível.

Em nosso ordenamento, "a vida e a integridade física da pessoa são bens jurídicos protegidos pela Constituição (arts. 12, III, e 52, III), pelo Código civil (arts. 13 e 15) e pelo Código Penal, que prevê quatro tipos de comportamento dirigidos à destruição da vida humana

---

[424] CAMPOS, Diogo Leite de. Op. cit. O Direito e os direitos da personalidade, *in* http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/LCampos93_2.pdf, com acesso em 08 de julho de 2015, a página 224.

[425] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de Bioética e Biodireito. São Paulo: editora Atlas, 2ª edição, 2013, páginas 146 e 147. Adriana Maluf ressalva, porém, que definir a vida não é tarefa fácil, nem pacífica, nem moderna: seu questionamento tem ocupado a mente dos cientistas e pensadores desde que o mundo é mundo.

[426] Francisco Amaral confirma que o direito subjetivo, que tem a vida humana como bem jurídico, pressupões três titulares do dever jurídico de respeitá-lo: a) o próprio indivíduo; b) as demais pessoas; e c) o Estado. O próprio indivíduo tem para consigo o direito-dever de legítima defesa, que consiste na reação contra agressão injusta, atual, inevitável, não excedendo o necessário à defesa. 'Para uma concepção clássica, teria também o dever de não suicidar-se', o que hoje se discute. Relativamente a terceiros, têm estes o dever de não matar, de não contribuir ou ajudar na morte voluntária de alguém. Quanto ao Estado, tem o dever, negativo, de respeitar a vida dos cidadãos, e o dever, positivo, de proteger-lhes a vida, como o dever de punir os autores de quaisquer atentados contra a vida humana" (Op. cit. Direito Civil: Introdução. Rio de Janeiro: editora Renovar, 8ª edição, 2014, página 316).

(homicídio, CP, art. 121, induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, art. 122, infanticídio, art. 123, e aborto, art. 124), e um tipo pertinente à incolumidade física, o crime de lesões corporais, (CP, art. 129), além dos crimes de perigo para a vida ou a saúde, compreendendo o perigo para a vida ou a saúde de outrem, o abandono de incapaz, a exposição ou abandono de recém-nascido, a omissão de socorro e os maus tratos (CP, arts. 130/136)"[427].

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 não reconheceu expressamente o direito à vida. Entretanto, ao prever que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos, sendo que as distinções sociais somente podem existir na busca do bem comum, e, ao explicitar que a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem (direitos à liberdade, à propriedade, à segurança e à resistência à opressão), implicitamente o consagrou[428].

Já a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, prevê expressamente o direito que cada pessoa tem à sua vida, à liberdade e à segurança[429], assim como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José), de 22 de novembro de 1969[430].

Daí a relevância, para o Direito, de todo tipo de ação ou intervenção destinada a alterar

---

[427] AMARAL, Francisco. Op. cit. Direito Civil: Introdução. Rio de Janeiro: editora Renovar, 8ª edição, 2014, a página 314.

[428] O artigo 1o da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1789 prescreve que "todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade". Já o artigo 2o determina que "a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão". (*in* Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo, http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html, com acesso em 01 de julho de 2015).

[429] Artigo 3º. Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (*in* Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo, http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html, com acesso em 14 de julho de 2015).

[430] O artigo 4º da Convenção, intitulado Direito à vida, estabelece que: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. 2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente. 3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido. 4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos. 5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez. 6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente (disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm, com acesso em 26 de abril de 2016).

as condições normais de existência, especificamente, no caso em estudo, no que diz respeito aos tratamentos médicos e à discussão em torno da eutanásia e da ortotanásia, porque eles implicam relativização na proteção do direito à vida.

Haveria, então, sustento social e jurídico para ampliação da autonomia privada em tais áreas, com enfraquecimento da concepção absolutista da tutela do direito à vida?

A questão será tratada na sequência.

III.c. Direito à vida, mas digna, ou direito à morte digna (boa morte)?

O direito à vida, mas digna, ou direito à morte, quando a vida deixa de ser digna, o que envolve, obviamente, o direito de morrer com dignidade (direito à boa morte), pode ser considerado um direito da personalidade?

Em outros termos, trata-se de direito que, por envolver núcleo duro essencial à tutela da personalidade humana, merece proteção especial do Estado?

No nosso sentir e diante de tudo o que já foi apresentado, a vida é ainda valor sagrado em nossa sociedade brasileira, a merecer, em consequência, proteção integral, mesmo que contrariamente à vontade do titular do direito[431].

Conclusão esta que se reforça pelo conceito atual de dignidade, enquanto valor que reflete liberdade e autonomia em uma de suas facetas, ao mesmo tempo em que impõe igualdade e solidariedade em outra.

A autonomia, portanto, não existe em um cenário individual e egoístico, mas somente faz sentido quando considerada intersubjetivamente[432].

Ou seja, por constituir a vida pressuposto necessário à existência da pessoa, em razão de quem se tutelam os diversos aspectos da personalidade, desde que essenciais ao pleno

[431] Como bem propõe Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, a vida é o bem supremo da existência, seu valor mais precioso, motivo pelo qual vem antes de qualquer outro direito, ou seja, prevalece sobre todos os demais – pelo princípio do primado do direito à vida, ele prevalece em face dos outros direitos em caso de conflito. É de sua proteção que emanam todos os direitos e deveres do homem, sejam oriundos das leis, dos códigos morais, dos costumes ou da ética (Curso de Bioética e Biodireito. São Paulo: editora Atlas, 2ª edição, 2013, página 147).

[432] Oliveira Ascensão se manifesta no mesmo sentido: "A autodeterminação permite fixar o que queremos para nós próprios. Mas a autodeterminação não é um absoluto. Assim como nem tudo nos é permitido, também nem tudo pode ser determinado para que os outros façam. Não pode justificar a prática de atos cujo sentido seja provocar diretamente a morte, porque isso cairia na eutanásia a pedido, com o desvalor e os riscos inerentes, que é vedada ética e juridicamente" (ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. A terminalidade da vida. Revista do TRF3 – Ano XXIV – n. 116 – janeiro/março de 2013, página 50).

desenvolvimento humano, com vistas a garantir dignidade, pessoa esta não mais entendida apenas dentro de uma dimensão intrasubjetiva, diante do reconhecimento de que a compreensão do ser homem só ganha sentido quando ele é também socialmente considerado, ainda não há espaço em nossa sociedade para a defesa de um direito puro e simples à morte.

É neste contexto que não reconhecemos o suicídio como algo normal[433] e que nos afastamos de princípios utilitaristas para tratar de nossos doentes, mesmo que o processo envolva muito sofrimento e se desenvolva a alto custo.

Considerando que o Brasil é um país de maioria cristã[434], vale registrar que a própria Igreja Católica consigna que o "direito à morte" não pode significar o direito de se dar ou mandar provocar a morte como se quiser, mas, sim, o direito de morrer com toda a serenidade, na dignidade humana e cristã[435].

Em verdade, afirmar que chegará um dia em que poderemos nos reconhecer mais maduros (ou evoluídos) para admitir que cada pessoa decida o seu tempo de experiência neste mundo, optando por viver ou morrer de acordo com sua exclusiva vontade, não nos parece fazer muito sentido. Isto porque muitas são as evidências de que nossa maturidade (ou evolução) está justamente na esperança de que a vida seja produto do sagrado, a merecer proteção maior, ou seja, fora do campo restrito de nossa humanidade material e temporal, bem como de que há uma interdependência entre o todo e as partes que o integram (Ubuntu, Dharma).

Por outro lado e diante da nova realidade tecnológica em que vivemos, com domínio de muitas das adversidades materiais, postergação da expectativa de vida e aprimoramento dos tratamentos de saúde, parece-nos essencial à tutela da personalidade humana o reconhecimento de um direito à vida, mas digna, ou à boa morte: um direito de o portador de doença grave

---

[433] Há anos a Igreja Católica entende a morte voluntária ou o suicídio como tão inaceitáveis quanto o homicídio, "porque tal atitude constitui uma recusa da soberania de Deus e do seu desígnio de amor. Além disto, o suicídio é, muitas vezes, rejeição do amor para consigo mesmo, negação da aspiração natural à vida, abdicação frente às obrigações de justiça e caridade para com o próximo, para com as várias comunidades e para com todo o corpo social — se bem que por vezes, como se sabe, intervenham condições psicológicas que podem atenuar ou mesmo suprimir por completo a responsabilidade" (Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé. Declaração sobre a eutanásia. *In* http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html, com acesso em 26 de agosto de 2015).

[434] O Brasil é um país laico, mas de maioria cristã (IBGE, Censo Demográfico 2010: Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência, *in* http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_religiao_deficiencia/default_caracteristicas_religiao_deficiencia.shtm, com acesso em 17.03.2015. E ainda: Censo, o perfil religioso do país, *in* http://oglobo.globo.com/infograficos/censo-religiao/, com acesso em 17 de março de 2015.

[435] Id.

incurável ou em estágio terminal ter adequado conhecimento sobre seu estado e suas possibilidades e poder participar das decisões relativas ao seu tratamento, ainda que por meio de diretivas antecipadas de vontade. Decisões estas, por sinal, que podem ser registradas em diretivas antecipadas até mesmo por pessoa ainda saudável, como se verá adiante.

Afinal, se há algumas décadas o problema essencial que ocupava os investigadores na área da medicina consistia na procura de métodos de prolongamento e sustentação da vida, hoje, como já visto, o problema transfigurou-se: torna-se imperativo saber até onde se pode ir na busca da cura e no prolongar da vida sem se chegar a um encarniçamento terapêutico, sendo complexo definir até onde ainda está presente a dignidade da vida humana. Muitos argumentam que não é natural um doente tirar ou pedir que lhe tirem a própria vida (e não seria natural, em consequência, que o médico se comprometesse com a morte ou com a antecipação de seu tempo), mas será mais natural viver ligado a uma máquina ou prolongar vida indigna?[436]

A psicóloga Maria Júlia Kovács também expressa a mesma preocupação: "Ariès falou da morte no século XX como interdita, invertida, vergonhosa, fracasso, erro médico. É como se o homem pudesse ou devesse derrotar a morte. É uma tentativa de brincar de Deus, de ser um aprendiz infantil e ingênuo, sua pálida imitação. Podemos citar, como exemplo, pacientes em estágio avançado de doença sem perspectiva de cura ou melhora, "vegetando" em UTIs, sem nenhuma função vital autônoma, todas sendo realizadas por aparelhos: alimentação por tubos, eliminação por cânulas, batimentos cardíacos estimulados, mãos e braços tomados por soros, ou amarrados para que algum movimento não os arrebente, e finalmente na boca um tubo para garantir o ritmo respiratório. Parece-nos uma imagem cruel de um "Frankenstein" do século XX. Então nos perguntamos, será que o desenvolvimento da ciência, da medicina, deve ser no sentido de prolongamento da vida a todo custo?"[437].

E, ainda, Leonard Martin: "o sofrimento no fim da vida é um dos grandes desafios, que assume novos contornos neste fim de milênio diante da medicalização da morte e do poder que

[436] RAIMUNDO, Ângela Oliveira Narciso. O direito a uma boa morte: a procura da justificação para a não punibilidade da eutanásia activa directa. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, 2014, a página 03 (*in* https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/28496/1/O%20direito%20a%20uma%20boa%20morte.pdf, com acesso em 22 de julho de 2015).

[437] KOVÁCS, Maria Júlia. Autonomia e o Direito de Morrer com Dignidade, *in* http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/326/394, com acesso em 30 de julho de 2015.

as novas tecnologias dão à profissão médica para abreviar ou prolongar o processo de morrer. Qualidade e quantidade de vida na fase terminal da existência humana assumem conotações insuspeitadas há cinquenta ou cem anos. Esta situação complica-se ainda mais diante das mudanças verificadas no estilo de praticar a medicina. No Brasil, podem-se detectar pelo menos três paradigmas da prática médica: o paradigma tecnocientífico, o paradigma comercial-empresarial e o paradigma da benignidade humanitária e solidária, cada qual com suas prioridades e estratégias diante do doente terminal e da problemática do seu sofrimento"[438].

Renato Nalini confirma que, na chamada pré-modernidade, havia certa consciência dos limites da medicina e da morte. A modernidade, porém, trouxe novos estilos de praticar a ciência médica e outra atitude para a medicina perante a morte. Passou-se a questionar, com isso, a carga terapêutica jogada sobre o paciente com vistas a prolongar sua vida e ainda que em sofrimento, a depender da consistência pecuniária da família ou dos planos de saúde[439].

Bem assevera, ainda, que prolongar a vida não é permitir que o enfermo chegue à morte mais tranquilo: recente estatística francesa apurou que mais de 75% das mortes ocorre em ambiente hospitalar; no Brasil, mesmo com a carência hospitalar e a fragilidade do sistema de saúde, a morte também é propriedade da medicina. Passa a ser um ato solitário: o paciente e as máquinas, ninguém mais, longe do calor humano e familiar, sozinho e isolado[440].

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf acrescenta que a atividade biotecnológica, nesse limiar do século XXI, tornou-se um instrumento de poder, trazendo sérios impactos, dentre eles a biologização do ser humano e a ausência de limites biológicos, bem como a passagem da medicina preventiva para a medicina preditiva, ao lado da busca da ausência de enfermidades, da busca pela imortalidade[441].

Vale consignar que Orlando Gomes já expressava, ainda em 1966, inquietação em torno do emprego de drogas ou da psicocirurgia para fins de cura ou de investigação, que produziam a destruição do próprio corpo ou a alteração da personalidade, e defendia a tolerância

---

[438] MARTIN, Leonard M. Eutanásia e distanásia, *in* http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIIeutanasia.htm, com acesso em 05 de agosto de 2015.

[439] NALINI, Renato. Op. cit. Reflexões jurídico-filosóficas sobre a morte: pronto para partir? São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011, a página 24.

[440] Id., página 25.

[441] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Op. cit. Curso de Bioética e Biodireito. São Paulo: editora Atlas, 2ª edição, 2013, página 32. A doutrinadora identifica, ainda, os seguintes impactos: a transmutação de valores e a mudança de paradigmas (alteração na formação da família e na identificação do ser humano) e, por fim, o desenvolvimento de debates bioéticos, com a criação de novos direitos – o biodireito.

de algumas dessas práticas em atenção ao fim superior a que se destinavam, desde que a preocupação terapêutica não se sobrepusesse à dignidade pessoal do paciente[442].

A própria Igreja Católica manifestou solidariedade à preocupação humana com o direito a uma morte suave: "na sociedade hodierna, onde mesmo os valores fundamentais da vida humana frequentemente são postos em causa, a modificação da cultura influi no modo de considerar o sofrimento e a morte; a medicina aumentou a sua capacidade de curar e de prolongar a vida em condições que, por vezes, levantam problemas de carácter moral. Assim, os homens que vivem num tal clima interrogam-se com angústia sobre o significado da velhice extrema e da morte. E chegam mesmo a perguntar a si mesmos se não terão o direito de procurar, para si e os seus semelhantes, uma "morte suave" que lhes abrevie os sofrimentos e seja, a seus olhos, mais conforme com a dignidade humana"[443].

É deste contexto social e cultural, bem como jurídico, e ressaltando a finalidade da proteção dos direitos da personalidade, que se deve reconhecer como indispensável à tutela da dignidade que o paciente portador de doença grave incurável ou em estágio terminal possa conhecer todas as implicações da situação em que se encontra e, assim, optar por tratar-se ou não e sobre como tratar-se ou não, ainda que declare sua vontade no presente, para que ela venha a ser observada quando não tenha mais capacidade de expressá-la.

Em verdade, a todo e qualquer paciente e por respeito à sua dignidade e autonomia, há que se reconhecer o direito de registrar o seu desejo quanto à submissão ou não a tratamento futuro, por meio de instrumento jurídico adequado.

Ao médico, incumbe tratá-lo de acordo com a melhor técnica, com respeito aos seus limites materiais, bem como à vontade e à dignidade do doente.

É importante registrar que, já em 2010, Álvaro Villaça Azevedo foi consultado sobre o direito de um paciente decidir pelo tratamento médico a ser seguido, ainda que em risco a sua vida: Testemunhas Cristãs de Jeová questionaram-no sobre questões relativas ao direito de escolha de tratamento médico e de recusa à utilização de transfusão de sangue.

Após clarificar que as Testemunhas de Jeová iniciaram sua atividade na década de

---

[442] GOMES, Orlando. Op. cit. Direitos de personalidade. Revista de Informação Legislativa, volume 3, número 11, páginas 39 a 48, a página 47.

[443] Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé. Declaração sobre a eutanásia, *in* http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html, com acesso em 26 de agosto de 2015.

1870, por meio da formação de um grupo que acredita que todos os ensinamentos devem estar de acordo com as Escrituras, já que a Bíblia, para elas, é a Palavra de Deus[444], o doutrinador reconheceu que uma pessoa adulta e capaz, justamente por ser titular de um direito à vida com dignidade (o que reflete a junção do meramente existir com a liberdade e a autonomia), tem o direito de escolher pelo tratamento médico a ser seguido em seu benefício, notadamente porque já existem alternativas seguras à transfusão de sangue[445]:

"Dessa forma, quando um paciente Testemunha de Jeová procura um médico ou hospital, é internado e opta por receber tratamento médico que dispensa o uso de transfusão de sangue, está exercendo o direito à vida em sentido pleno. Está zelando por sua vida biológica ao buscar cuidados médicos de qualidade que evitam os perigos tranfusionais. De outro lado, também está zelando por sua autonomia e liberdade de escolha de tratamento médico, cuja motivação principal é sua crença religiosa. Não se pode mais argumentar que a postura das Testemunhas de Jeová quanto às transfusões de sangue gera um conflito de direitos fundamentais, tais como entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa. Pelo contrário, sua postura evidencia o exercício desses dois direitos".

Villaça cita, a título de exemplo prático de seu posicionamento, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso que autorizou a transferência de um paciente Testemunha de Jeová para outro Estado da Federação, a fim de submeter-se a uma cirurgia cardíaca sem o uso de hemocompoentes:

"Para delimitar o âmbito deste apelo, impõe-se esclarecer que não se está a debater ética médica ou confrontação entre o direito à vida e o de liberdade de crença religiosa. O que se põe em relevo é direito à saúde e a obrigação de o Estado proporcionar ao cidadão tratamento médico que não implique em esgarçamento à sua liberdade de crença religiosa. (...) O conflito não é entre direitos individuais do cidadão, mas entre o direito à liberdade religiosa e a obrigação e dever do Estado de garantir a saúde de todos, independentemente de crenças religiosas. (...) Se por motivos religiosos a transfusão de sangue apresenta-se como obstáculo intransponível à submissão do recorrente à cirurgia tradicional, deve o Estado disponibilizar

[444] Como adeptas da doutrina "Testemunhas de Jeová", por força de texto bíblicos (Gênesis 9:3-4, Levítico 17:10 e Atos dos Apóstolos 15:19-21), não admitem submeter-se a procedimento cirúrgico se houver a possibilidade de se utilização de transfusão de sangue, mesmo que isso represente o único recurso a salvar suas vidas.

[445] AZEVEDO, Álvaro Villaça. Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue, mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros. Parecer. São Paulo, 08 de fevereiro de 2010.

recursos para que o procedimento se dê por meio de técnica que dispense-na, quando na unidade territorial não haja profissional credenciado a fazê-la. (...) Ora, em havendo método cirúrgico substitutivo na comunidade médica, tem o recorrente o direito de obter da administração pública o fornecimento de meios para que possa realizar o procedimento fora do seu domicílio. Assim é porque, não dispondo o Sistema Único de Saúde do Estado de Mato Grosso, de profissional com domínio da técnica perseguida, caracteriza-se a "exceção" que recomenda e autoriza o tratamento fora do domicílio. E é justamente a "liberdade religiosa", oponível à própria administração pública, que obriga-na a tratar desigualmente a situação, considerando como esgotados os meios de tratamento à disposição do recorrente no Estado de Mato Grosso. Não basta haver possibilidade de o tratamento aqui verificar-se. A questão deve ser resolvida em harmonia com a religiosidade do recorrente, que não admite que se dê com risco de transfusão de sangue, preservando-se, tanto quanto possível, o seu pensamento religioso, a sua manifestação de fé" [446].

Villaça cita, ainda, decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que cassou antecipação de tutela autorizadora de transfusão de sangue em paciente adulto e capaz, com câncer, enfatizando que o direito à vida não se limita à parte biológica, devendo ser respeitada a autonomia do paciente:

"(...) o direito à vida não se exaure somente na mera existência biológica, sendo certo que a regra constitucional da dignidade da pessoa humana deve ser ajustada ao aludido preceito fundamental para encontrar-se na convivência que pacifique os interesses das partes. Resguardar o direito à vida implica, também, em preservar os valores morais, espirituais e psicológicos que se lhe agregam. (...) É necessário, portanto, que se encontre uma solução que sopese o direito à vida e à autodeterminação que, no caso em julgamento, abrange o direito do agravante de buscar a concretização de sua convicção religiosa, desde que se encontre em estado de lucidez que autorize concluir que sua recusa é legítima. Sim, porque não há regra legal alguma que ordene à pessoa natural a obrigação de submeter-se a tratamento clínico de qualquer natureza; a opção de tratar-se com especialista objetivando a cura ou o controle de determinada doença é ato voluntário de quem dela é portador, sendo certo que, atualmente, o recorrente

[446] TJMT, AI n. 22395/2006 – Cuiabá, 5ª Câmara Cível, Relator Desembargador Leônidas Duarte Monteiro, j. em 31.05.2006, disponível em http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdf/GEACOR_22395-2006_06-07-06_71559.pdf, com acesso em 17 de novembro de 2015.

encontra-se em alta hospitalar e não há preceito normativo algum que o obrigue a retornar ao tratamento quimioterápico se houver a perspectiva de ocorrer a transfusão sanguínea. É conveniente deixar claro que as Testemunhas de Jeová não se recusam a submeter-se a todo e qualquer tratamento clínico, desde que não envolva a aludida transfusão; dessa forma, tratando-se de pessoa que tem condições de discernir os efeitos de sua conduta, não se lhe pode obrigar a receber a transfusão, especialmente quando existem outras alternativas de tratamento clínico"[447].

Podemos acrescentar, ainda, julgado mais recente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que se reconheceu expressamente a inexistência de um dever do Estado de "salvar a pessoa de si mesma":

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE CRENÇA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA. OPÇÃO POR TRATAMENTO MÉDICO QUE PRESERVA A DIGNIDADE DA RECORRENTE. A decisão recorrida deferiu a realização de transfusão sanguínea contra a vontade expressa da agravante, a fim de preservar-lhe a vida. A postulante é pessoa capaz, está lúcida e desde o primeiro momento em que buscou atendimento médico dispôs, expressamente, a respeito de sua discordância com tratamentos que violem suas convicções religiosas, especialmente a transfusão de sangue. Tratamento médico que, embora pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido. Livre arbítrio. Inexistência do direito estatal de "salvar a pessoa dela própria", quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros. Proteção do direito de escolha, direito calcado na preservação da dignidade, para que a agravante somente seja submetida a tratamento médico compatível com suas crenças religiosas. AGRAVO PROVIDO"[448].

Nelson Nery Junior havia se manifestado sobre o mesmo tema em 22 de setembro de

[447] TJMG, AI n. 1.0701.07.191519-6/001 - 1915196-21.2007.8.13.0701 (1), 1ª Câmara Cível, Relator Alberto Vilas Boas, j. em 14.08.2007, disponível em http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=transfus%E3o%20de%20sangue%20testemunha%20de%20Jeov%E1&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&, com acesso em 17 de novembro de 2015.

[448] TJRS, AI n. 70032799041, 12ª Câmara Cível, Relator Des. Cláudio Baldino Maciel, j. em 11 de março de 2010, por maioria, disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc, com acesso em 17 de novembro de 2015.

2009, após também ser consultado pela Associação das Testemunhas de Jeová, concluindo que: a) O cidadão tem o direito constitucional de recusar qualquer tratamento médico, incluindo os que envolvam a transfusão de sangue. É vedado ao Estado, mediante decisões judiciais, impor aos seus cidadãos a prática de determinada conduta que seja atentatória à sua liberdade e à sua convicção religiosa, sob pena de violação da CF, 5º, *caput* e VI; b) Não há colisação de direitos fundamentais, porque quando o paciente Testemunha de Jeová se recusa a fazer tratamentos que envolvam transfusão sanguínea, em nenhum momento a prática desse seu direito acarreta dano a um bem coletivo ou a um direito fundamental de outrem, tampouco configura desejo de suicídio ou cura pela fé; c) O tratamento médico que envolve transfusão de sangue não é isento de riscos para o paciente, portanto, a negativa do cidadão de se submeter a este é mais que legítima e tem fundamento na CF, 1º, III, 5º, *caput* e VI e CC, 15; d) Por meio do consentimento informado, o paciente tem o direito de escolher a qual tratamento se submeterá, após amplamente esclarecido pelo médico sobre quais são possíveis e estão disponíveis, seus resultados esperados, riscos e custos, mesmo que a opção do paciente não seja a recomendada pelo médico; e) O direito de optar entre os tratamentos possíveis é fundado no princípio da autonomia pessoal (autodeterminação), uma das maiores expressões da liberdade, garantida como direito fundamental constitucional expresso na CF, 5º, *caput*, II e III. Assim, não pode o médico ignorar a vontade do paciente e constrangê-lo a se submeter a determinada terapêutica, em desconformidade com a determinação expressa do CC, 15; f) O médico tem o dever de tratar o paciente. Para tanto, ele deve indicar opções de tratamento disponíveis para aquele determinado caso. Entre essas opções, poderá o paciente, após amplamente informado sobre quais os riscos e resultados esperados para cada uma das alternativas, exercer seu direito de eleição entre as terapias disponibilizadas pelo médico. Portanto, o dever de tratamento médico e o direito ao consentimento informado estão intrinsecamente ligados e harmonicamente acolhidos em nosso ordenamento jurídico; g) O praticante da religião Testemunha de Jeová recusa tão somente a transfusão de sangue, aceitando, por conseguinte, outros tratamentos. Em nenhum momento, a negativa deve ser equiparada ao suicídio, afinal ele deseja ser tratado e aceita se submeter a cuidados médicos[449].

Nelson Nery Junior defende a interpretação do direito à vida em consonância com o

[449] JUNIOR, Nelson Nery. Escolha Esclarecida de Tratamento Médico por Pacientes Testemunhas de Jeová, como exercício harmônico de direitos fundamentais. Parecer. São Paulo, 22 de setembro de 2009.

princípio da dignidade da pessoa humana: o que a Constituição garante é o direito à vida digna, com todos os seus desdobramentos. Assim, "se o paciente estiver em condições de manifestar seu consentimento informado quando do momento do tratamento, deve ser instado a fazê-lo e deve-se respeitar sua manifestação. Contudo, caso não esteja em condições de fazê-lo, mas já o tendo manifestado anteriormente de forma inequívoca (por meio de documento escrito ou audiovisual, v.g.), essa manifestação prévia vincula juridicamente os profissionais de saúde, que não a podem desrespeitar, sob pena de violar o direito fundamental à autodeterminação. O fato de haver iminente risco de morte não suprime do paciente seu direito fundamental à liberdade, incluindo-se aqui o direito de autodeterminar-se, devendo ser obtido seu consentimento informado, se possível, ou respeitado seu consentimento (ou dissentimento) informado previamente manifestado, conforme expressamente assegurado em nosso ordenamento jurídico por meio da "Carta dos Direitos e Deveres dos Usuários da Saúde (CDDUS), 5º, VII"[450].

Embora os casos mencionados se relacionem a escolhas de tratamento médico ligadas ao credo e este estudo se destine a investigar a possibilidade de escolhas de tratamento, a lógica por detrás do debate em ambos os casos é a mesma: a dificuldade em se regulamentar a autonomia privada quando ela se relaciona a opções que coloquem em risco a própria vida da pessoa.

Filipe Pinheiro Mendes também defende que a discussão acerca da disponibilidade do direito à vida não se atenha apenas ao bem jurídico vida, pois se faz necessária uma análise comparativa e razoável de tal direito em face dos demais direitos que com ele se relacionam, como é o caso da dignidade da pessoa humana, sob pena de, por meio de proteção exagerada àquele direito, deixe-se de tutelar adequadamente outros, também fundamentais. Dessa forma, é perfeitamente aceitável a interpretação segundo a qual a Constituição Federal, ao proclamar o direito à vida, o faz em sua dupla acepção, ou seja, protege-se não somente o direito de continuar vivo como também o de se ter uma vida digna. Em outros termos, a dignidade humana deve compreender não somente a dignidade da vida, mas também a dignidade da morte[451].

Gilberto Fachetti Silvestre e Guilherme Pratti dos Santos Magioli, por sua vez, ao

---

[450] Id.

[451] MENDES, Filipe Pinheiro. A tipificação da eutanásia no Projeto de Lei n. 236/12 do Senado Federal (novo Código Penal), disponível, a partir de 19 de dezembro de 2012, em http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/tipifica%C3%A7%C3%A3o-da-eutan%C3%A1sia-no-projeto-de-lei-n%C2%BA-23612-do-senado-federal-novo-c%C3%B3digo-penal, com acesso em 27 de abril de 2016.

analisarem a possibilidade ou não de acolhimento dos métodos de abreviação da vida no Direito brasileiro, identificando a existência de um possível novo direito, o direito à morte à luz da dignidade da pessoa humana, e tendo em mente que a dignidade da pessoa humana norteia o direito à vida, concluem que "é possível conceber que a fruição de uma vida digna há de levar, inevitavelmente, a uma morte sem sofrimento – o chamado 'direito de morrer dignamente' ou 'direito à morte digna'. No mesmo sentido, Faria e Rosenvald (2011, p. 340): 'Em palavras mais claras, ao direito de viver com dignidade, haverá de corresponder como espelho invertido o direito de morrer dignamente. Até mesmo porque uma morte digna há de ser a consequência natural de toda e qualquer vida digna. Trata-se, pois, tão somente de permitir que a natureza siga seu rumo, fazendo o seu inexorável papel, sem que isso atinja a dignidade da pessoa, em determinadas situações'"[452].

A jurisprudência pátria também já tem se posicionado pelo reconhecimento quanto à existência de um direito da personalidade à vida, mas enquanto digna, ou de um direito da personalidade à boa morte:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. NEGATIVA DO PACIENTE. NECESSIDADE DE SER RESPEITADA A VONTADE DO PACIENTE. 1. O direito à vida previsto no artigo 5º da Constituição Federal não é absoluto, razão por que ninguém pode ser obrigado a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica contra a sua vontade, não cabendo ao Poder Judiciário intervir contra esta decisão, mesmo para assegurar direito garantido constitucionalmente. 2. Ademais, considerando que "não se justifica prolongar um sofrimento desnecessário, em detrimento à qualidade de vida do ser humano", o Conselho Federal de Medicina (CFM), publicou a Resolução nº 1.995/2012, ao efeito de dispor sobre as diretivas antecipadas de vontade do paciente, devendo sempre ser considerada a sua autonomia no contexto da relação médico-paciente. 3. Hipótese em que o paciente está lúcido, orientado e consciente, e mesmo após lhe ser explicado os riscos da não realização do procedimento cirúrgico, este se nega a

[452] SILVESTRE, Gilberto Fachetti; MAGIOLI, Guilherme Pratti dos Santos. Em Defesa dos Métodos de Abreviação da Vida no Direito Brasileiro. Lima, Peru: Derecho y Cambio Social, Revista 42, ano XII, 2015 (ISSN: 2224-4131 - Depósito legal: 2005-5822), com publicação em 01 de outubro de 2015, disponível em http://www.derechoycambiosocial.com/revista042/EM_DEFESA_DOS_METODOS_DE_ABREVIA%C3%87AO.pdf, com acesso em 15 de dezembro de 2015.

realizar o procedimento, tendo a madrasta do paciente, a seu pedido, assinado termo de recusa de realização do procedimento em questão, embora sua esposa concorde com a indicação médica. 4. Por essas razões, deve ser respeitada a vontade consciente do paciente, assegurando-lhe o direito de modificar o seu posicionamento a qualquer tempo, sendo totalmente responsável pelas consequências que esta decisão pode lhe causar. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO"[453].

Quais seriam, então, os contornos de tal direito da personalidade? Como garantir o seu exercício?

Para resposta adequada, há necessidade de se conhecer quais são as formas de intervenção no processo morte, o que faremos na sequência.

[453] TJRS, AI n. 70065995078, Primeira Câmara Cível, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, j. em 03 de setembro de 2015, disponível em http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/230669134/agravo-de-instrumento-ai-70065995078-rs/inteiro-teor-230669136, com acesso em 17 de novembro de 2015.

IV. Formas de interferência no processo morte.

Na Doutrina, o português Jorge de Figueiredo Dias entende que as 'ajudas à morte' podem ser categorizadas em três níveis: a) "a ajuda à morte ativa direta, compreendendo aqueles casos em que, por meio de um comportamento ativo (v.g., a administração de uma injeção letal), se produz a morte ou se apressa, em maior ou menor medida, a ocorrência da morte"; b) "a ajuda à morte ativa indireta, abrangendo os casos em que não é de excluir, ou é mesmo razoavelmente seguro, que a medicação atenuante das dores ou indutoras do estado de inconsciência (v.g., a administração de doses crescentes de morfina) possa ter como consequência não intencionada ou mesmo indesejada o apressar do momento da ocorrência da morte"; c) "a chamada ajuda à morte passiva, compreendendo os casos em que uma omissão ou uma interrupção do tratamento determina um encurtamento do tempo de vida por forma tal que este deve considerar-se objetivamente imputável àquela, v.g., a renúncia a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento intensivo que teriam a virtualidade de prolongar a vida do paciente"[454].

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina enfrentou a questão em novembro de 2006, editando a Resolução n. 1.805, para estabelecer que, na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, seria permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente (artigo 1º, primeira parte), garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral (conforto físico, psíquico, social e espiritual, com possibilidade, inclusive, de alta hospitalar – artigo 2º), respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal (artigo 1º, segunda parte) e observada a obrigação de esclarecimento ao doente ou a seu representante sobre as modalidades terapêuticas para cada situação, o qual deveria ser fundamentado e registrado no prontuário médico (artigo 1º, parágrafos 1º e 2º)[455].

À época de sua publicação, forte opinião formou-se no sentido de que a omissão ou cessação de tratamento do doente terminal, seguida de morte, seria crime de homicídio diante da regra do artigo 13 do Código Penal, que equipara à ação a omissão sem a qual o evento não teria ocorrido.

---

[454] DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit. A "ajuda médica à morte": uma consideração jurídico-penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, volume 100, janeiro de 2013, página 15.

[455] O conteúdo da resolução pode ser encontrado no seguinte endereço: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm, com acesso em 29 de julho de 2015.

Em maio de 2007, o Ministério Público Federal, diante da negativa do Conselho Federal de Medicina de modificar a Resolução, promoveu ação civil pública[456], pretendendo o reconhecimento de nulidade da norma ou, alternativamente, a fixação de parâmetros para a realização da ortotanásia, sob os seguintes fundamentos: o Conselho Federal de Medicina não teria poder regulamentar para estabelecer como conduta ética uma conduta que é tipificada como crime; o direito à vida é indisponível, de modo que só poderia ser restringido por lei em sentido estrito; considerado o contexto sócio-econômico brasileiro, a ortotanásia poderia ser utilizada indevidamente por familiares de doentes e pelos médicos do sistema único de saúde e da iniciativa privada.

José de Oliveira Ascensão dissociou-se da doutrina dominante desde o início, apoiado em princípios gerais de interpretação da lei, ainda que questionasse a competência da entidade médica para regulamentar a matéria: "... nos impressiona esta espécie de para-legislação, em que setores verdadeiramente fundamentais da ordem jurídica brasileira são regulados por entidades diferentes das que se diria que constitucionalmente seriam as competentes para tal" [457].

Quanto à questão de fundo, defendeu o doutrinador que não haverá crime quando não se fizerem presentes os pressupostos jurídicos da omissão penal. Ou seja, o ilícito se configura se o médico descumprir um dever de atuar, o que não se verificaria quando a morte se apresentasse como inevitável[458].

O pedido da ação civil pública foi julgado improcedente três anos mais tarde, com

[456] Autos de n. 2007.34.00.014809-3, da 14ª Vara da Justiça Federal de Brasília.

[457] ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. A terminalidade da vida. Revista do TRF3 – Ano XXIV – n. 116 – janeiro/março de 2013, página 47.

[458] Id.: "O artigo 13 do Código Penal especifica no parágrafo 2º os pressupostos da relevância da omissão. Esta só releva quando o agente podia e devia atuar. Requer-se pois um dever de atuar. Este existe, nos termos da alínea a, quando o agente "tinha por lei" esse dever. Na situação que nos ocupa, há pois que indagar se o médico tem por lei o dever de prosseguir sempre os tratamentos primários, mesmo quando traumatizantes, se a morte se apresenta em qualquer caso como inevitável. Não há lei específica sobre a matéria. A conduta do médico terá então de ser determinada pelas *leges artis*. O que estas estabelecem não seguramente o dever de curar, que negaria a morte e a irredutibilidade de muitas doenças. Não é também o dever de retardar por todas as formas a morte, provocando ou prolongando a agonia, fora de toda a esperança. O dever é o de evitar a morte se possível: não o sendo, acompanhar o paciente terminal até ao fim, eliminando ou limitando o sofrimento, porque o sofrimento é em si um mal, embora possa ser sublimado pela sua aceitação individual. Isto significa, no que respeita à posição do médico, que não recai sobre ele um dever cego de tratar em qualquer caso. Prevalece um outro dever, que é o de evitar o procedimento fútil ou a obstinação terapêutica, a que o médico está eticamente vinculado. As atuações com um fim de cura tornam-se então desproporcionadas, justificando-se apenas tratamentos secundários ou paliativos que beneficiem quanto possível o estado do doente na fase terminal. Daqui resulta que o médico que assim procede não viola nenhum dever de agir, médico ou de qualquer fonte. Não se preenchem os pressupostos jurídicos da omissão penal. Consequentemente, nunca lhe poderia ser imputado o crime de homicídio".

reconhecimento de que a Resolução n. 1.805/2006 não ofende o ordenamento jurídico brasileiro e não necessita de reparos.

A Procuradora da República Luciana Loureiro Oliveira, ao se manifestar no processo, pontuou que a matéria debatida era polêmica, pois envolvia dilemas não só de ordem jurídica, mas também de cunho religioso, social e cultural. Embora compreensíveis os motivos que levaram à propositura da ação (ausência de competência do Conselho Federal de Medicina para normatizar matéria que não comportaria regramento, seja por limitação jurídica, seja por limitação cultural, com capacidade de produzir efeitos incompatíveis com valores culturais e sociais caros à sociedade brasileira, importando, inclusive, em contrariedade às leis penais vigentes), a Procuradora acabou por concluir pela improcedência: "nossa posição se resume, brevemente, em três premissas: 1) o CFM tem competência para editar a Resolução nº 1805/2006, que não versa sobre direito penal e, sim, sobre ética médica e consequências disciplinares; 2) a ortotanásia não constitui crime de homicídio, interpretado o Código Penal à luz da Constituição Federal; 3) a edição da Resolução nº 1805/2006 não determinou modificação significativa no dia-a-dia dos médicos que lidam com pacientes terminais, não gerando, portanto, os efeitos danosos propugnados pela inicial; 4) a Resolução nº 1805/2006 deve, ao contrário, incentivar os médicos a descrever exatamente os procedimentos que adotam e os que deixam de adotar, em relação a pacientes terminais, permitindo maior transparência e possibilitando maior controle da atividade médica; 5) os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal não devem ser acolhidos, porque não se revelarão úteis as providências pretendidas, em face da argumentação desenvolvida"[459].

Alguns anos mais tarde, o mesmo Conselho Federal de Medicina passou a reconhecer, por meio da Resolução n. 1.995 de agosto de 2012, uma maior autonomia ao paciente, o qual pode participar das decisões relativas ao seu tratamento, inclusive por meio de diretivas antecipadas de vontade, considerando, justamente, que "os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios", sendo que tais medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo doente, a tornar necessária a regulamentação da matéria na falta de qualquer norma sobre o assunto, inclusive para a solução de questões éticas relacionadas com o exercício

[459] A íntegra da sentença pode ser obtida no *site* http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf, com acesso em 25 de agosto de 2015.

da medicina[460].

Referido regramento também foi questionado por meio de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal[461], sob fundamentos muito próximos aos já consignados acima: ausência de competência do Conselho Federal de Medicina; regulamentação incompleta das diretivas antecipadas de vontade; exclusão da participação da família do doente e inadequação do prontuário para receber a declaração de vontade do paciente.

A Justiça Federal julgou os pedidos formulados improcedentes, entendendo que o Conselho Federal de Medicina, enquanto órgão supervisor da ética profissional médica, tem competência para tratar da matéria, por força do artigo 2º da Lei n. 3.268/57; que as diretivas antecipadas de vontade não encontram óbice em nosso ordenamento jurídico e foram reguladas para uso não apenas por pacientes terminais, mas por todo e qualquer paciente; que inexistente, de fato, legislação sobre a matéria, a qual seria bem vinda, inclusive para exaurir os requisitos necessários para a feitura das diretivas (capacidade, forma, modo de revogação e eficácia); que a resolução regulamenta apenas a conduta médica perante a situação fática de o paciente externar a sua vontade quanto aos cuidados e tratamentos médicos que deseja receber ou não, na hipótese de se encontrar sem possibilidade de exprimir sua vontade (efeito apenas na relação ético-disciplinar, mas sem o condão de criar direitos ou obrigações, sobretudo nas esferas cíveis ou penais); que a família e o poder público não restarão impedidos de buscar tutela judicial caso se oponham ao conteúdo das diretivas, nem caso pretendam responsabilização dos profissionais de saúde por eventual ilícito; que a resolução é compatível com a autonomia da vontade,

[460] O conteúdo da resolução pode ser encontrado no site http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf, com acesso em 11 de agosto de 2015. Relevante registrar os seguintes artigos:
Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade. Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade. § 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico. § 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica. § 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares. § 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente. § 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

[461] Ação de autos n. 1039-86.2013, da 1ª Vara da Justiça Federal de Goiás.

inclusive no que diz respeito à prevalência do desejo do doente sobre o dos familiares, o princípio da dignidade humana e a proibição de submissão a tratamento desumano ou degradante (artigo 1º, inciso III, e artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal), sendo que o princípio da autonomia da vontade para decidir sobre recursos terapêuticos está ínsito no artigo 15 do Código Civil[462], havendo, ainda, regulamentação suficiente no mesmo diploma quanto à capacidade do agente e aos elementos do negócio jurídico[463], e, finalmente, que o prontuário não foi eleito como instrumento necessário, mas como uma das possíveis formas de registro, ao qual os familiares possuem direito de acesso[464].

O cenário brasileiro atual, como se vê, é de ausência de regulamentação da matéria relativa às formas e consequências de intervenção no processo morte.

Ausência de regulamentação por lei em seu sentido estrito, já que sobrevivem as Resoluções de n. 1.805/2006 e de n. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, elaboradas principalmente com o fim de regulamentação da postura ético-profissional do médico frente à nova realidade social e suas exigências.

As hipóteses possíveis de intervenção no processo morte são denominadas eutanásia, distanásia, mistanásia e ortotanásia.

Para que possamos adentrar no tema relativo às diretivas antecipadas de vontade e ao seu cabimento no ordenamento brasileiro, com discussão sobre a necessidade de regulamentação da matéria por lei, prudente que sejam identificados, de antemão, o conceito e as características de referidas hipóteses.

IV.a. Eutanásia.

Etimologicamente, a palavra eutanásia, que deriva do grego *eu* (boa) e *thanatos* (morte), significava, na antiguidade, uma morte suave, sem sofrimentos atrozes.

---

[462] Artigo 15 do Código Civil: Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica.

[463] O Código Civil, do artigo 1º ao 10º, dita normas de capacidade. Já seu artigo 104 exige, para a validade do negócio jurídico: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei, enquanto seu artigo 107 estabelece que a validade da declaração de vontade não depende de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

[464] O conteúdo da sentença pode ser encontrado no *site* http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/senten%C3%A7a-ACP-testamento-vital.pdf, com acesso em 25 de agosto de 2015.

Hoje já não se pensa tanto no significado originário do termo, mas, sobretudo, na intervenção da medicina para atenuar as dores da doença ou da agonia, mesmo com risco de suprimir a vida prematuramente. O termo é utilizado em sentido mais preciso, o de dar a morte por compaixão, para eliminar radicalmente os sofrimentos extremos, ou evitar, às crianças anormais, aos incuráveis ou doentes mentais, o prolongamento de uma vida penosa, talvez por muitos anos, que poderia vir a trazer encargos demasiados pesados para as famílias ou para a sociedade[465].

Letícia Martel confirma que "o termo eutanásia já foi objeto de diferentes conceituações, muitas bastante amplas, que abraçavam formas ativas e omissivas em sujeitos passivos em condições muito dissimiles. Atualmente, porém, o conceito tem sido confinado a uma acepção bastante estreita, que admite apenas a forma ativa aplicada por médicos a doentes terminais cuja morte é inevitável em um curto lapso. Assim, compreende-se que a eutanásia é a ação médica intencional de apressar ou provocar a morte – com exclusiva finalidade benevolente – de pessoa que se encontre em situação considerada irreversível e incurável, consoante os padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos. Do conceito estão excluídas a assim chamada eutanásia passiva, eis que ocasionada por omissão, bem como a indireta, ocasionada por ação desprovida da intenção de provocar a morte. Não se confunde, também, com o homicídio piedoso, conceito mais amplo que contém o de eutanásia. A eutanásia admite formas distintas, segundo a voluntariedade, ou seja, o consentimento daquele que padece. Pode ela ser voluntária, quando há expresso e informado consentimento; não-voluntária, quando se realiza sem o conhecimento da vontade do paciente; e involuntária, quando é realizada contra a vontade do paciente. Necessário destacar que, no que toca à eutanásia involuntária, há um relevante e adequado consenso jurídico quanto ao seu caráter criminoso"[466].

João Alberto Schützer Del Nero[467], porém, entende que a classificação deva ser feita

---

[465] *In* http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html, com acesso em 25 de agosto de 2015.

[466] MARTEL, Letícia de Campos Velho. Terminalidade da vida e limitação consentida de tratamento: um olhar jurídico sobre a Resolução 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina, *in* http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/leticia_de_campos_velho_martel.pdf, com acesso em 03 de agosto de 2015, páginas 207 a 208.

[467] Observações feitas em Banca de Qualificação a que submetido este trabalho, no dia 22 de agosto de 2016, na sala dos professores do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

apenas com base na conduta do paciente e não na do médico, evitando-se, com isso, contradições ou entendimento dúbio à vista do conceito básico a que o termo está reduzido atualmente (ação intencional). Teríamos, assim, a eutanásia consentida, quando querida pelo doente; a eutanásia não consentida, quando feita sem o conhecimento do paciente, e a eutanásia impugnada, quando realizada contra a vontade do enfermo.

Vale consignar que a eutanásia não se confunde com a figura do suicídio assistido, entendido como a retirada da própria vida com auxílio ou assistência de terceiro, sendo que o ato causador da morte é de autoria daquele que põe termo à própria vida, enquanto terceiro colabora com o ato, quer prestando informações, quer disponibilizando os meios e condições necessárias à prática. O suicídio assistido por médico é espécie do gênero suicídio assistido[468].

Os conceitos da bioética se reorganizaram, de modo que a antiga distinção entre as formas ativa e passiva da eutanásia passaram a receber denominações distintas: o termo eutanásia passou a ser aplicado somente àquela que era conhecida como forma ativa, enquanto a conduta que caracterizava a eutanásia passiva deixou de ser visualizada como antiética, para constituir-se em manifestação da autonomia do paciente e no dever de respeito por parte da equipe de saúde[469].

O debate sobre a moralidade e a legalidade da eutanásia é recente (segunda metade do século XX e início do século XXI), já que os gregos e romanos não acreditavam que a vida necessitasse ser preservada a qualquer custo, de modo que o suicídio era aceitável quando não fosse possível oferecer qualquer alívio ao doente.

António José dos Santos Lopes de Brito e José Manuel Subtil Lopes Rijo bem informam que, na época antiga, não só o suicídio, mas a eutanásia econômico-social ou eugênica foram defendidos por estudiosos tidos por cultos, como Platão, Plínio e Thomas Moore. Platão escreveu, em sua República, que "todo cidadão tem um dever a cumprir em qualquer Estado civilizado; ninguém tem o direito de passar a vida doente ou em tratamento (...) aqueles que não forem sãos de corpo, deixem-se morrer...". "Em Esparta, era comum e obrigatória a precipitação de recém-nascidos mal formados do alto do monte Taigeto. Os

[468] MARTEL, Letícia de Campos Velho. Op. cit. Terminalidade da vida e limitação consentida de tratamento: um olhar jurídico sobre a Resolução 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina, *in* http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/leticia_de_campos_velho_martel.pdf, com acesso em 03 de agosto de 2015, página 210.
[469] Id.

birmanenses, por sua vez, enterravam vivos os idosos e os enfermos graves... Na Índia antiga, quando surgiam periodicamente crises de fome, os principais responsáveis pelas coisas ditas públicas reuniam os indivíduos considerados inúteis e tapavam-lhes as fossas nasais e a boca com limo sagrado e barro, lançando-os posteriormente ao rio Ganges... Em Roma, era prática corrente lançarem-se ao mar os deficientes mentais, e nos tempos do Imperador Valério Máximo havia um depósito de cicuta que se encontrava à disposição de quem mostrasse à corte desejo de abandonar a vida. O imperador romano Júlio César decretou que os combatentes, denominados gladiadores, feridos de morte que demorassem a sucumbir de agonia cruel, depois do combate no circo romano, fossem mortos para não se prolongar o seu sofrimento... Na Germânia antiga, os velhos e os inválidos eram abandonados nas florestas para serem devorados pelas feras"[470].

Daniela Ferreira Felix Alves confirma que os povos primitivos sacrificavam os idosos, deficientes e doentes em benefício dos demais: "os celtas tinham por hábito que os pais velhos e doentes fossem mortos por seus filhos. As antigas populações rurais nômades sul-americanas sacrificavam os enfermos e anciãos de sua comunidade para não os abandonar ao ataque de animais selvagens, quando não mais conseguissem acompanhar o grupo"[471].

Thomas More, no século XVI, descreveu como utópica uma sociedade que facilitasse a morte daqueles cuja vida tivesse se tornado penosa em virtude de sofrimento duradouro e torturante[472].

Brito e Rijo relembram, ainda, que a prática de purificação da raça se repetiu, durante a Segunda Guerra Mundial, na Alemanha nazista, e ainda é usual entre os selvagens da Polinésia, em vastas regiões da Índia, China, e também entre os esquimós[473].

---

[470] BRITO, António José dos Santos Lopes de; RIJO, José Manuel Subtil Lopes. Op. cit. Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal. Direito sobre a vida ou direito de viver? Coimbra: editora Almedina, 2000, páginas 53 e 54. Os autores concluem como possível reconhecer que, na antiguidade pré-cristã, não havia um respeito perfeito pela vida humana, embora se fizessem presentes certas preocupações com relação a ela, como o juramento de Hipócrates. Como visto no início deste trabalho, ainda que se tivesse certa compreensão da pessoa humana, somente com o desenvolvimento do conceito jurídico de personalidade e de dignidade é que se passou a ter cuidado maior com os direitos da personalidade, tanto no nível interno como internacional.

[471] ALVES, Daniela Ferreira Felix. Eutanásia e o desligamento de aparelhos em caso de morte encefálica diagnosticada. Artigo publicado no *site* Boletim Jurídico em 13 de dezembro de 2013, integrante da edição n. 1126, código da publicação 3100 (http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3100, com acesso em 20 de novembro de 2015).

[472] Utopia, 1516. Breve histórico pode ser encontrado no *site* http://eutanasia-ap.weebly.com/evoluccedilatildeo-histoacuterica.html, com acesso em 17 de fevereiro de 2016.

[473] BRITO, António José dos Santos Lopes de; RIJO, José Manuel Subtil Lopes. Op. cit. Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal. Direito sobre a vida ou direito de viver? Coimbra: editora Almedina, 2000, páginas 53 e 54.

António Menezes Cordeiro acrescenta que a eutanásia, a qual, em rigor, "reporta-se apenas ao encurtamento da vida de pessoas em estádio terminal e com sofrimento", foi usada como conceito, pela primeira vez, pelo médico e filósofio inglês Francis Bacon no século XVII[474], sendo que, ao longo da História, chegou a ser incentivada por formas totalitárias de pensamento[475].

Pode-se concluir, em suma, que não havia, em geral, na antiguidade pré-cristã, um respeito perfeito pela vida humana, apesar de certas considerações relevantes sobre o assunto terem sido feitas, como nos casos do Juramento de Hipócrates ou da Manden Charter. Na Idade Média e na Idade Moderna, vimos a chegada, além dos motivos econômico-sociais e eugênicos, de mais um fundamento para a prática da eutanásia: a compaixão, embora também com resistência, principalmente por parte dos cristãos. A partir do século XX, difundiram-se diversas organizações pró-eutanásia[476].

Enfrentamento da questão também se vê no campo religioso.

A prática é proibida pela Igreja Católica Romana[477], assim como pela Igreja Católica

---

[474] *Historia vitae et mortis*, 1623. Breve histórico pode ser encontrado no *site* http://eutanasia-ap.weebly.com/evoluccedilatildeo-histoacuterica.html, com acesso em 17 de fevereiro de 2016.

[475] CORDEIRO, António Menezes. Op. cit. Tratado de Direito Civil IV. Parte Geral: Pessoas. Coimbra: editora Almedina, 3ª edição, 2011, página 163. O doutrinador português observa que o pensamento alemão seria especialmente sensível à eutanásia, justamente por ela ter sido posta em prática, em larga escala, pelo regime nazista, apontando o termo para designar diferentes formas de conduta: a) a *eutanásia ativa direta*: o agente, em regra um médico ou paramédico, por meio de meios adequados, faz morrer o paciente, para abreviar o sofrimento ou para cofnseguir uma morte simples ('digna'); b) a *eutanásia ativa indireta*: o agente não pretende matar; simplesmente ministra, ao paciente, medicamentos destinados a aliviar o sofrimento, medicamentos esses que, como efeito colateral, poderão ter o de abreviar a vida; c) a *eutanásia passiva*: o médico se abstém de medidas artificiais que possam prolongar a vida de doentes em estado desesperado e comprovadamente irreversível. Menezes Cordeiro assevera que a eutanásia não é admissível pelo Direito Civil português, seja como auxílio ao suicídio, seja como produto exclusivo da atuação de terceiros, com a finalidade de eliminação da vida de uma pessoa como modo de suprimir seu sofrimento. A eutanásia direta é crime no Direito português, ainda que a pena possa variar de acordo com o caso concreto. A eutanásia ativa indireta dependerá da intenção do agente e dos meios utilizados ("se o agente não tiver qualquer intenção de matar, mas, apenas, a de minorar sofrimentos e se, para tanto, usar meios admissíveis, perante a arte médica, não há homicídio; apenas uma assunção justificada de riscos aceitáveis"). Por fim, a eutanásia passiva é admissível, mas desde que se verifique e comprove o estágio terminal e irreversível do paciente, não se tratando, a rigor, de eutanásia (páginas 163 e 164).

[476] BRITO, António José dos Santos Lopes de; RIJO, José Manuel Subtil Lopes. Op. cit. Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal. Direito sobre a vida ou direito de viver? Coimbra: editora Almedina, 2000, páginas 54 e 55.

[477] Catecismo da Igreja Católica: a) Aqueles que têm uma vida deficiente ou enfraquecida reclamam um respeito especial. As pessoas doentes ou deficientes devem ser amparadas, para que possam levar uma vida tão normal quanto possível (item 2276); b) Quaisquer que sejam os motivos e os meios, a eutanásia direta consiste em pôr fim à vida de pessoas deficientes, doentes ou moribundas. É moralmente inaceitável. Assim, uma ação ou uma omissão que, de per si ou na intenção, cause a morte com o fim de suprimir o sofrimento, constitui um assassínio gravemente contrário à dignidade da pessoa humana e ao respeito do Deus vivo, seu Criador. O erro de juízo, em que se pode ter caído de boa fé, não muda a natureza do ato homicida, o qual deve sempre ser condenado e posto de parte (item 2277); c) A cessação de tratamentos médicos onerosos, perigosos, extraordinários ou desproporcionados aos

Luterana e Episcopal, ao lado dos grupos de fé Evangélica e Fundamentalista[478].

Considerando mais uma vez que o Brasil é um país de maioria cristã, é importante acrescentar que, em 1980, após reconhecer que os direitos e os valores inerentes à pessoa têm lugar importante na problemática contemporânea e reafirmar solenemente a eminente dignidade da pessoa humana e muito particularmente o seu direito à vida, a Igreja Católica Romana pontuou que os progressos da medicina fizeram aparecer novos aspectos do problema da eutanásia, que reclamam ulteriores esclarecimentos no plano ético. Ainda assim, manteve-se firme no reconhecimento de que a eutanásia, entendida por ação ou omissão que, por sua natureza ou nas intenções, provoca a morte a fim de eliminar toda a dor, é uma violação da lei divina, configurando-se também como ofensa à dignidade humana, crime contra a vida e atentado contra a humanidade[479].

Já a associação unitária universalista, a Igreja Unida de Cristo e a Igreja Metodista manifestaram-se favoravelmente à eutanásia e, em certas circunstâncias, ao suicídio assistido. A Conferência Central dos Rabinos Americanos, por sua vez, ressalta que, embora a Lei Judaica

---

resultados esperados, pode ser legítima. É a rejeição do "encarniçamento terapêutico". Não que assim se pretenda dar a morte; simplesmente se aceita o fato de a não poder impedir. As decisões devem ser tomadas pelo paciente se para isso tiver competência e capacidade; de contrário, por quem para tal tenha direitos legais, respeitando sempre a vontade razoável e os interesses legítimos do paciente (item 2278); e) Mesmo que a morte seja considerada iminente, os cuidados habitualmente devidos a uma pessoa doente não podem ser legitimamente interrompidos. O uso dos analgésicos para aliviar os sofrimentos do moribundo, mesmo correndo-se o risco de abreviar os seus dias, pode ser moralmente conforme com a dignidade humana, se a morte não for querida, nem como fim nem como meio, mas somente prevista e tolerada como inevitável. Os cuidados paliativos constituem uma forma excepcional da caridade desinteressada; a esse título, devem ser encorajados (item 2279), *in* http://www.vatican.va/archive/cathechism_po/index_new/p3s2cap2_2196-2557_po.html, com acesso em 25 de agosto de 2015.

[478] BRITO, António José dos Santos Lopes de; RIJO, José Manuel Subtil Lopes. Op. cit. Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal. Direito sobre a vida ou direito de viver? Coimbra: editora Almedina, 2000, página 77.

[479] Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé. Declaração sobre a eutanásia: "nada ou ninguém pode autorizar a que se dê a morte a um ser humano inocente seja ele feto ou embrião, criança ou adulto, velho, doente incurável ou agonizante. E também a ninguém é permitido requerer este gesto homicida para si ou para um outro confiado à sua responsabilidade, nem sequer consenti-lo explícita ou implicitamente. Não há autoridade alguma que o possa legitimamente impor ou permitir... Pode acontecer que dores prolongadas e insuportáveis, razões de ordem afectiva ou vários outros motivos, levem alguém a julgar que pode legitimamente pedir a morte para si ou dá-la a outros. Embora em tais casos a responsabilidade possa ficar atenuada ou até não existir, o erro de juízo da consciência — mesmo de boa fé — não modifica a natureza deste gesto homicida que, em si, permanece sempre inaceitável. As súplicas dos doentes muito graves que, por vezes, pedem a morte, não devem ser compreendidas como expressão duma verdadeira vontade de eutanásia; nestes casos são quase sempre pedidos angustiados de ajuda e de afecto. Para além dos cuidados médicos, aquilo de que o doente tem necessidade é de amor, de calor humano e sobrenatural, que podem e devem dar-lhe todos os que o rodeiam, pais e filhos, médicos e enfermeiros". (*In* http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html, com acesso em 25 de agosto de 2015). O Papa João Paulo II, no ano de 1991, em carta aos Bispos de todo o mundo, expressou sua posição contrária à eutanásia e ao aborto (*in* http://www.cin.org/jp2ency/aboreuth.html, com acesso em 02 de março de 2016).

não permita o apressamento da morte, considera lícito, em circunstâncias especiais de sofrimento e impossibilidade de auxílio, a promoção da morte. Do espírito do Alcorão, pode-se inferir que, para a religião Islâmica, admite-se a suspensão de tratamento de doente terminal quando os instrumentos de preservação de sua vida podem ser usados em doente com melhores probabilidades de sobrevivência. Os Budistas, por considerarem o sofrimento não dignificante, admitem a eutanásia. Os Hindus, por outro lado, a reprovam por entender que a alma deve passar por todos os prazeres e sofrimentos a que se sujeita o corpo[480].

"Somente nos últimos cem anos, iniciaram-se esforços para regulamentação legal da eutanásia voluntária, já que até recentemente não se obtivera sucesso em tal empreitada, ainda que o suicídio assistido seja legalmente tolerado na Suíça há muitos anos (Código Penal de 1942). O assunto, por exemplo, foi discutido no Parlamento Inglês em 1922 e novamente em 1936 e 1947, com a apresentação de dois projetos de lei para legalização da eutanásia, mas com recusa pela Câmara dos Lordes. Entretanto, nos anos 70 e 80, uma série de casos judiciais na Holanda culminaram com um acordo entre as autoridades legais e médicas para garantir que nenhum médico seria processado por assistir um paciente a morrer se cumpridos rigorosamente todos os requisitos legais. Em resumo, tais requisitos foram estabelecidos para permitir que médicos praticassem eutanásia voluntária quando um paciente competente tivesse feito uma decisão voluntária e informada pela morte, já que em situação de dor insuportável e sem condição de ser aliviada de forma aceitável por este paciente, com revisão do diagnóstico e do prognóstico de seu médico por outro profissional. Em 1990, a primeira lei regulando a eutanásia voluntária foi aprovada pelo parlamento do território do norte australiano. Subsequentemente, a lei enfrentou uma série de questionamentos judiciais por opositores da eutanásia voluntária. Em 1997, os questionamentos levaram à derrubada da lei pelo parlamento nacional australiano, que proibiu os territórios australianos de emitirem leis permissivas da eutanásia"[481].

---

[480] BRITO, António José dos Santos Lopes de; RIJO, José Manuel Subtil Lopes. Op. cit. Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal. Direito sobre a vida ou direito de viver? Coimbra: editora Almedina, 2000, páginas 77 e 78.

[481] Stanford Encyclopedia of Philosophy, *in* http://plato.stanford.edu/entries/euthanasia-voluntary/, com acesso em 09.04.2015: "Debate about the morality and legality of voluntary euthanasia has been, for the most part, a phenomenon of the second half of the twentieth century and the beginning of the twenty first century. Certainly, the ancient Greeks and Romans did not believe that life needed to be preserved at any cost and were, in consequence, tolerant of suicide in cases where no relief could be offered to the dying or, in the case of the Stoics and Epicureans, where a person no longer cared for his life. In the sixteenth century, Thomas More, in describing a utopian community, envisaged such a community as one that would facilitate the death of those whose lives had become burdensome as a result of 'torturing and lingering pain'. But it has only been in the last hundred years that there have been concerted efforts to make legal provision for voluntary euthanasia. Until quite recently, there had been

"No estado americano de Oregon, legislação foi introduzida em 1997, para permitir o suicídio assistido por médico após aprovação por um segundo referendo. Mais tarde, naquele mesmo ano, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que não há direito constitucional ao suicídio assistido por médico. Entretanto, a Suprema Corte não afastou o direito individual dos Estados de legislar em favor da matéria. Em consequência, a legislação do Estado de Oregon permaneceu em vigor e foi utilizada por algumas pessoas"[482].

Em novembro de 2000, a Holanda iniciou os procedimentos para legalização da prática de eutanásia voluntária[483]. O projeto passou por todos os estágios parlamentares e virou lei em 2001, com efeitos a partir de 1º de abril de 2002. O parlamento belga promulgou legislação semelhante em maio de 2002, com ampliação, em dezembro de 2013, para alcançar crianças terminantemente doentes[484].

---

no success in obtaining such legal provision (though assisted suicide has been legally tolerated in Switzerland for many years). However, in the 1970s and 80s a series of court cases in The Netherlands culminated in an agreement between the legal and medical authorities to ensure that no physician would be prosecuted for assisting a patient to die as long as certain guidelines were strictly adhered to (see Griffiths, et al. 1998) In brief, the guidelines were established to permit physicians to practise voluntary euthanasia in those instances in which a competent patient had made a voluntary and informed decision to die, the patient's suffering was unbearable, there was no way of making that suffering bearable that was acceptable to the patient, and the physician's judgements as to diagnosis and prognosis were confirmed after consultation with another physician. In the 1990s, the first legislative approval for voluntary euthanasia was achieved with the passage of a bill in the parliament of Australia's Northern Territory to enable physicians to practise voluntary euthanasia. Subsequent to the Act's proclamation in 1996, it faced a series of legal challenges from opponents of voluntary euthanasia. In 1997 the challenges culminated in the Australian National Parliament overturning the legislation when it prohibited Australian Territories (the Australian Capital Territory and the Northern Territory) from enacting legislation to permit euthanasia. In Oregon in the United States, legislation was introduced in 1997 to permit physician-assisted suicide after a second referendum clearly endorsed the proposed legislation. Later in 1997, the Supreme Court of the United States ruled that there is no constitutional right to physician-assisted suicide; however, the Court did not preclude individual states from legislating in favor of physician-assisted suicide. The Oregon legislation has, in consequence, remained operative and has been successfully utilised by a number of people. In November 2000, The Netherlands passed legislation to legalize the practice of voluntary euthanasia. The legislation passed through all the parliamentary stages early in 2001 and so became law. The Belgian parliament passed similar legislation in May 2002 (For a very helpful comparative study of relevant legislation see Lewis 2007)". Nos Estados Unidos, atualmente, em cinco Estados, a prática é autorizada: Oregon, Washigton, Vermont, Montana, Texas (*in* Euthanasia and assisted suicide laws around the world, https://www.theguardian.com/society/2014/jul/17/euthanasia-assisted-suicide-laws-world, com acesso em 19 de setembro de 2016).

[482] Id.

[483] Um resumo da lei pode ser encontrado em http://www.patientsrightscouncil.org/site/hollands-euthanasia-law/, com acesso em 18 de maio de 2016.

[484] The Belgian Act on Euthanasia of May, 28th 2002 pode ser encontrado em http://www.ethical-perspectives.be/viewpic.php?TABLE=EP&ID=59, com acesso em 01 de junho de 2016. Sobre a ampliação sofrida para autorização da eutanásia em menores, confira-se o artigo "Children and euthanasia: Belgium's controversial new law", disponível em http://diversityhealthcare.imedpub.com/children-and-euthanasia-belgiums-controversial-new-law.php?aid=3729, com acesso também em 01 de junho de 2016. Desde 1934, o Uruguai tolera a morte assistida, permitindo que a Justiça não penalize quem comete o homicídio piedoso. Apesar disso, a prática não é legalizada. A Colômbia,

Inexiste autorização legal, em nosso país, para a prática da eutanásia, ainda que, em 1996, tenha sido proposto, no Senado Federal, o Projeto de Lei n. 125/96[485], que previa a regularização de procedimentos de eutanásia, com reflexos na legislação penal, mas ainda sem aprovação.

Projetos posteriores tentaram abordar a matéria, mas também continuam em debate.

Em 2005, o deputado Osmânio Pereira apresentou o Projeto de Lei n. 5058[486], visando à regulamentação do artigo 226, parágrafo 7º, da Constituição Federal, por meio do reconhecimento da inviolabilidade do direito à vida, com a inclusão da eutanásia no artigo 122 do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro), que passaria a ser assim escrito:

"Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio

Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena aquele que de algum modo contribuir para a realização de eutanásia:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave".

A justificativa do congressista se baseou na Constituição Federal, a qual, ao garantir os direitos individuais fundamentais e invioláveis a todas as pessoas, sem qualquer distinção, inclusive no que diz respeito ao estágio da vida em que se encontrem, citou, em primeiro lugar, o direito à vida, o que tem toda a lógica, porque, sem esse direito, que é, de todos, o primeiro,

---

desde 1997, segue a mesma lógica (Mario Molinari, Eutanásia: análise dos países que permitem, disponível em http://mariomolinari.jusbrasil.com.br/artigos/116714018/eutanasia-analise-dos-paises-que-permitem, com acesso em 20 de setembro de 2016). A Europa é o continente onde mais países permitem o suicídio assistido. Além da Holanda e da Bélgica, que legalizaram a prática da eutanásia (na Bélgica, como visto, desde 2002, sendo que, atualmente, a eutanásia de crianças também é autorizada desde que o paciente compreenda o "lado irreversível da morte", o que é julgado por uma equipe de médicos e psicólogos, mas ambos os pais devem outorgar seu consentimento. Na Holanda, onde a prática é também legalizada, menores podem optar pela morte, mas é preciso ter a idade mínima de 12 anos), Suíça, Alemanha e Luxemburgo também legalizaram a eutanásia passiva. Na França, não se legalizou a eutanásia, mas a Lei Leonetti, de 2005, permite o "deixar morrer": dentro de condições estritas, tratamentos inúteis podem ser cessados e a administração de drogas que venham a causar a morte pode ser autorizada (*in* L'euthanasie en Europe, http://www.touteleurope.eu/actualite/l-euthanasie-en-europe.html, com acesso em 21 de setembro de 2016). Sobre a eutanásia e suicídio assistido em Luxemburgo: http://www.luxembourg.public.lu/en/vivre/famille/fin-vie/euthanasie-soinspalliatifs/index.html, com acesso em 19 de setembro de 2016.

[485] Disponível em http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:senado.federal:projeto.lei;pls:1996-06-05;125, com acesso em 23 de março de 2016.

[486] Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=281681, com acesso em 27 de abril de 2016.

nenhum sentido teriam os demais. Assim, seria dever do Estado garantir a todos, antes de tudo, o direito à vida, obrigação que se impõe mais ainda quando os sujeitos do direito são indefesos, como no caso dos nascituros e dos doentes:

"Do mesmo modo que os nascituros não possuem meios de defesa contra as agressões externas, os doentes e os idosos também são merecedores de proteção especial, dada a sua condição de fragilidade. No entanto há quem defenda a prática da eutanásia com relação a estas pessoas desprotegidas. Além de não possuírem condições de defesa, encontram-se psicologicamente fragilizados pela debilidade física ou pela doença. Assim, é possível, que neste estado de debilidade física e mental, acabem concordando com antecipação de sua morte, pela adoção da eutanásia, até mesmo para se verem livres do sofrimento que tanto lhes angustia. Essas pessoas, levadas pelo sofrimento, perdem o instinto inato de preservação e sobrevivência, ficando vulneráveis física e psicologicamente. Desse modo, como bem lembra o Professor Ives Gandra da Silva Martins, em seu trabalho "Fundamentos do Direito Natural à Vida", "o aborto e a eutanásia são violações ao direito natural à vida, principalmente porque exercidos contra insuficientes". É indispensável, portanto, que se explicite a natureza hedionda de tais crimes, bem como se vedem legalmente quaisquer ações nesse sentido"[487].

Em anos mais recentes, passou-se a debater um novo Código Penal pela apresentação pelo senador José Sarney, ao Senado Federal, do Projeto de Lei n. 236, de 07 de julho de 2012[488], elaborado por uma comissão de juristas, sob a presidência do ministro Gilson Dipp, do Superior Tribunal de Justiça, o qual tipifica a eutanásia, prevendo-a como uma modalidade nova e autônoma de crime, distinta do homicídio:

"Eutanásia

Artigo 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§ 1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a

[487] O deputado menciona, ao lado da defesa da Constituição Federal, a necessidade da defesa da soberania de nosso país, indicando a existência de uma "cultura da morte", praticada por países estrangeiros, os quais desejam impô-la para o Brasil (http://www.ghente.org/doc_juridicos/pl5058.htm, com acesso em 27 de abril de 2016).

[488] Disponível em http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404 e http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1, com acesso em 27 de abril de 2016.

relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima".

O Projeto de Novo Código Penal, como vem sendo chamado, dispõe expressamente, ainda, que a ortotanásia não é crime, desde que atestada a irreversibilidade da doença da vítima por dois médicos:

"**Eutanásia**

Artigo 122....

Exclusão de ilicitude

§ 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão".

As justificativas se encontram nas mudanças sofridas por nossa sociedade e na necessidade de regulamentação de assuntos polêmicos e instigantes que surgiram neste novo seio. Vale registrar que o senador Sarney manifestou-se, "por questão de consciência e religião", contra a proposta apresentada em relação aos temas em debate[489].

A prática de eutanásia, portanto, ainda se qualifica como crime em nossa sociedade, na forma do artigo 121 do Código Penal Brasileiro.

Não há como negar, porém, que a nova realidade, marcada notadamente pelo avanço tecnológico e pelo aumento da expectativa de vida, e casos paradigmas ainda mantêm vivo o tema.

Casos paradigmas como o do jovem estudante e ginasta, que foi morto a tiros pela médica, sua tia, em conluio com a mãe dele, na então Tchecoslováquia (caso Paula Salus-Kastner, de 1932), após ter sido vítima de uma explosão em seu domicílio, que o deixou cego e sem membros[490]; de Eluana Englaro, que entrou em estado vegetativo em janeiro de 1992, após um acidente de carro, e se tornou o foco de um debate judicial entre apoiantes e opositores da eutanásia na Itália até que a Justiça autorizasse a retirada dos sistemas artificiais que a mantinham viva, a pedido de seu pai, o que a levou a óbito[491]; de Terry Schiavo, de 41

[489] Disponível em http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1, com acesso em 27 de abril de 2016.

[490] BRITO, António José dos Santos Lopes de; RIJO, José Manuel Subtil Lopes. Op. cit. Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal. Direito sobre a vida ou direito de viver? Coimbra: editora Almedina, 2000, página 56.

[491] A batalha judicial durou cerca de dez anos. A Justiça Italiana autorizou que os sitemas de alimentação e hidratação fossem suspensos em 2008, o que levou à morte de Eluana em fevereiro de 2009 (*in*

anos, que sofria de problemas no cérebro devido a um erro médico em uma cirurgia plástica, que faleceu em 31 de março de 2005, após disputa travada na Justiça Americana, entre seu marido e os pais dela, quanto à possibilidade de desligamento de aparelhos, o que fez com que o Congresso norte-americano aprovasse, pela primeira vez na história, uma lei de emergência para solucionar o caso[492]; do Papa João Paulo, que, após várias tentativas médicas de tratamento (Mal de Parkinson), optou por não mais voltar ao hospital, preferindo morrer em seus aposentos em 02 de abril de 2005, e da indiana Aruna Shanbaug, que trouxe o questionamento sobre a possibilidade de desligamento de aparelhos em caso de coma vegetativo na Índia[493], ao lado de outros[494].

A discussão também não passa despercebida em nosso país não só pelos projetos de lei

---

http://milano.repubblica.it/cronaca/2016/04/07/news/eluana_englaro-137128623/?ref=search, com acesso em 24 de agosto de 2016). A Corte de Apelação de Milão fundou-se nas seguintes premissas: a) a pessoa pode rejeitar tratamento médico quando isso não coloque em risco a saúde coletiva. Fundamentos: o princípio do "consenso informado" (Convenção de Oviedo e Carta de Nizza), artigo 35 do Código Italiano de Deontologia Médica de 2006 e artigos 2º, 13 e 32 da Constituição Italiana; b) a possibilidade de reconstrução da vontade presumível de Eluana pela cessação do tratamento, de acordo com o seu modo de vida e pensamentos expressados enquanto consciente; c) a avaliação médica de irreversibilidade do quadro de estado vegetativo persistente - mais de dezesseis anos (O direito de morrer: o caso Eluana Englaro, Luiz Eduardo Diniz Araujo, disponível no *site* http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/o-direito-de-morrer-o-caso-eluana-englaro, com acesso em 31 de agosto de 2016). Neste ano de 2016, o pai de Eluana protestou contra a inércia do parlamento italiano, que, sensibilizado após a morte de sua filha, acenava para a aprovação de lei que autorizasse a elaboração de diretivas antecipadas de vontade (Lei Calabrò). Porém, após argumentos de inconstitucionalidade, o debate foi esquecido. Ao mundo político, Beppino Englaro explica que não se trata de regulamentação da eutanásia, mas da "possibilidade de autodeterminar-se segundo os princípios de um Estado de Direito. Ninguém poderá decidir no lugar de outra pessoa. A decisão precisa ser tomada com a pessoa interessada" (*in* http://video.repubblica.it/edizione/milano/testamento-biologico-beppino-englaro-dopo-la-morte-di-eluana-non-e-stato-fatto/231964/231472?ref=search, com acesso em 23 de agosto de 2016).

[492] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Direito Civil entre a vida e a morte. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 100, jan./dez. 2005, páginas 433 a 471, a páginas 455-456.

[493] Matéria disponível em http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2015/05/apos-anos-em-coma-morre-indiana-que-gerou-debate-sobre-eutanasia.html, com acesso em 24 de fevereiro de 2016.

[494] Matéria publicada no New Yorker, em 22 de junho de 2015, sob o título: The Death Treatment – When should people with a non-terminal illness be helped to die? (tradução livre: O Tratamento de Morte – Quando pessoas que não estejam em estado terminal de doença devem ser ajudadas a morrer?), *in* http://www.newyorker.com/magazine/2015/06/22/the-death-treatment, com acesso em 02 de março de 2016. Na época das Paralimpíadas 2016, que se realizaram no Rio de Janeiro em setembro, a atleta belga Marieke Vervoort manifestou expressamente o desejo de se submeter à eutanásia, na forma autorizada pela lei em seu país, após a competição. "Loira de cabelo espetado e braços musculosos", a volocista de trinta e sete anos, portadora de uma rara doença denegerativa na coluna vertebral, é quase imbatível em cima de uma cadeira de rodas, embora tenha que recorrer a drogas pesadas, como morfina, para conseguir treinar. Em Londres (Paralimpíadas de 2012), foi medalha de ouro nos 100 metros rasos e prata nos 200. Ao anunciar que aquela seria sua segunda e última competição de Paralimpíadas, esclareceu que "quem me vê rindo com minhas medalhas não conhece o lado escuro da minha vida. Sofro muito". A opção pela eutanásia foi uma libertação: "Quando quiser, posso pegar os papéis que assinei e dizer: 'Chega, quero morrer'. É uma tranquilidade nos momentos de muito sofrimento" (Revista Veja, editora Abril, edição 2495, ano 49, n. 37, 14 de setembro de 2016).

mencionados acima, mas também em face de ocorrências concretas, coma a do cirurgião paulista Carlos Alberto de Castro Cotti, que confessou a prática de eutanásia, inclusive involuntária, desde os idos de 1959[495]; do auxiliar de enfermagem Edson Isidoro Guimarães, que, no Rio de Janeiro, provocou a morte de muitos pacientes e foi condenado a uma pena de setenta e seis anos de prisão, em 2000, por homicídio, na forma do artigo 121 do Código Penal Brasileiro[496], ou do menino Jhéck Breener de Oliveira, de 04 anos, portador de síndrome metabólica degenerativa, já cego, mudo e sem movimentos, que levou o pai a pensar, em 2005, a recorrer ao Poder Judiciário para desligamento de seus aparelhos, mas com desistência pela oposição da mãe e da sociedade, inclusive com ameaças[497].

Na ficção, o filme espanhol Mar Adentro, do cineasta Alejandro Almenabar (2004), retratou com fidelidade o embate trazido por situação tão sensível, ao narrar a história de um marinheiro espanhol, Ramon Sampedro, que se acidenta e não mais deseja viver[498]. Léo Passini analisou o tema da morte assistida a partir de questionamentos éticos sobre a vida e a morte levantados nesta película, concluindo pelo direito ao respeito ao qual todo ser humano faz jus[499].

O debate, como se vê, gira em torno do conteúdo e da extensão do direito à vida e, por consequência, das formas adequadas à sua tutela, inclusive no âmbito do Direito Privado (Direitos da Personalidade).

Como bem posto por Filipe Pinheiro Mendes, "para grande parte da doutrina brasileira, o direito à vida continua a ser um direito fundamental quase absoluto, cuja relatividade apenas

---

[495] GOLDIM, José Roberto. Eutanásia em São Paulo, artigo publicado em 08 de março de 2004, no periódico Vidas em Revista, disponível em http://www.bioetica.ufrgs.br/casoeubr.htm, com acesso em 02 de março de 2016.

[496] GOLDIM, José Roberto. Caso Eutanásia no Rio de Janeiro, artigo publicado em 08 de março de 2004, no periódico Vidas em Revista, disponível em http://www.bioetica.ufrgs.br/casoeurj.htm, com acesso em 02 de março de 2016.

[497] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Op. cit. Direito Civil entre a vida e a morte. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 100, jan./dez. 2005, páginas 433 a 471, a página 456.

[498] Antes disso, o filme japonês A Balada de Narayama (1983) enfrentou a delicada questão do descarte dos mais velhos e doentes diante das adversidades da vida: em um pobre vilarejo próximo a uma grande montanha, devido à escassez de comida e ao medo do futuro, medidas drásticas são adotadas para a manutenção da vida como ela é. Assim, todo habitante da região que chega aos setenta anos é levado pelo seu filho mais velho até o topo do Narayama, onde é deixado para morrer. Recentemente, a película Como eu era antes de você (2016), baseada em livro homônimo de Jojo Moyes, retoma a questão da eutanásia, ao mostrar a história de um rapaz bem sucedido, amante dos esportes radicais e de viagens e repleto de conquistas, que sofre um acidente, tornando-se tetraplégico e depressivo. Em meio a uma nova história de amor, passa a enfrentar dúvidas sobre continuar vivendo e a possibilidade de se submeter à eutanásia na Suíça.

[499] PESSINI, Léo. Morte, solução de vida? Uma leitura bioética do filme *Mar Adentro*. Artigo publicado na Revista Bioética 16 (1): 51 – 60, 2008, do Conselho Federal de Medicina. O autor destaca os seguintes questionamentos éticos: "qual o valor da vida humana quando marcada por deficiências que tolhem a liberdade e a autonomia? O que fazer quando não se encontra mais motivos para viver? Continuar a viver tentando ressignificar a vida seria possível ou a opção pelo suicídio assistido seria desejável como o fez Ramon Sampedro?".

se verifica em casos extremamente excepcionais, os quais devem ser expressamente previstos em lei, ou até mesmo na própria Constituição. Em verdade, a relatividade dos direitos fundamentais é um aspecto já amplamente aceito tanto pela doutrina como pela jurisprudência dominantes no país. Ademais, o próprio STF, por mais de uma vez já teve a oportunidade de se manifestar nesse sentido, ratificando não existir direitos absolutos, quaisquer que sejam eles. Nesse diapasão, não há porque insistir em uma proteção exagerada ao direito à vida, pondo em risco, inclusive, outros direitos fundamentais, quando já se sabe que mesmo sendo a vida a base para a concretização de outros direitos, esta também está sujeita a relativizações. A prática da eutanásia é um fato social que põe em cheque essa discussão a respeito da relatividade do direito à vida, principalmente no tocante à possibilidade de seu titular dispor da mesma"[500].

Daí a importância de uma abordagem mais profunda da matéria relativa aos Direitos da Personalidade na primeira parte deste estudo, com elaboração de um conceito adequado para a compreensão do direito à vida e de todas as suas implicações no âmbito do Direito Interno.

O questionamento, porém, persiste: justificariam a dignidade da pessoa humana e sua autonomia intrínseca a prática de eutanásia? Ou o direito à vida, por ser o primeiro e mais fundamental, já que dele dependentes todos os demais, tornaria sua proteção inafastável?

Em outros termos, há fundamento para mudança de nossa legislação, inclusive no âmbito penal (tipificação da eutanásia como tipo autônomo)? E, neste caso, haveria necessidade de tratamento legal da prática da ortotanásia (mesmo no âmbito penal, como proposto pelo Projeto de novo Código Penal)?

Ou já se encontrariam justificativas suficientes para se autorizar a prática da eutanásia, com descriminalização de tal conduta em todos os âmbitos legais?

Para o médico Irany Novah Moraes, a eutanásia, enquanto apressar da morte, costuma ser invocada para aliviar a dor ou diminuir o sofrimento. Mas há que se indagar: sofrimento de quem? Do doente, da família ou do bolso? No seu entender, estando o paciente em condições de morte iminente, ou seja, em estado terminal, o médico pode comportar-se de diversas maneiras, sendo que cada uma delas tem resultados diferentes e significados diversos. De acordo com o

[500] MENDES, Filipe Pinheiro. A tipificação da eutanásia no Projeto de Lei n. 236/12 do Senado Federal (novo Código Penal), disponível, a partir de 19 de dezembro de 2012, em http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/tipifica%C3%A7%C3%A3o-da-eutan%C3%A1sia-no-projeto-de-lei-n%C2%BA-23612-do-senado-federal-novo-c%C3%B3digo-penal, com acesso em 27 de abril de 2016. Mendes bem ressalta que a questão, no âmbito penal, é saber até que ponto a tipificação criminal da eutanásia ampliará ou não a proteção ao bem jurídico vida.

Código Brasileiro de Deontologia Médica, o médico vê como possíveis as seguintes condutas: "1) apressar a morte. É a chamada eutanásia ativa. Trata-se de crime; 2) deixar de utilizar meios artificiais e adotar medidas que aliviem a dor e minimizem o sofrimento. É a chamada eutanásia passiva. Trata-se de procedimento ético; 3) após ``desmame" (tentativa progressiva de desligar de todo o maquinário), desligar a máquina. Trata-se de procedimento ético. No caso de morte cerebral, com os centros respiratórios funcionando, não há necessidade de ventilação assistida. Foi o que ocorreu com uma paciente nos EUA, cuja família acionou a Justiça para desligar a aparelhagem e, após muita discussão, o juiz autorizou, e a moça passou dez anos viva sem os aparelho; 4) utilizar meios artificiais, logo após a morte encefálica, para manter órgãos vivos para transplante. Trata-se de procedimento ético; 5) usar meios artificiais pretendendo prolongar a vida. Trata-se de procedimento antiético"[501].

No meio jurídico, Orlando Gomes, já nos idos de 1966, advertia que os graves perigos que encerra a eutanásia levavam as legislações em geral a repudiá-la, muito embora ela se justificasse em casos excepcionais[502].

Acompanhando a mesma preocupação, Antonio Junqueira de Azevedo concluiu que a concepção insular, antropocêntrica e subjetivamente fechada, já não garante juridicamente o ser humano e pode levar a abusos e desvios, entre os quais o caso da eutanásia seria paradigmático: "escreve Etienne Montere ("Cahiers", n. 3, 1998) contra a chamada 'eutanásia direta': "A alguns agradaria fazer-nos crer que, ao privilegiar o respeito à autonomia individual (cada um é juiz da sua própria dignidade e decide o momento de sua morte), a legalização é a única solução admissível em um estado pluralista e laico. Mas estão muito equivocados: ao plasmar em um texto legal – cuja vocação é estruturar comportamentos – o princípio da eutanásia, inclusive a voluntária, o legislador avalizaria a controvertida noção de 'qualidade de vida', impondo-a a todos"[503] (grifo nosso). Assim e deixando de lado o que ninguém contesta (a licitude da

[501] Matéria publicada por Irany Novah Moraes na Folha de São Paulo, sob o título de Eutanásia, em 18 de julho de 1995 (*in* http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/7/18/cotidiano/13.html). O médico ressalta a responsabilidade do médico em estabelecer o diagnóstico de morte e, principalmente, em definir o momento da irreversibilidade do quadro clínico. Deve ficar claro que ambos diagnósticos são afetos ao médico e dependem da sua consciência e competência.

[502] GOMES, Orlando. Op. cit. Direitos de personalidade. Revista de Informação Legislativa, volume 3, número 11, páginas 39 a 48, setembro de 1966, a página 46.

[503] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 97, 2002, páginas 107 a 125, a página 111.

suspensão do 'empenho terapêutico'[504]), "a primeira concretização da intangibilidade da vida humana, no campo polêmico de hoje, há de ser a *proibição da eutanásia* (dita, às vezes, *'eutanásia direta').* O médico que concorda em praticar a eutanásia, porque o interessado declarou vontade nesse sentido, está admitindo implicitamente a falta de valor intrínseco da vida de seu paciente. Como diz Montero (*Rumo a uma legalização...", 1998*): 'É claro que o fundamento não reconhecido da eutanásia se baseia na ideia de que algumas vidas não valem (mais) a pena serem vividas. A decisão de praticar a eutanásia não se apoia nunca apenas na vontade do doente, mas é sempre o resultado de um juízo de valor sobre a qualidade de vida'. O próprio suicídio fere o princípio da intangibilidade da vida humana, porque não há, quanto à vida, *jus in se ipsum* – na qualificação 'lícito/ilícito, é ato ilícito, ainda que sem sanção. Toda vida individual se insere no fluxo vital coletivo, de tal forma que o titular não é o soberano absoluto de sua vida; a vida de cada um é valor que, mediatamente, a todos interessa" (grifo nosso)[505].

Para Junqueira, a decisão do paciente de autorizar ou rejeitar transfusão de sangue, assim como de se submeter ou não a operações cirúrgicas de risco, pareceria pertencer ao campo da autonomia, não adentrando no campo da intangibilidade da vida, como no caso da eutanásia, o que mudaria de figura quando se tratasse de representante de outra pessoa, como no caso do pai em relação a filho menor, já que, nesta hipótese, não haveria direito discricionário do representante justamente pela impossibilidade de manifestação da vontade útil do paciente, de modo que a transfusão de sangue, ou a operação, deve ser feita ou não, segundo as normas

[504] Em nota de rodapé, Junqueira aponta que a Igreja Católica já reconhece a possibilidade de cessação de tratamento médico desnecessário: "Catolicismo da Igreja Católica (edição francesa, ns. 2.278/2.279): 'A cessação dos procedimentos médicos onerosos, perigosos, extraordinários ou desproporcionais em relação aos resultados esperados, pode ser legítima. É a recusa do 'empenho terapêutico'. Ninguém, assim, quer dar a morte, somente aceita de não a poder impedir'. No original: 'La cessation de procédures médicales onéreuses, périlleuses, extraordinaires ou disproportionnées avec les résultats attendus, peut être légitime. C'est le refus de 'l'acharnement thérapeutique'. On ne veut pas ainsi donner la mort ; on accepte de ne pas pouvoir l'empêcher. E o texto continua : Les decisions doivent être prises par le patient s'il en a la compétence et la capacité, ou sínon par les ayant droit légaux, en respectant toujours la volonté raisonable et les intérêts légitimes du pacient. Même si la mort est considérée comme imminente, les soins ordinairement dus à une personne malade ne peuvent pas être légitimement interrompus. L'usage des analgésiques pour alléger les souffrances du moribond, même au risque d'abréger ses jours, peut être moralement conforme à la dignité humaine si la mort n'est pas volue, ni comme fin ni comme moyen, mais seulement prévue et tolérée comme inévitable. Les soins palliatifs constituent une forme priviligiée de la charité désintèressée. À ce titre ils doivent être encouragés" (Op. cit. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 97, 2002, páginas 107 a 125, a página 117, nota de rodapé 19).

[505] Id., página 117.

técnicas[506].

António Menezes de Cordeiro é ainda mais enfático sobre o assunto: "o direito à vida é indisponível. Significa isso que o seu titular não pode aliená-lo ou, de modo direto, necessário ou eventual, proceder, ele próprio, à sua supressão, pedindo a morte ou praticando suicídio. Em termos civilísticos, qualquer ato que vise a morte a pedido ou que se relacione com a prática de suicídio é nulo. Se for perpetrado por um terceiro, equivale a uma violação do direito à vida: para tal efeito, é indiferente o eventual consentimento do ofendido, nulo de pleno Direito. O auxílio ao suicídio é, assim, civilmente, ilícito, sendo nulos todos os atos que ele envolva. A seriedade do bem em jogo e a sua natureza nuclear levarão, naturalmente, a que a tutela civil seja reforçada pela penal. O Direito europeu surge, nestes domínios, um tanto frouxo. O problema reside na faculdade com que, nalguns países, se 'legitimou' a eutanásia e o aborto por conveniência. As instâncias europeias refugiam-se na ideia de que estão em causa matérias 'morais'. Quanto a estas, não haveria uma concessão europeia uniforme, pelo que os temas em causa deveriam ser remetidos para o foro de cada Estado-membro. A Europa tem, nas suas tradições, na sua cultura e na sua História, elementos sobejos para poder tomar uma posição clara e fácil sobre a vida e a sua proteção. O agnosticismo cómodo e a permanente preocupação do 'politicamente correto' retiram, todavia, aos diversos agentes públicos, coragem para afirmar valores"[507].

O doutrinador aponta, ainda, cinco razões para sua rejeição "em moldes civilísticos": a) "a Ciência médica suprime, hoje em dia, o sofrimento físico e, no limite, psíquico; b) não é seguro que os meios usados para 'abreviar' a vida não sejam, eles próprios, fontes de novos sofrimentos; c) não é possível calcular o *quantum* de sofrimento justificativo da morte, sendo questionável o modo de determinar o grau de consciência de quem pretenda sofrer eutanásia; d) a morte de uma pessoa é irreversível: qualquer erro de avaliação clínica ou psíquica não mais poderá ser corrigido; e) a vida, mesmo terminal e infeliz, continua a ser um bem a defender:

[506] Id., página 119.

[507] CORDEIRO, António Menezes. Op. cit. Tratado de Direito Civil IV. Parte Geral: Pessoas. Coimbra: editora Almedina, 3ª edição, 2011, páginas 158 a 159. O doutrinador português prossegue, identificando como ilícita a prática de suicídio, já que implica disposição de direito indisponível. Ainda que evidentemente impossível a punição do falecido, no caso de sobrevivência, responderá ele por todos os danos colaterais, incluindo tratamentos médicos e outras despesas. A indenização, todavia, poderá ser diminuída ou excluída caso se constante ausência de culpa diante de estado de perturbação. "Todos os atos de terceiros tendentes a facultar atuações desse tipo são civilmente ilícitos e nulos *ipso iure*: quem os perpetre deve indemnizar todos os graves danos patrimoniais e morais que provoque. É importante que a nossa cultura tenha a coragem e o proclamar, sem reservas" (páginas 159 e 160).

preferível à morte. Mas sobre tudo isto impera uma razão definitiva: admitir ou promover a supressão da vida implica valorações visceralmente contrárias a qualquer lógica civilística. Do mesmo modo ficará excluída a supressão de deficientes mentais profundos, de criminosos irrecuperáveis ou de doentes incuráveis. Definitivamente. Sem este axioma, não haverá fronteiras e nenhum sistema civilístico será coerente"[508].

Menezes Cordeiro ressalta, porém, que a eutanásia não se confunde com a cessação da assistência clínica ou o não-prolongamento artificial da vida, quando fique claro estar-se diante de procedimento não-natural, que cause sofrimento injustificado ou que atente contra a dignidade do paciente e da própria morte, cabendo à deontologia médica apontar, em concreto, até onde se pode ir[509].

Oliveira Ascensão também se manifesta no sentido de que a eutanásia é sempre condenável porque atentado contra a vida: "a justificação corrente da eutanásia como exercício da autodeterminação, pressupõe que a autodeterminação é um fim em si mesma, que tudo justifica, o que não é verdade. Por outro lado, apenas abrange uma modalidade, a eutanásia a pedido: a eutanásia por iniciativa alheia, mesmo que por piedade, é sempre um crime contra a vida; e é-o no máximo grau contra a autodeterminação alheia, ainda que se encontrem atenuantes"[510].

Assim e independentemente da problemática ligada à vontade do paciente e sua formalização adequada, ao lado de seu possível conflito com o entendimento do profissional da saúde, Oliveira Ascensão ressalta que qualquer sistema a ser estabelecido para possibilitar diretivas antecipadas de vontade e ortotanásia deve estar fincado em estruturas que assegurem fidedignidade: "é um ponto nuclear de defesa da vida, em que são necessárias garantias. Corre-se o grande risco de a invocação de princípios em si corretos vir a disfarçar afinal uma espécie de eutanásia social, um mecanismo regulador da disponibilidade de leitos em hospitais, ou ainda uma cobertura pseudo-ética para a inércia"[511].

Por comportar aspectos positivos, notadamente no que diz respeito à autodeterminação (dignidade) e à compaixão (solidariedade), a eutanásia encontra defensores. Por outro lado e

[508] Id., páginas 164 a 165.
[509] Id., página 165, item VI.
[510] ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. A terminalidade da vida. Revista do TRF3 – Ano XXIV – n. 116 – janeiro/março de 2013, página 46.
[511] Id., páginas 48 e 49.

como visto acima, por envolver aspectos sensíveis, relacionados ao direito à vida, e negativos (abusos e desvios que a prática pode implicar), a resistência a ela também se faz presente.

IV.b. Distanásia e mistanásia.

Renato Nalini identifica a distanásia como o emprego da tecnologia médica para prolongar o processo agônico. Na concepção de Leo Passini, é a estratégia pela qual 'não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer', sendo que, muitas vezes, essa alternativa é ditada pela família, que não se conforma com a perda do ente querido[512], ou utilizada pelo médico, para evitar questionamento de erro ou falha no atendimento.

Já Letícia Martel compreende a distanásia como "a tentativa de retardar a morte o máximo possível, empregando, para isso, todos os meios médicos ordinários e extraordinários ao alcance, proporcionais ou não, mesmo que isso signifique causar dores e padecimentos a uma pessoa cuja morte é iminente e inevitável. Em outras palavras, é um prolongamento artificial da vida do paciente, sem chance de cura ou de recuperação da saúde segundo o estado da arte da ciência da saúde. A obstinação terapêutica e o tratamento fútil estão intimamente associados à distanásia. Alguns autores tratam-nos, inclusive, como sinônimos. A primeira consiste no comportamento médico de combater a morte de todas as formas, como se fosse possível curá-la, sem que se tenha em conta os padecimentos e os custos humanos gerados. O segundo refere-se ao emprego de técnicas e métodos extraordinários e desproporcionais de tratamento, incapazes de ensejar a melhora ou a cura, mas hábeis a agravar sofrimentos, isto é, nos quais os benefícios previsíveis são muito inferiores aos danos causados pelo tratamento"[513].

E prossegue Letícia Martel: **"**a distinção entre a eutanásia e a distanásia permite concluir que medidas excessivas e desproporcionais (na relação benefício/prejuízo à saúde e à qualidade de vida do enfermo) não devem ser empregadas à revelia da vontade do paciente, tampouco correspondem à boa técnica, caso não desejadas pelo doente, seus cuidadores ou

[512] NALINI, Renato. Op. cit. Reflexões jurídico-filosóficas sobre a morte: pronto para partir? São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011, página 28.

[513] MARTEL, Letícia de Campos Velho. Op. cit. Terminalidade da vida e limitação consentida de tratamento: um olhar jurídico sobre a Resolução 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina, *in* http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/leticia_de_campos_velho_martel.pdf, com acesso em 03 de agosto de 2015, página 209.

pelos seus responsáveis legais"[514].

Roxana Cardoso Brasileiro Borges, por sua vez, identifica a prática com "o prolongamento artificial do processo de morte, com sofrimento do doente. É uma ocasião em que se prolonga a agonia, artificialmente, mesmo que os conhecimentos médicos, no momento, não prevejam possibilidade de cura ou de melhora. É expressão da obstinação terapêutica pelo tratamento e pela tecnologia, sem a devida atenção em relação ao ser humano. Ao invés de se permitir ao paciente uma morte natural, prolonga-se sua agonia, sem que nem o paciente nem a equipe médica tenham reais expectativas de sucesso ou de uma qualidade de vida melhor para o paciente. Conforme Maria Helena Diniz, 'trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte'"[515].

Trata-se, assim, de uma prática médica excessiva e abusiva, que decorre das possibilidades oferecidas pela tecnociência, com a obstinação de estender seus efeitos desmedidamente. "Há situações em que os tratamentos médicos se tornam um fim em si mesmos e o ser humano passa a estar em segundo plano. A atenção tem seu foco no procedimento, na tecnologia, não na pessoa que padece. Nesta situação o paciente sempre está em risco de sofrer medidas desproporcionais, pois os interesses da tecnologia deixam de estar subordinados aos interesses do ser humano. Neste momento, 'em uma época consciente, mais que nunca, dos limites do científico e das ameaças de atentado à dignidade humana, a obstinação terapêutica surge como um ato profundamente anti-humano e atentatório à dignidade da pessoa e a seus direitos mais fundamentais'"[516].

A "obstinação terapêutica" ou "encarniçamento terapêutico" não é realidade exclusiva do Brasil.

A prática também trouxe preocupações em outros países, como Portugal, em que o Código Deontológico da Ordem Médica, de 1985, consagrava expressamente, em seu artigo 49, o dever de abstenção da terapêutica sem esperança[517]. Isto porque, o médico pode não evitar

[514] Id., página 210.
[515] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro, 04 de abril de 2005, Migalhas (*in* http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI11097,71043-Eutanasia+ortotanasia+e+distanasia+breves+consideracoes+a+partir+do, com acesso em 27 de janeiro de 2016).
[516] Id.
[517] Note-se que o artigo 49 do Código Deontológico da Ordem Médica de Portugal, antes entitulado de Dever da

intervenções terapêuticas inúteis quando não conseguir discernir que chegado o momento de deixar o doente morrer em paz e com dignidade (a morte como o desfecho natural da vida), acabando por prolongar inutilmente o sofrimento de um doente terminal.

Qualquer que seja a razão de assim proceder, ou seja, se com intenção sincera de melhor agir ou para evitar posterior questionamento sobre a prática adotada, a censura também é feita no país luso: "esta obstinação, este orgulho desmedido, este encarniçamento ou futilidade terapêutica, gerador de sofrimento e indignidade, tem um nome – Distanásia – e, embora esteja nos antípodas da Eutanásia, é do mesmo modo ética e deontologicamente censurável. Tal como a eutanásia, a distanásia é falta grave que merece ser penalizada embora com pena de menor amplitude. É um erro médico culposo por imprudência, pois o médico faz o que não deveria ser feito"[518].

Mistanásia (do grego *mis*, triste, infeliz, e *thanatos*, morte[519]) ou eutanásia social, por sua vez, é a morte miserável fora e antes do seu tempo: ocorre em relação a doentes e deficientes, pacientes ou não, que são vítimas da omissão de socorro estrutural. Provocada de forma lenta e sutil por sistemas e estruturas, atinge, em consequência, pessoas em diferentes

---

abstenção da terapêutica sem esperança, assim determinava: "em caso de doença comportando prognóstico seguramente infausto a muito curto prazo, deve o Médico evitar obstinação terapêutica sem esperança, podendo limitar a sua intervenção à assistência moral do doente e à prescrição ao mesmo do tratamento capaz de o poupar de sofrimento inútil, no respeito do seu direito a uma morte digna e conforme à sua condição de ser humano". Em 2008, um novo Código foi publicado, assumindo referida regra o seguinte corpo: "Artigo 49° (Recusa de exames e tratamentos) 1. Se o doente, a família ou o representante legal, esgotadas todas as formas de esclarecimento adequadas, recusarem os exames ou tratamentos indicados pelo médico, pode este recusar-se a assisti-lo nos termos do artigo 41º , sem prejuízo do disposto na parte final do nº 6 do artigo 46º. 2. Em caso de perigo de vida de doente com capacidade para decidir, a recusa de tratamento imediato que a situação imponha só pode ser feita pelo próprio doente, expressamente e sem quaisquer coacções". Por outro lado, consagrou-se no artigo 31, como princípio geral (Título II, Capítulo I – Qualidade dos Cuidados Médicos), o dever de prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo sempre com correção e delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, suavizar os sofrimentos, nomeadamente nos doentes sem esperança de cura ou em fase terminal, no pleno respeito pela dignidade do ser humano, e se revisou o capítulo que trata os aspectos envolvidos com o fim da vida, incorporando-se novas as regras (Capítulo III). Assim, embora se tenham mantido a determinação de respeito à dignidade do doente e a vedação da ajuda ao suicídio, da eutanásia e da distanásia, consagrou-se a prática dos cuidados paliativos, fixou-se critério para a morte e melhor regulamentaram-se os procedimentos a serem adotados por ocasião do fim da vida do doente, sempre de acordo com sua vontade (*in* http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/artigo2.htm, com acesso em 19 de janeiro de 2016. Capítulo III, artigos 57 a 59, do novo Código disponível em file:///C:/Users/leugenio/Downloads/Codigo_Deontologico_vf.pdf, com acesso em 19 de janeiro de 2016).

[518] Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional, coordenação de Carla Câmara, série: Formação Contínua. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013, ISBN: 978-972-9122-34-7, página 118.

[519] Talvez a palavra correta, na observação do Professor João Alberto Schützer Del Nero, durante Banca de Qualificação a que este trabalho foi submetido aos 22 de agosto de 2016, na sala dos professores do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, devesse ser misotanásia (do grego *miso*, odiável, abominável, e não triste ou infeliz).

estágios de doença e não apenas nas fases terminais de sua enfermidade.

Aqui se encontram os que são vítimas da violência estrutural, os que morrem pela falta de condições adequadas para uma vida digna, os que morrem de fome, os que morrem de frio, ou seja, aqueles que padecem do descaso com a vida humana.

Segundo Leonard Martin, a "eutanásia, pelo menos em sua intenção, quer ser uma morte boa, suave, indolor, enquanto a situação chamada eutanásia social nada tem de boa, suave ou indolor". Dentro da grande categoria de mistanásia, é possível incluir três situações: "primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chegam a ser pacientes, pois não conseguem ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; segundo, os doentes que conseguem ser pacientes para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico e, terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de má-prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos. A mistanásia é uma categoria que nos permite levar a sério o fenômeno da maldade humana"[520].

"Há mistanásia em pacientes vítimas de erro médico, em pacientes vítimas de má prática, tal a perpetrada contra idosos internados em hospitais ou hospícios em que não se oferecem alimentação ou tratamento adequado. Isso ocasiona morte precoce, miserável e sem dignidade. Também ocorre quando profissionais da saúde se propõem a assumir o papel de 'anjos da morte' e apressam o óbito dos pacientes. E também pode revestir a forma cruel de se retirar órgão vital para transplante antes do doador haver morrido"[521].

No Brasil, a mistanásia está se tornando realidade corriqueira.

Com a desigualdade que marca a nossa sociedade, em que milhares de pessoas não têm as condições básicas para viver uma vida digna, o que se reflete na crise no sistema público de saúde brasileiro, e com o envelhecimento da população, aliados ao estresse da vida tecnológica (excesso de informação e de atividades) e à mudança de dieta (alimentos industrializados, ricos em sal, gordura e açúcar), muitos são aos casos de pacientes que adoecem nas mais variadas etapas do existir e morrem não em função de sua doença, mas pela falta de tratamento médico adequado, seja pela impossibilidade de acesso a ele, seja pela falha em sua prestação.

---

[520] MARTIN, Leonard M. Op. cit. Eutanásia e distanásia, *in* http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIIeutanasia.htm, com acesso em 05 de agosto de 2015.

[521] NALINI, Renato. Op. cit. Reflexões jurídico-filosóficas sobre a morte: pronto para partir? São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011, páginas 29 a 30.

A mistanásia é, portanto, um dos mais graves e evidentes obstáculos para a defesa da eutanásia em nosso país.

IV.c. Ortotanásia.

A ortotanásia, do grego *orto*, apropriada, e *thanatos*, morte, vem em sentido oposto da distanásia e distinto da eutanásia, na medida em que se trata "da morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários e desproporcionais utilizados na distanásia, nem apressada por ação intencional externa, como na eutanásia. Liga-se a uma aceitação da morte, pois se permite que ela siga seu curso"[522].

Significa, portanto, morte correta, ou seja, a morte pelo seu processo natural. Neste caso, o doente já está em processo natural de morte e recebe uma contribuição do médico para que tal estado siga seu curso natural. Assim, ao invés de se prolongar artificialmente o processo de morte (distanásia), deixa-se que ele se desenvolva naturalmente (ortotanásia). Somente o médico pode realizar a ortotanásia, uma vez que não está obrigado a prolongar a vida do paciente contra a vontade dele e muito menos a prolongar seu sofrimento. A ortotanásia é conduta atípica frente ao Código Penal, pois não é causa de morte: o processo de morte já está instalado. Diante de dores intensas, intoleráveis e inúteis, sofridas pelo paciente terminal, o médico deve agir para amenizá-las, mesmo que a consequência venha a ser, indiretamente, a morte do paciente[523].

"Aliado indissociável da ortotanásia é o cuidado paliativo. Seu ponto de partida é também a aceitação da morte, sem emprego de métodos extraordinários e desproporcionais. Não significa, porém, o abandono e o esquecimento do enfermo terminal, mas a utilização de toda a tecnologia possível para aplacar seu sofrimento físico e psíquico. É uma forma de atender o paciente desenganado e sua família, que reconhece que o enfermo é incurável e dedica toda a sua atenção a aliviar seu padecimento com uso de recursos técnicos apropriados para tratar os sintomas, como a dor e a depressão. O cuidado paliativo pode envolver o conhecido duplo

[522] MARTEL, Letícia de Campos Velho. Op. cit. Terminalidade da vida e limitação consentida de tratamento: um olhar jurídico sobre a Resolução 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina, *in* http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/leticia_de_campos_velho_martel.pdf, com acesso em 03 de agosto de 2015, página 209.
[523] VIEIRA, Tereza Rodrigues. Bioética e direito. São Paulo: editora Jurídica Brasileira, 1999, página 90.

efeito, ou seja, em determinados casos, o uso de algumas substâncias para controlar a dor e a angústia pode aproximar o momento da morte. A diminuição do tempo de vida é um efeito previsível, mas não desejado, pois o objetivo primário é oferecer o máximo conforto possível ao paciente, sem intenção de ocasionar o evento morte"[524].

Note-se que, quando em causa a limitação ou cessação de tratamentos extraordinários, destinados a prolongar a vida do doente terminal, que teria como consequência natural a morte, costuma-se equivocadamente falar em eutanásia passiva. Tal expressão deve ser rejeitada porque cria confusão com a figura da eutanásia, a qual está reservada para a forma ativa de provocar a morte. A prática configura-se, em verdade, como ortotanásia, que consiste justamente em suspender os tratamentos extraordinários, mantendo-se apenas os secundários, como a alimentação e os cuidados paliativos contra a dor, por exemplo, o que difere, obviamente da distanásia, equivalente ao encarniçamento terapêutico, com aplicação de procedimentos extraordinários inúteis, na busca de reparar o que para as forças humanas já é irreparável (obstinação terapêutica)[525].

Segundo Renato Nalini, a ortotanásia permite ao doente em fase terminal, e àqueles que o cercam, enfrentar seu destino com tranquilidade: "significa não prolongar, quando a cura é inviável, o sofrimento do enfermo, desde que ele possa manifestar a sua vontade ou alguém o faça em seu nome. Nem sempre o prolongamento forçado de uma situação vital distante da dignidade é a melhor solução"[526].

Leonard Martin, trabalhando com o conceito de saúde como bem-estar, procura mostrar que não precisamos apelar nem para a eutanásia nem para a distanásia para garantir a dignidade no morrer. A ortotanásia, que procura respeitar o bem-estar global da pessoa, abre pistas para as pessoas de boa vontade garantirem, para todos, dignidade no seu viver e no seu morrer: "o ideal é realizar a integração do conhecimento científico, habilidade técnica e

[524] MARTEL, Letícia. de Campos Velho. Op. cit. Terminalidade da vida e limitação consentida de tratamento: um olhar jurídico sobre a Resolução 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina, *in* http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/leticia_de_campos_velho_martel.pdf, com acesso em 03 de agosto de 2015, página 209.

[525] ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. A terminalidade da vida. Revista do TRF3 – Ano XXIV – n. 116 – janeiro/março de 2013, páginas 44 a 46. Segundo o doutrinador, submeter um paciente em estado vegetativo a tratamento extraordinário, como, por exemplo, uma intervenção cirúrgica em virtude de uma patologia que o venha acometer, equivale a lesar sua integridade física, justamente pela falta de perspectiva de cura ou de proveito para o paciente. O médico deve eticamente se abster a tanto (página 44).

[526] NALINI, Renato. Op. cit. Reflexões jurídico-filosóficas sobre a morte: pronto para partir? São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011, página 29.

sensibilidade ética numa única abordagem. Quando se entende que a ciência, a técnica e a economia têm sua razão de ser no serviço à pessoa humana individual, comunitária e socialmente, descobre-se no doente crônico e terminal um valor até então escondido ou esquecido. Respeito pela sua autonomia: ele tem o direito de saber e o direito de decidir; direito de não ser abandonado; direito a tratamento paliativo para amenizar seu sofrimento e dor; direito de não ser tratado como mero objeto cuja vida pode ser encurtada ou prolongada segundo as conveniências da família ou da equipe médica são todas exigências éticas que procuram promover o bem-estar global do doente terminal e, conseqüentemente, sua saúde enquanto não morre. No fundo, ortotanásia é morrer saudavelmente, cercado de amor e carinho, amando e sendo amado enquanto se prepara para o mergulho final no Amor que não tem medida e que não tem fim"[527].

Tendo em vista mais uma vez a relevância do contexto social e cultural, mostra-se prudente registrar que a Igreja Católica também já se posicionou quanto ao assunto. Após reconhecer como importante proteger, no momento da morte, a dignidade da pessoa humana e a concepção cristã da vida contra um "tecnicismo", que corre o perigo de se tornar abusivo, concluiu como necessário o uso proporcionado dos meios terapêuticos (avaliação do tipo de terapêutica a usar, do grau de dificuldade e de risco, do custo e das possibilidades de aplicação, em confronto com o resultado que se pode esperar, atendendo ao estado do doente e às suas forças físicas e morais), apontando alguns esclarecimentos pra a aplicação de tal princípio[528].

---

[527] MARTIN, Leonard M. Op. cit. Eutanásia e distanásia, *in* http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIIeutanasia.htm, com acesso em 05 de agosto de 2015.

[528] Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé. Declaração sobre a eutanásia: "a) Se não há outros remédios, é lícito com o acordo do doente, recorrer aos meios de que dispõe a medicina mais avançada, mesmo que eles estejam ainda em fase experimental e não seja isenta de alguns riscos a sua aplicação. Aceitando-os, o doente poderá dar também provas de generosidade ao serviço da humanidade; b) É também permitido interromper a aplicação de tais meios, quando os resultados não correspondem às esperanças neles depositadas. Mas, para uma tal decisão, ter-se-á em conta o justo desejo do doente e da família, como também o parecer de médicos verdadeiramente competentes. São estes, na realidade, que estão em melhores condições do que ninguém, para poderem julgar se o investimento de instrumentos e de pessoal é desproporcionado com os resultados previsíveis, e se as técnicas postas em acção impõem ao paciente sofrimentos ou contrariedades sem proporção com os benefícios que delas pode receber; c) É sempre lícito contentar-se com os meios normais que a medicina pode proporcionar. Não se pode, portanto, impor a ninguém a obrigação de recorrer a uma técnica que, embora já em uso, ainda não está isenta de perigos ou é demasiado onerosa. Recusá-la não equivale a um suicídio; significa, antes, aceitação da condição humana, preocupação de evitar pôr em acção um dispositivo médico desproporcionado com os resultados que se podem esperar, enfim, vontade de não impor obrigações demasiado pesadas à família ou à colectividade; d) Na iminência de uma morte inevitável, apesar dos meios usados, é lícito em consciência tomar a decisão de renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes. Por isso, o médico não tem motivos para se angustiar,

Renato Nalini observa, porém, que o índice de qualidade de morte, o qual avalia o conforto que as nações oferece a seus doentes terminais, não é satisfatório no Brasil, que é o terceiro pior lugar para se morrer, de acordo com pesquisa feita pela unidade de inteligência da Revista *The Economist*. "Quatro são os indicadores utilizados para elaborar o *ranking*: ambiente básico de cuidados paliativos, acesso a cuidados paliativos, custo e qualidade desses cuidados. Por *cuidados paliativos* se entendem as medidas tomadas quando já não é possível curar ou estender a vida do paciente. Entre os quarenta países analisados, o Brasil só está à frente de Uganda e Índia. Os cinco primeiros são o Reino Unido, a Austrália, Nova Zelândia, Irlanda e Bélgica"[529].

como se não tivesse prestado assistência a uma pessoa em perigo (*In* http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html, com acesso em 25 de agosto de 2015).

[529] NALINI, Renato. Op. cit. Reflexões jurídico-filosóficas sobre a morte: pronto para partir? São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011, página 34.

V. Diretivas antecipadas de vontade (exercíveis por meio de "testamento vital ou biológico" ou pela constituição de um procurador para cuidados de saúde).

O instituto é mais uma das consequências da ampliação dos limites da expectativa de vida na sociedade ocidental e de suas implicações antropológicas, sociológicas, religiosas, jurídicas e morais, ampliação esta que veio não apenas com a melhora das condições sanitárias, alimentares e educacionais, mas também com a evolução das ciências e da técnica médica, refletida por eficientes e caríssimos tratamentos médico-hospitalares[530].

Com efeito, com as pessoas vivendo mais e ganhando maior acesso à assistência médica, a decisão sobre questões envolvendo a vida ou a morte de um doente deixou de ser de incumbência exclusiva dos médicos e passou também a pertencer ao próprio paciente e à sua família, assim como a toda a sociedade[531].

Ao enfrentar o problema trazido pelo progresso tecnológico da medicina, que permite o alongamento da vida em muitas situações que, até um passado relativamente recente, determinavam a morte do paciente, Maria Júlia Kovács questiona se tal prolongamento artificial da vida deve se sobrepor obrigatoriamente como única alternativa eticamente válida, mesmo quando envolve sofrimento para o doente e seus próximos, com comprometimento da dignidade da pessoa humana. Seria possível defender a validade ética de uma morte digna?[532]

A necessidade de enfrentamento de tais questões, muitas vezes conflituosa, em sendo

---

[530] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Testamento vital e seu perfil normativo (parte 1), *in* http://www.conjur.com.br/2013-ago-14/direito-comparado-testamento-vital-perfil-normativo-parte, com acesso em 01 de julho de 2015, primeira página.

[531] Neste ponto, vale consignar que já há doutrinadores, como Daisy Gogliano, que entendem que a responsabilidade civil, nos contratos de plano de saúde, não pode ser regida apenas pela autonomia da vontade, já que a relação médico-paciente não mais se enquadra nos tipos contratuais tradicionais. Isto porque o paciente sofre sensível redução em sua capacidade civil e a medicina não mais é uma arte: tornou-se atividade técnico-científica, na medida em que o diagnóstico somente é dado após a realização de uma série de exames, com diferentes opções de tratamento, à escolha do doente. A função social seria fundamento para reformulação da responsabilidade médica, que deveria ser solidária e coletiva de todos os intervenientes na prestação dos serviços, com inversão do ônus da prova. A exceção ficaria por conta dos profissionais liberais, contratados pelas empresas, que responderiam subjetivamente, na forma do artigo 14, parágrafo 4º, do CDC (GOGLIANO, Daisy. Direito civil sanitário o novo Código Civil. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 3, n. 2, julho de 2002, páginas 34 a 53, e O consentimento esclarecido em matéria de bioética: ilusão de exclusão de responsabilidade. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 104, jan./dez. 2009, páginas 509 a 547).

[532] KOVÁCS, Maria Júlia. Op. cit. Autonomia e o Direito de Morrer com Dignidade, *in* http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/326/394, com acesso em 30 de julho de 2015.

real e prática, implicou regulamentação da matéria pelo Conselho Federal de Medicina (Resolução n. 1.995/2012[533]), tornando urgente, ainda, abordagem jurídica da matéria para garantia da segurança necessária a que a sensível matéria faz jus.

Necessidade esta expressamente manifestada em projeto de lei sobre diretivas antecipadas de vontade, elaborado já nos idos de agosto de 2004 pela Câmara dos Deputados da província de Buenos Aires:

"Al prolongar nuestra existencia, somos más vulnerables a padecer enfermedades crónicas que, muchas veces, ocasionan incapacidades graves y que atentan contra la calidad de la vida que nos queda por recorrer. La pregunta que debemos hacernos ahora es ¿cuán lejos debemos ir para preservar la vida de un paciente que sabemos sin posibilidades de cura? Sin duda, actualmente contamos con la capacidad tecnológica para mantener los signos vitales de cualquier enfermo por períodos interminables de tiempo, pero ni siquiera tomamos algo de tiempo para pensar si es digno y deseable a los ojos del paciente lo que hacemos. En nuestra lucha pasional y encarnizada por la longevidad, hemos olvidado qué hacer para que la gente culmine sus días con dignidad. De este modo nos toca, cada vez con más frecuencia, acompañar a pacientes terminales, sólo mantenidos vivos, es decir, con latido cardíaco, pero sin actividad cerebral útil, mediante el empleo de ventiladores mecánicos y drogas poderosas. Más que alargar una vida que ya no tendrá sentido, estamos haciendo crónica e infinita la agonía del enfermo y la zozobra de sus íntimos allegados. Así como se defiende el derecho a vivir y se hacen todos los esfuerzos para lograrlo, de igual manera debe defenderse el derecho a dejar de sufrir de las personas sometidas a enfermedades miserables o a estados inertes de actividad biológica"[534].

Face às exigências decorrentes da nova realidade, fundada no aumento da capacidade técnica para cura e prolongamento da vida humana, Jorge Figueiredo Dias reconhece nas diretivas antecipadas de vontade (DAVs), no âmbito da prestação de cuidados de saúde, um valor cada vez maior, para as quais recomenda até mesmo a criação de um registro nacional, na medida em que e, sobretudo, se periodicamente reiteradas, apresentam-se como o mais forte

[533] O texto da Resolução n. 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina, a qual dispõe justamente sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes e foi publicada na primeira seção do Diário Oficial da União de 31 de agosto de 2012, pode ser encontrado no *site* http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf, com acesso em 15 de julho de 2015.

[534] O conteúdo do projeto pode ser localizado neste endereço: www.hcdiputados-ba.gov.ar/.../06-07D10870.doc, com acesso em 29 de julho de 2015.

indício da vontade presumida do declarante, só podendo ser desobedecidas se conhecidas razões que definitivamente as contrariem[535].

No mesmo sentido, se posicionou Nelson Rosenvald, ao ser questionado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família sobre como o Brasil deveria evoluir sobre o tema em debate: "um primeiro passo, que seria significativo para retirar a insegurança jurídica, seria que houvesse uma lei específica sobre diretivas antecipadas, porque enquanto se trata de uma resolução do Conselho Federal de Medicina, a qualquer hora o médico mantém uma posição reativa, porque a Resolução está abaixo da Lei e o Código Penal continua punindo essas condutas. Muitas vezes o profissional da medicina vai temer respeitar uma diretiva antecipada para não se colocar em posição de responsabilidade penal. Então, a partir do momento que ou há uma lei específica sobre o tema ou há uma reforma penal (e que haja uma descriminalização expressa), haverá espaço de maior segurança jurídica para que os profissionais da medicina possam incorporar essas práticas de respeito a esses atos de autonomia"[536].

Débora Diniz e Tatiana Lionço, por sua vez, entendem como necessária a tutela do direito à morte e do direito ao luto, já que "a sobrevida permanente em um hospital não pode ser confundida com o uso de recursos médicos para a recuperação da saúde. A sentença de confinamento hospitalar não é uma opção de tratamento, mas um estado permanente de isolamento que impede a morte. Cada pessoa, na intimidade de suas escolhas e convicções, passa a reclamar o direito de morrer como uma extensão de sua forma de estar no mundo. A morte torna-se um processo pensado e planejado, por isso, crescem iniciativas de formalização de testamentos vitais"[537].

Otavio Luiz Rodrigues Junior concorda que a defesa das diretivas, nos termos propostos por Jorge de Figueiredo Dias, é possível. Entretanto, não se pode esquecer da permanente discussão em torno de seu fundamento jurídico e dos problemas relativos à sua formalização: "a relevância de uma DAV, que tem por objeto a manutenção do mais valioso de

---

[535] DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit. A "ajuda médica à morte": uma consideração jurídico-penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, volume 100, janeiro de 2013, página 15.

[536] Entrevista com Nelson Rosenvald em 09 de dezembro de 2014, feita pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, disponível em http://www.ibdfam.org.br/noticias/5509/Entrevista%3A+Nelson+Rosenvald, com acesso em 19 de janeiro de 2016.

[537] DINIZ, Débora; LIONÇO, Tatiana. Direito à morte, direito ao luto. Boletim IBCCrim, ano 16, n. 197, abril de 2009, página 14. E, ainda, *in* http://alias.estadao.com.br/noticias/geral,morte-digna-e-luto-direitos-a-considerar,324173, com acesso em 05 de agosto de 2015.

todos os 'bens' humanos (à falta de um qualificativo melhor), exige que se questione o nível de rigor formal desse documento e a necessidade de sua reiteração dentro de prazos razoáveis" [538], o que autoriza que se reconheça como bastante útil normatização de dignidade legislativa das questões envolvidas na matéria.

Em nosso ordenamento, muitos são os fundamentos que justificam o reconhecimento da possibilidade de se exercerem as Diretivas Antecipadas de Vontade.

O primeiro deles e como já defendido em capítulos anteriores, estaria na configuração atual de um direito à boa morte enquanto direito da personalidade[539], estruturado nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada[540].

Serviriam de apoio, ainda, os princípios constitucionais da liberdade de pensamento e da liberdade de crença e religião[541], bem como a tutela constitucional do direito à integridade física[542].

A legislação civil, por sua vez, por apenas exigir, para a validade do negócio jurídico, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei[543], possibilitando a feitura de contratos atípicos, desde que observadas as normas gerais do ordenamento[544], e contemplando a ampla liberdade de estrutura, ao reconhecer que a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, salvo quando a lei

---

[538] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Op. cit. Testamento vital e seu perfil normativo (parte 1), *in* http://www.conjur.com.br/2013-ago-14/direito-comparado-testamento-vital-perfil-normativo-parte, com acesso em 01 de julho de 2015, terceira página.

[539] Ou, ainda, como anotado no título deste trabalho: um direito à morte quando a vida deixa de ser digna, um direito de morrer com dignidade, um direito à vida digna.

[540] Artigo 1º, inciso III (A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político), e artigo 5º, *caput* (Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade) e inciso II (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei), da Constituição Federal Brasileira (disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm, com acesso em 20 de abril de 2016).

[541] Artigo 5º, incisos IV (é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato) e VI (é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias), da Constituição Federal Brasileira.

[542] Artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal Brasileira (ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante).

[543] Artigo 104 do Código Civil Brasileiro, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm, com acesso em 20 de abril de 2016.

[544] Artigo 425 do Código Civil Brasileiro.

expressamente a exigir[545], também não apresentaria obstáculos maiores.

O próprio contexto normativo no Brasil – que muito se assemelha ao de outros grupos sociais, mostrando até mesmo menos avanço do que o de outras sociedades, em que a matéria já está regulamentada por lei em sentido técnico – autoriza defender a possibilidade e a validade de negócio jurídico que assuma a forma e o conteúdo de diretivas antecipadas de vontade.

"A irrenunciabilidade dos direitos da personalidade", ademais, "não impede a eventual relevância do *consentimento do lesado*: este não produz a extinção do direito e tem um destinatário que beneficia dos seus efeitos. A limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade deve, todavia, para ser válida como negócio jurídico ou para ser relevante como circunstância que exclui a ilicitude do acto lesivo e consequentemente a responsabilidade civil do lesante, ser conforme aos princípios da ordem pública"[546].

No mesmo sentido, se expressa António Menezes Cordeiro, ao explicar que os direitos da personalidade não podem ser entendidos como *extra commercium*. Ora, a lei admite, em muitas hipóteses, a limitação voluntária de tais direitos, desde que não se mostre atingida a ordem pública. O fundamento está justamente na sua qualidade de direito subjetivo, de posição de liberdade reconhecida ao beneficiário. A consequência disto é, por óbvio, a disponibilidade: "as grandes restrições advêm da não-patrimonialidade de vários deles da inerência de todos: o Direito poderá consentir em limitações graciosas e temporárias: mas não na sua troca por dinheiro ou numa alienação definitiva... A negociabilidade limitada serve interesses sérios; não pode ser fonte de chicanas e de falta de seriedade nas contratações"[547]. E arremata o doutrinador: "os negócios que envolvam direitos da personalidade devem respeitar os vetores injuntivos do ordenamento jurídico, a que se chama 'ordem pública'. Admitimos que ela possa, aqui, ser particularmente exigente. Mas há que respeitar, ainda, os demais requisitos do artigo 280.o, com relevo para a determinabilidade e a não contrariedade aos bons costumes. Resulta do primeiro desses requisitos que qualquer limitação aos direitos de personalidade deve ser clara e perceptível, sob pena de poder assumir proporções com que o sujeito não pudesse contar. Quanto aos bons costumes: ficam sempre ressalvados os códigos éticos que, nesse domínio, são

[545] Artigo 107 do Código Civil Brasileiro.
[546] PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Privado. Coimbra: editora Coimbra, 4ª edição, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2005, página 215.
[547] CORDEIRO, António Menezes. Op. cit. Tratado de Direito Civil IV. Parte Geral: Pessoas. Coimbra: editora Almedina, 3ª edição, 2011, páginas 117 a 118.

exigentes e as regras de conduta sexual e familiar próprias da nossa sociedade. O Direito não dá os seus instrumentos para sancionar condutas que se colocam à sua margem, por liberal que seja o modo de pensar dos civilistas"[548].

Ou seja, enquanto negócio jurídico unilateral exercível por declaração própria ou pela constituição de um procurador, as diretivas, para que sejam consideradas válidas e para que operem todos os seus efeitos, além de atender a todos os requisitos legais cabíveis para a hipótese (artigo 104 do Código Civil brasileiro[549]), deverão respeitar a ordem pública e seus princípios (princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade e, por consequência, da boa-fé objetiva[550]), bem como os bons costumes.

Abordemos, então, as questões envolvendo o instrumento adequado para preservação da dignidade do doente (terminal ou incurável), por garantir que sua vontade seja considerada quando não mais puder expressá-la, ao mesmo tempo em que serve também para proteger a atuação médica que se coaduna com o respeito da autonomia e do bem-estar do paciente, nos moldes do já prescrito pelas orientações do Conselho Federal de Medicina (Código de Ética Médica e Resolução n. 1.995/2012).

V.a. Conceito.

As diretivas se traduzem justamente como declaração antecipada de vontade para permitir ou proibir tratamento médico no momento em que esta vontade não puder ser mais expressada em virtude da incapacidade do declarante.

Como bem diz Ramona Rains, trata-se de instrumento que possibilita que as preferências de tratamento (ou até mesmo de não tratamento) de uma pessoa sejam observadas

[548] Id., página 119.

[549] Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

[550] Nelson Rosenvald bem ressalta: "a imprescindível relação de cooperação em qualquer negócio jurídico exprime não apenas uma postura ética de cuidado com o próximo, como se harmoniza com o dever jurídico de interação humana promovido pelo princípio da solidariedade. Este provoca a transposição do indivíduo para pessoa. A liberdade absoluta que permitia cada um atingir o máximo de suas potencialidades cede espaço para projeção da pessoa que coexiste em sociedade. A solidariedade, como via promocional da pessoa humana, é uma especificação do princípio da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito" (Op. cit., Dignidade humana e boa-fé no Código Civil. São Paulo, editora Saraiva, 2005, página 209).

pelo médico quando ela não mais puder manifestá-las[551].

Existem duas formas para o exercício das diretivas antecipadas de vontade.

De fato, podem ser executadas por meio de declaração escrita do próprio interessado. Nesta hipótese, são conhecidas como "testamento vital" ou "testamento biológico", testamento em vida, *testament de vie* ou *living will*. Preferimos nomeá-las como diretivas antecipadas escritas, para evitar confusão com o instituto do testamento do Direito das Sucessões, como se verá a seguir.

Quando exercidas por meio da constituição de um procurador, também encontram diferentes denominações, como *durable power of attorney for health care* ou procuração para cuidados de saúde, sendo esta última, obviamente, a mais adequada para o nosso vernáculo.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges concebe as diretivas antecipadas escritas como "o documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade"[552].

Já para Ernesto Lippmann, o 'testamento vital' visa ser eficaz em vida, indicando qual tratamento será observado – do ponto de vista médico – se o doente estiver em uma situação de doença grave e inconsciente. Trata-se, assim, de declaração escrita da vontade de um paciente quanto aos tratamentos aos quais não deseja ser submetido caso não possa mais se manifestar[553].

Seu conceito, portanto, não se identifica com aquele do instituto do testamento propriamente dito, enquanto instrumento de realização da autonomia privada no âmbito do direito sucessório.

Este último se trata de negócio jurídico por meio do qual a pessoa dispõe de seus bens ou estabelece outras prescrições para além de sua morte, justamente por ser titular de direitos, como o de propriedade.

Nas palavras de Pontes de Miranda, "testamento diz-se, assim, o escrito público ou particular, pelo qual alguém exprime o que deseja para depois da morte, quanto aos seus bens, ou relações de ordem jurídica privada, como a nominação de tutor aos filhos, ou a gerência de

[551] RAINS, Ramona C. Planning Tools Available to the Elderly Client, *in* Aging and the Law: An Interdisciplinary Reader, edited by Lawerence A. Frolik. Philadelphia: Temple University Press, 1999, páginas 285 a 286.
[552] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada. São Paulo: editora Saraiva, 2ª edição, 2007, página 240.
[553] LIPPMANN, Ernesto. Testamento vital: o direito à dignidade. São Paulo: editora Matrix, 2013, página 17.

uma casa comercial que lhe pertence... é o ato pelo qual a vontade de um morto cria, transmite ou extingue direitos. Porque "vontade de um morto cria" e não "vontade de um vivo, para depois da morte"? Quando o testador quis, vivia. Os efeitos, sim, com serem dependentes da morte, somente começam a partir dali. Tanto é certo que se trata de querer de vivo, que direitos há (excepcionalíssimos, é certo), que podem partir do ato testamentário e serem realizados desde esse momento. Digamos, pois, que o testamento é o ato pelo qual vontade de alguém se declara para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, criar, transmitir ou extinguir direitos". E continua o doutrinador: "o testador declara o que quer. Porém não tem eficácia, desde logo, a sua vontade. Sai, como se ficasse a vogar, até que ele morra. Só então pára, para ter efeitos. Até a morte, pode voltar atrás, desfazer-se, essa vontade. A imagem é de Ulpiano: *ambulatoria est usque ad vitae supremum exitum*"[554].

Complementa Maria Helena Diniz que o ato é personalíssimo e revogável, possibilitando ao interessado, de acordo com a lei, dispor de seu patrimônio, no todo ou em parte, para além de sua morte, ou fazer outras estipulações, as quais podem ter natureza extrapatrimonial, como no caso de reconhecimento de filho não matrimonial (artigo 1.609, III, do CC Brasileiro); nomeação de tutor (artigos 1.634, IV, e 1.729 do CC Brasileiro; ao lado do artigo 37 do Estatuto da Criança e do Adolescente); nomeação de testamenteiro (artigo 1.976 do CC Brasileiro); disposição do próprio corpo para fins altruísticos ou científicos (artigo 14 do CC Brasileiro); permissão ao filho órfão para convolar núpcias com o tutor (artigo 1.523, IV, do CC Brasileiro); reabilitação do indigno (artigo 1.818 do CC Brasileiro); deserdação de herdeiro (artigo 1.964 do CC Brasileiro); determinação sobre funeral, ou natureza patrimonial, como no caso de recomendação sobre o cumprimento de obrigações do testador; constituição de renda (artigo 803 do CC Brasileiro); estabelecimento de condomínio por unidades autônomas (artigo 7º da Lei n. 4.591/64); instituição de fundação (artigo 64 do CC Brasileiro); substituição de beneficiário na estipulação em favor de terceiro (artigo 438, parágrafo único, do CC Brasileiro) e imposição de cláusulas restritivas (artigo 1.848 do CC Brasileiro)[555].

Giselda Hironaka o identifica como "ato jurídico unilateral, de caráter personalíssimo,

[554] MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo LVI. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 3a edição, 1984, páginas 59 e 60.
[555] DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões, volume 6, São Paulo: editora Saraiva, 2011, 25ª edição, página 205.

solene, gratuito e eminentemente revogável"[556].

Flávio Tartuce e José Simão, por sua vez, o conceituam como negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável, pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou não, para depois de sua morte"[557].

A autonomia privada, no campo do direito sucessório, encontra limites na ordem pública e nos bons costumes, sendo ampla a regulamentação da matéria em nossa legislação civil como reflexo da "soberana ideia do homem de que, por meio do testamento, realizaria e expandiria, para além de sua morte e para um futuro no qual já não mais estará, uma das mais importantes ilações de sua personalidade, qual seja, o seu desejo, o seu querer e a sua vontade, no que diz respeito ao destino a ser dado aos bens que em vida amealhou ou administrou, ou – quando é ainda mais significativo – no que diz respeito a disposições de outros bens jurídicos, de caráter extrapatrimonial"[558] e por isso mesmo até mais valiosos, como no caso de disposição testamentária por meio da qual se reconhece a paternidade de um filho (artigo 1.609, inciso III, do CC) ou se institui bem de família voluntário (artigo 1.711 do CC).

As diretivas antecipadas de vontade escritas, diferentemente, são negócio jurídico unilateral *inter vivos* do ramo da Bioética, já que se destinam a produzir efeitos enquanto vivo o declarante da vontade. Em outras palavras, sua finalidade está justamente em garantir que o interessado tenha o seu desejo reconhecido e executado quando não mais puder expressá-lo, no que se refere a tratamento ou não tratamento a que tenha que se submeter quando muito doente ou em estágio terminal.

Note-se que a sua natureza é de negócio jurídico extrapatrimonial, o que representa mais uma diferença com o testamento propriamente dito, o qual pode possuir apenas finalidade patrimonial[559], ainda que também possa ser utilizado tão somente para prescrições de outras naturezas, na forma da lei civil[560].

É por isso que Otávio Luiz Rodrigues Júnior bem reconhece que, "em termos

---

[556] HIRONAKA, Giselda. Sucessão testamentária. Direito das Sucessões. Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2014, página 265.
[557] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito civil: Direito das sucessões, volume 6. São Paulo, editora Método, 2007, página 02.
[558] HIRONAKA, Giselda. Op. cit., página 264.
[559] Art. 1.857 do Código Civil Brasileiro: Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.
[560] Artigo 1.857, parágrafo 2º, do Código Civil Brasileiro: São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas tenha se limitado.

doutrinários, 'testamento vital' é uma expressão bastante equívoca, a despeito de sua inegável popularização. Trata-se de uma declaração de vontade emitida por uma pessoa natural, em pleno gozo de suas capacidades, cujo conteúdo é uma autorização ou uma restrição total ou parcial à submissão do declarante a certos procedimentos médico-terapêuticos, na hipótese de não mais ser possível emitir esse comando, em face da perda da autodeterminação, seja por lesões cerebrais, seja por ele se encontrar em estado terminal. Há quem o considere uma espécie de testamento", como Arnaldo Rizzardo[561], "e quem nele reconheça uma 'figura que, em realidade, não se insere no campo do Direito das Sucessões, nem pode ser tomada como um verdadeiro testamento, ao menos em sua acepção tradicional', o que implica localizar seu estudo no campo do Biodireito", como Caio Mário da Silva Pereira[562].

No mesmo sentido, se manifesta Oliveira Ascensão, advertindo que o instituto é impropriamente chamado de testamento vital, porque de nenhum testamento se trata: "o testamento só valeria depois da morte, enquanto que esta vontade é expressa para operar ainda em vida, em situações de terminalidade ou quando uma manifestação de vontade não for efetivamente possível"[563].

As diretivas podem ser também instrumentalizadas por meio da nomeação de um procurador.

Note-se que o mandato é instituto antigo e está devidamente regularizado em nosso ordenamento jurídico (artigos 653 e seguintes do Código Civil Brasileiro), tratando-se também de negócio jurídico unilateral.

Não se vislumbra qualquer impedimento para a nomeação de procurador com a finalidade específica de tomada de decisões relativas a tratamento médico a ser ou não seguido pelo representado, quando venha a ele faltar capacidade para expressar a sua vontade (natureza também extrapatrimonial).

Como já dito, a lei civil prevê expressamente a operação do mandato pela dação de poderes a uma pessoa para, em nome do outorgante, praticar atos ou administrar interesses,

---

[561] RIZZARDO, Arnaldo. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: editora Forense, 6ª edição, 2011, página 219.

[562] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Op. cit. Testamento vital e seu perfil normativo (parte 1), *in* http://www.conjur.com.br/2013-ago-14/direito-comparado-testamento-vital-perfil-normativo-parte, com acesso em 01 de julho de 2015, primeira página. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: Direito das sucessões. Atualizado por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: editora Forense, 19ª edição, 2012, volume 6, páginas 183 e 184.

[563] ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. A terminalidade da vida. Revista do TRF3 – Ano XXIV – n. 116 – janeiro/março de 2013, página 50.

sendo a procuração o seu instrumento (artigo 653 do Código Civil Brasileiro).

Neste aspecto, Paula Távora Vítor cita o entendimento de Massimo Bianca para justificar uma concepção mais alargada do objeto da representação, a qual poderia estar destinada à prática de qualquer ato lícito. Quanto ao entendimento doutrinário que defende a intransmissibilidade dos poderes sobre a personalidade física ou moral, a impedir a representação voluntária neste âmbito, pontua que, ainda que as decisões médicas tenham caráter personalíssimo, incidindo sobre o núcleo da personalidade física ou moral da pessoa, é visível a existência de uma divisão dentro da categoria dos chamados atos pessoais: há certas decisões que não são imprescindíveis, no sentido de que tenham de ser tomadas sob pena de deixarem desprotegidos os direitos da personalidade da pessoa (como casar, testar), o que torna desnecessária a representação por um terceiro. "As decisões médicas, porém, têm de ser tomadas, para a protecção de tais bens essenciais – a saúde e a vida", motivo pelo qual a constituição de procurador para representar o doente na tomada de tais decisões se justifica, desde que estruturado regime que salvaguarde eventuais abusos[564].

Em outros termos, a constituição de procurador na hipótese se equivaleria ao instituto da tutela e com a mesma finalidade: proteção da pessoa incapaz, mas com um diferencial significativo consubstanciado no respeito à sua vontade manifestada ainda enquanto capaz, evitando-se, assim, conflitos decorrentes da incerteza em relação a quem terá o poder para decidir quando a tomada de posicionamentos no tratamento médico vier a ser necessária e afastando-se a necessidade de recurso ao Poder Judiciário para possibilitar atuação médica sem o risco de questionamentos futuros.

Nas palavras de Paula Távora Vítor, "além de evitar incertezas quanto ao decisor, este instrumento tem a vantagem de permitir ao paciente escolher precisamente quem vai ter a seu cargo determinadas decisões. Esta possibilidade pode desempenhar um papel relevante no afastamento dos elementos da família... de decisões dolorosas sobre questões de saúde, designadamente sobre interrupção de tratamentos de suporte vital, bem como evitar desentendimentos entre as várias pessoas de alguma forma envolvida na decisão (médico e família ou membros da família entre si, por exemplo)"[565].

Mais relevante, porém, nos parece a possibilidade de que se venha a respeitar a vontade

[564] VÍTOR, Paula Távora. Procurador para Cuidados de Saúde: importância de um novo decisor. Coimbra: *Lex Medicinae*: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 1, n. 1, 2004, páginas 121 a 134, a página 124.
[565] Id., página 128.

do paciente quando ele não puder mais expressá-la. A representação neste caso não seria guiada, portanto, pelos princípios gerais de direito que informam a tutela ou a própria atuação médica, de respeito ao melhor interesse do representado e do *in dubio pro vida*. A atuação do procurador para cuidados de saúde estaria vinculada ao cumprimento dos melhores desejos manifestados pelo paciente ainda capaz, assim como se ele tivesse registrado suas diretivas antecipadas por escrito.

Note-se que o próprio instrumento de constituição do procurador poderá delimitar o padrão de decisão ou as decisões a serem tomadas casuisticamente.

Trata-se de instituto, portanto, que permite uma grande flexibilidade na escolha dos poderes a atribuir ao representante do doente, como o de consentir ou recusar tratamento; o de decidir como agir em caso de estado vegetativo, mantendo ou retirando o suporte vital; o de permitir acesso ou revelação de dados médicos; o de decidir sobre internação ou tratamento em residência e o de tomar decisões que envolvam questões religiosas, como a de autorização para transfusão de sangue. Daí a relevância de o outorgante ser específico quanto aos seus desejos, enunciando os valores-guia da atuação do procurador e se limitando a instruções específicas nos assuntos em que não queira dar grande liberdade ao seu procurador[566].

Relevante ressaltar que as diretivas antecipadas, em suas ambas formas, somente podem ser exercidas se o interessado for pessoa capaz e maior ou emancipada (ou seja, se preencher todos os requisitos legais para a prática de negócios jurídicos), no momento de sua feitura.

A questão da prova da capacidade, neste contexto, é mais uma vez extremamente relevante para se evitarem questionamentos no futuro em torno da vontade manifestada.

Outra questão importante é a determinação do início da incapacidade para que as diretivas antecipadas possam produzir seus efeitos, seja por meio do cumprimento das determinações escritas deixadas pela pessoa interessada, seja por meio do procurador nomeado por ela. Mais uma vez, a prova será fundamental para espancamento de qualquer dúvida, partindo-se sempre do conceito jurídico de incapacidade para a sua determinação.

O Código Civil Brasileiro determina, em sua Parte Geral, Livro I (Das Pessoas), Título I (Das Pessoas Naturais), Capítulo I (Da Personalidade e da Capacidade), os conceitos de personalidade e capacidade, bem como os seus requisitos:

[566] Id., páginas 131 e 132.

Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II - pelo casamento; III - pelo exercício de emprego público efetivo; IV - pela colação de grau em curso de ensino superior; V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria[567].

A nova regulamentação da matéria da incapacidade, feita pela Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015[568], reforça os fundamentos que justificam o exercício de diretivas antecipadas, na medida em que também a pessoa com deficiência física não é mais considerada incapaz para a prática de atos existenciais (artigo 6º da referida lei[569]).

Dentre os atos existenciais estão, obviamente, as escolhas relativas a tratamento médico.

Tais mudanças autorizam defender, ainda, que a incapacidade para a tomada de

[567] Código Civil Brasileiro disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm, com acesso em 13 de abril de 2016.

[568] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art114, com acesso em 02 de abril de 2016.

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

decisões relativas ao próprio tratamento médico pode ter causa transitória ou permanente, o que se coaduna com a situação de muitos pacientes.

De fato, ainda que a pessoa mantenha a sua capacidade para a prática de outros atos da vida civil, pode, em virtude de dificuldades pessoais no enfrentamento da doença e da morte ou pelo grande sofrimento impingido pelo tratamento médico, ser incapaz de tomar decisões relativas a ele.

Questão interessante, cuja discussão provavelmente será necessária no futuro, quando se verificará maior emprego das diretivas e, por consequência, mais amplas utilidades práticas, diz respeito à possibilidade de se delegar a tomada das decisões médicas a terceiro, ainda que o paciente não seja ou esteja incapacitado para expressar sua vontade.

Serão os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada suficientes para fundamentar resposta positiva a esta indagação?

A nosso ver e nesta primeira fase, notadamente diante do entendimento defendido sobre a configuração atual de um direito à boa morte enquanto direito da personalidade, com todas as limitações decorrentes de tal natureza e das circunstâncias atuais de nossa realidade, nada justifica interpretação tão ampla ao ponto de uma pessoa poder delegar decisões tão importantes e que estão intrinsecamente ligadas aos seus direitos da personalidade, quando ainda capaz e, portanto, apta a expressar a sua própria vontade.

As mudanças trazidas pela Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015, mais uma vez reforçam esta conclusão, na medida em que as decisões em torno dos direitos existenciais foram retiradas do escopo da tutela e da curatela clássicas. Pela mesma lógica, portanto, não haveria como se falar em representação quando o titular de tais direitos for capaz e estiver apto a expressar a sua vontade.

Poder-se-ia discutir, ainda, sob à luz dos mesmos princípios, eventual direito do paciente a não ser informado sobre suas condições e a não participar das decisões relativas a seu tratamento[570].

Embora este não seja o objeto deste estudo, o qual se destina a avaliar a existência de um direito de morrer com dignidade e as possibilidades de seu exercício (ou seja, neste caso, reconhece-se à pessoa o direito de ser informado e de participar, ainda que já não possa mais

[570] Este questionamento foi feito pelo Professor Marco Fábio Morsello, durante Banca de Qualificação a que este trabalho foi submetido no dia 22 de agosto de 2016, na sala de professores do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

expressar pessoalmente sua vontade no momento necessário), não há como negar que casos ocorrerão em que a pessoa não queira conhecer nem opinar sobre as suas possibilidades de tratamento médico.

Parece-nos possível pontuar que, diante de tal situação, outro caminho não haverá senão o médico, enquanto profissional especializado e capacitado, assumir as decisões, na busca da cura, quando possível, ou na providência dos cuidados adequados, quando iminente a morte. Neste sentido, por sinal, a regulamentação da matéria pelas Resoluções n. 1.805/2006 e 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina.

Em verdade, esta hipótese parece ser a que comumente se verifica na maior parte das relações médico-paciente em nosso país, notadamente diante do paternalismo e da menor relevância da autonomia privada em nossa sociedade, ao lado do ainda baixo nível educacional de nosso povo.

A família ou pessoas próximas, obviamente, podem e devem ser envolvidas na tomada das decisões, o que também se verifica com frequência na prática. A vontade do paciente, porém, não pode ser simplesmente presumida ou substituída por aquela de seus próximos[571].

Na mesma situação, ainda que com reflexos mais complexos, estará a pessoa que não se manifestou a respeito de possíveis opções de tramento médico e que estiver incapacitada de decidir no momento necessário. Seria possível presumir ou reconstruir sua vontade?

Note-se que no caso de Eluana Englaro, abordado no item Eutanásia (IV.a), a Justiça Italiana autorizou o desligamento dos sistemas de alimentação e hidratação justamente por meio da reconstrução da vontade da paciente, manifestada quando ela ainda era capaz, e porque havia avaliação médica sobre a muito provável irreversibilidade do estado vegetativo em que ela se encontrava há mais de dezesseis anos[572].

Resta evidente, portanto, que casos de dúvida e de conflito se desenharão no futuro diante da enormidade de situações possíveis relacionadas à matéria em debate, de modo que a solução de muitos deles somente será alcançada junto ao Poder Judiciário.

Os mais dificultosos serão, obviamente, aqueles relativos à pessoa que não manifestou expressamente vontade a ser observada no caso de incapacidade, o que tornará necessário

[571] Esta questão será retomada na sequência.

[572] ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. O direito de morrer: o caso Eluana Englaro (disponível em http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/o-direito-de-morrer-o-caso-eluana-englaro, com acesso em 25 de agosto de 2016).

avaliar se possível reconstrução, como feita no caso italiano, ou até mesmo presunção.

No nosso entender, mais prudente é deixar que a avaliação seja feita em cada caso concreto, ainda que com a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, justamente diante da grande gama de situações possíveis e da dificuldade de tipificação de regra que se aplique, de forma adequada, a todas elas.

Feitas tais explicações, passemos à análise de conteúdo.

As diretivas podem ter, por objeto, disposições sobre a realização ou não de procedimentos médico-terapêuticos; a delimitação de quais procedimentos se poderão realizar; a pré-exclusão de certos procedimentos e o estabelecimento de um lapso para a continuidade dos tratamentos, após o qual e caso permanente o estado vegetativo, seriam interrompidos[573].

O artigo 1º da Resolução n. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM) define as diretivas 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", o qual "prevalece sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares" (parágrafo 3º, do artigo 2º, da mesma Resolução), e pode ser registrado, no prontuário, pelo próprio médico, quando diretamente comunicado pelo paciente (parágrafo 4º, do artigo 2º).

Segundo o artigo 2º, *caput*, da Resolução n. 1.995/2002, "nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade". Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações é que serão observadas pelo médico (parágrafo 1º, do artigo 2º).

O médico, porém, "deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica" (parágrafo 2º, do artigo 2º), sendo que, "não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e

[573] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Op. cit. Testamento vital e seu perfil normativo (parte 1), *in* http://www.conjur.com.br/2013-ago-14/direito-comparado-testamento-vital-perfil-normativo-parte, com acesso em 01 de julho de 2015, primeira página.

conveniente" (parágrafo 5, do artigo 2º).

A despeito de a Resolução do CFM não contemplar expressamente a hipótese, é possível presumir como cabível a revogação de declarações antecipadas anteriormente elaboradas, seja por escrito, seja por meio de procurador. De fato, e em se tratando as diretivas de espécie de negócio jurídico unilateral, seguem todas as normas aplicáveis ao gênero.

Vale lembrar, ainda, a possibilidade expressamente garantida pela lei civil, de revogação do testamento, também espécie de negócio jurídico unilateral[574], ainda que de outra categoria, na medida em que, como já abordado, destinado a produzir efeitos para além da morte do declarante. O mesmo se aplica em relação ao mandato, que pode ser, em nosso ordenamento, consubstanciado em instrumento público ou particular[575].

Oliveira Ascensão ressalta dois aspectos importantes quanto à matéria: a necessidade de prova rigorosa quanto à autenticidade da declaração, sem que isto implique formalização, e a exigência de atualidade da declaração, sem que isto implique rigor demasiado. Em outros termos, a validade da manifestação de autodeterminação dependerá de seu conteúdo, o qual deve ser genuíno, em proteção do próprio interessado, e atual, a indicar que ainda corresponde à vontade do paciente, para que possa ser aceita[576].

Qual seria, então, a melhor forma de regulamentação da matéria? Por emenda ao Código Civil ou por lei autônoma? Como tratar adequadamente do conceito e da extensão do instituto, bem como da possibilidade de seu questionamento por terceiros interessados?

Em outros termos, como operacionalizar o instituto de modo a possibilitar o livre exercício da autonomia privada, mas com a garantia de que a vontade manifestada é autêntica e atual? Devem-se impor formalidades, como documentação suficiente e ratificação em prazo fixo, ao lado de publicidade adequada, ou basta exigir prova adequada? Admitindo-se prova, por quais meios?

Antes de manifestarmos sobre tais considerações, propondo regulamentação da matéria, relevante avaliar o seu tratamento em outros países.

---

[574] De acordo com os artigos 1969 e 1970 do Código Civil, o testamento pode ser revogado pelo mesmo modo e forma como pode ser feito, revogação esta que pode ser total ou parcial. Se parcial, ou se o testamento posterior não contiver cláusual revogatória expressa, o anterior subsiste em tudo que não for contrário ao posterior.

[575] Artigos 657 e seguintes do Código Civil Brasileiro.

[576] ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. A terminalidade da vida. Revista do TRF3 – Ano XXIV – n. 116 – janeiro/março de 2013, página 50.

V.b. Direito Estrangeiro.

Como se verá a seguir, a matéria em debate conta com regulamentação em alguns países. Dentre estes, optamos por abordar a legislação dos Estados Unidos da América, pelo pioneirismo[577] e também pela diferença cultural, ao lado da de Portugal, Espanha e França, pela proximidade de culturas.

Avaliaremos, ainda, o posicionamento assumido pela Europa e pelas Nações Unidas, por sua importância internacional.

A situação na Itália também será analisada porque o tema ainda se encontra em debate neste país, com vistas a uma possível regulamentação.

A relevância do assunto, como já abordado nos capítulos anteriores, é inquestionável porque toca valores caros como a dignidade da pessoa humana e sua autonomia privada.

Edificando-se o sistema jurídico de cada país sobre os valores daquela comunidade, é válida a verificação do tratamento em diferentes ordenamentos para melhor clarificação do tema, mas sempre tendo em vista as diferenças culturais.

Nelson Rosenvald, ao ser questionado sobre as razões de alguns países estarem tão avançados com relação às diretivas antecipadas de vontade e não o Brasil, respondeu que isto se dá porque o Estado brasileiro sempre adotou um modelo paternalista, de relação com seus cidadãos não pautada na igualdade (relação entre súdito e superior). Neste contexto, o brasileiro nunca teria se portado como cidadão autônomo. Tal submissão seria herança da cultura portuguesa, a qual é diferente de países como Estados Unidos e Inglaterra, cujo modelo de cidadania foi construído de forma mais democrática, com maior respeito ao espaço de autodeterminação e de liberdade da pessoa, que pode assim reger sua própria vida[578].

Confirma-se, portanto, a relevância do contexto cultural em que feita a análise, o qual

---

[577] Segundo Luciana Dadalto Penalva, Op. cit. Declaração Prévia de Vontade do Paciente Terminal. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito Privado. Orientador: Professor-Doutor Walsir Edson Rodrigues Júnior. Belo Horizonte, 2009 (*in* http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PenalvaLD_1.pdf, com acesso em 28 de julho de 2015), a páginas 64 e 65, a expressão "living will" foi cunhada nos EUA no final da década de 1960, enquanto a declaração prévia de vontade do paciente terminal foi proposta pela primeira vez em 1967 pela Sociedade Americana para a Eutanásia, como um "documento de cuidados antecipados, pelo qual o indivíduo poderia registrar seu desejo de interromper as invenções médicas de manutenção da vida."

[578] Entrevista com Nelson Rosenvald em 09 de dezembro de 2014, feita pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, disponível em http://www.ibdfam.org.br/noticias/5509/Entrevista%3A+Nelson+Rosenvald, com acesso em 19 de janeiro de 2016.

funciona, por consequência, como verdadeiro obstáculo para pura e simples importação de normas estrangeiras para o sistema brasileiro.

Note-se que este estudo apenas abordará a legislação já consolidada, na busca de bons direcionamentos para regulamentação da matéria em nosso país, mas sem a pretensão de realizar um estudo comparado.

- Estados Unidos da América.

Nos Estados Unidos, a regulamentação das diretivas antecipadas de vontade está no *Patient Self Determination Act* (PSDA), de 1991, o qual, ao exigir que prestadores de serviços médicos assegurem aos doentes adultos uma oportunidade de participar das decisões relativas ao seu tratamento, pode ser considerado a primeira lei federal a reconhecer o direito à autodeterminação do paciente[579].

Pela lei americana, hospitais, centros de atendimento médico, agências de saúde em casa e programas de tratamentos paliativos, devem providenciar informação adequada sobre o direito do paciente de tomar decisões relativas ao seu tratamento, incluindo o direito de aceitar ou recusar tratamento médico ou cirúrgico e o direito de elaborar diretivas antecipadas de vontade sobre o assunto, para a hipótese de incapacidade futura, na forma prevista pelas legislações estaduais[580].

Segundo Luciana Dadalto, as diretivas antecipadas de vontade, no direito americano, são gênero de documentos de manifestação de vontade para tratamentos médicos, cujas espécies são o *living will* (o testamento vital propriamente dito) e o *durable power of attorney for health care* (ato de instituição de um procurador que tomará, em nome do paciente, as decisões relativas ao tratamento, suas formas, sua duração e sua cessação) [581].

---

[579] PENALVA, Luciana Dadalto. Op. cit. Declaração Prévia de Vontade do Paciente Terminal. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito Privado. Orientador: Professor-Doutor Walsir Edson Rodrigues Júnior. Belo Horizonte, 2009 (*in* http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PenalvaLD_1.pdf, com acesso em 28 de julho de 2015), a página 67.

[580] O conteúdo do ato normativo pode ser encontrado na biblioteca do congresso: http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c101:H.R.4449.IH:, com acesso em 29 de julho de 2015.

[581] PENALVA, Luciana Dadalto. Op. cit. Declaração Prévia de Vontade do Paciente Terminal. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em

Pelo *living will*, a pessoa deixa registrada a sua vontade para o momento em que não possa mais expressá-la, no que diz respeito a tratamentos médicos que venha a necessitar no futuro.

Como visto, Ramona C. Rains conceitua o "living will" como a declaração de consentimento médico informado que autoriza a recusa ou a descontinuidade de tratamento médico por meio de meios ou equipamentos artificiais. Trata-se, portanto, da documentação das preferências de tratamento de uma pessoa para quando a comunicação destas preferências se tornar impossível. "O testamento vital" protege, em consequência, o médico da responsabilidade civil, quando atende à vontade registrada, assim como assegura a família do paciente de que os desejos dele estão sendo observados[582].

Já o *durable power of attorney – DPOA* é instrumento pelo qual uma pessoa atribui poderes a outra para que aja em seu nome, atividade esta que só se inicia quando da incapacidade do representado. Ao representante, caberá a tomada de decisões sobre o tratamento médico do outorgante.

Paula Távora Vítor explica que, tradicionalmente, apontam-se duas formas para que tal instrumento produza os seus efeitos: poderá ser efetivo desde a sua outorga, sobrevivendo à incapacitação do representado, ou poderá apenas produzir efeitos após a incapacitação do representado (*springing durable power of attorney*). Note-se que tal distinção tem razão de ser apenas para o DPOA em matéria patrimonial. Em matéria de saúde, a prática confirma que o recurso a tal instrumento só se verifica quando o representado se encontra em situação de incapacidade. Em outros termos, parece ser preferível que se lance mão apenas do *springing DPOA* na saúde, já que inexiste o perigo de o agente atuar como representante de uma pessoa capaz[583].

A doutrinadora portuguesa ressalta, ainda, que o instrumento com fins patrimoniais já tinha sua existência consolidada em 50 Estados nos EUA e era o único tipo de *enduring power of attorney* aceito no Reino Unido (*Enduring Power of Attorney Act* de 1985), havendo certa

---

Direito Privado. Orientador: Professor-Doutor Walsir Edson Rodrigues Júnior. Belo Horizonte, 2009 (*in* http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PenalvaLD_1.pdf, com acesso em 28 de julho de 2015), a página 68.

[582] RAINS, Ramona C. Planning Tools Available to the Elderly Client, *in* Aging and the Law: An Interdisciplinary Reader, edited by Lawerence A. Frolik. Philadelphia: Temple University Press, 1999, páginas 285 a 286.

[583] VÍTOR, Paula Távora. Procurador para Cuidados de Saúde: importância de um novo decisor. Coimbra: *Lex Medicinae*: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 1, n. 1, 2004, páginas 121 a 134, a página 122.

resistência para o seu implemento em questões de saúde. No entanto, já havia propostas oficiais no sentido de se estender esta possibilidade para decisões pessoais, inclusive na área da saúde (*Law Commission Mental Incapacity Law Com* n. 231, de 1995). Na Alemanha, a partir de 1999, o BGB acolheu a figura do procurador para cuidados de saúde, exigindo que ele assuma a forma escrita (section 1904[584])[585].

Nos EUA, o PSDA convive com trinta e cinco leis estaduais sobre o testamento vital, cada uma delas com conceitos próprios sobre o que seja um paciente terminal[586], a indicar que a lei federal é apenas uma diretriz[587].

"Atualmente, os EUA já focam as discussões em torno de diretivas antecipadas que valham para todos os pacientes, não apenas para os pacientes terminais. Discute-se, inclusive, acerca do planejamento antecipado de tratamentos (*Advance Care Planning*)", porque vivem o período pós-legislativo, após a promulgação do *Pacient Self Determination Act*, em que as diretivas antecipadas "passaram a ser contempladas como uma mera extensão doutrinária do consentimento informado para a escolha de tratamentos médicos"[588].

---

[584] Código Civil Germânico traduzido para o inglês, disponível em http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p6472, com acesso em 23 de março de 2016. Em tradução livre: Aprovação da corte de custódia (ou guarda) no caso de tratamento médico: (1) O consentimento do guardião para um exame de saúde da pessoa sob custódia (ou guarda), para tratamento terapêutico ou para uma operação, está sujeito à aprovação do tribunal de custódia (ou guarda) no caso de risco justificado de que a pessoa sob custódia morrerá ou sofrerá lesões graves à sua saúde de longa duração em razão da medida. Sem a aprovação, a medida pode ser realizada somente se a demora implicar perigo. (2) A não aprovação ou revogação do consentimento do guardião para um exame de saúde, tratamento ou intervenção médica, requer a aprovação do tribunal de custódia quando essa medida for clinicamente indicada e há motivo justificado a indicar que a pessoa sob custódia morrerá ou sofrerá graves prejuízos de longo termo para a saúde, se a medida não for realizada ou for interrompida. (3) A aprovação nos termos dos parágrafos (1) e (2) deve ser dada se o consentimento, não consentimento ou a revogação da autorização corresponde à vontade da pessoa sob custódia. (4) A aprovação nos termos dos parágrafos (1) e (2) não é necessária se for alcançado um acordo entre o guardião e o médico pela verificação de que a concessão, não concessão ou revogação da autorização corresponde à vontade da pessoa sob custódia, estabelecida nos termos da secção 1901a. (5) As subsecções (1) a (4) também se aplicam a um representante autorizado. Este último só pode consentir, não consentir ou revogar a autorização a uma das medidas designadas na subseção (1) frase 1 ou subseção (2) se a procuração inclui expressamente essas medidas e é dada por escrito.

[585] Id., páginas 122 a 123.

[586] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Testamento vital e seu perfil normativo (parte 2), 11 de setembro de 2013, *in* http://www.conjur.com.br/2013-set-11/direito-comparado-testamento-vital-perfil-normativo-parte, com acesso em 28 de julho de 2015, página primeira.

[587] PENALVA, Luciana Dadalto. Op. cit. Declaração Prévia de Vontade do Paciente Terminal. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito Privado. Orientador: Professor-Doutor Walsir Edson Rodrigues Júnior. Belo Horizonte,
2009 (*in* http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PenalvaLD_1.pdf, com acesso em 28 de julho de 2015), a página 68.

[588] Id.

- Espanha.

A Lei Espanhola n. 41, de 14 de novembro de 2002, foi editada para regular os direitos e as obrigações dos pacientes, usuários e profissionais, assim como as entidades públicas e privadas prestadoras de serviços médicos, em matéria de autonomia do paciente, de informação e de documentação clínica (Artículo 1, Ámbito de aplicación)[589].

Amparada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada (consentimento informado), bem como no direito à intimidade, consagrou como possível a elaboração de *instrucciones previas* (Artículo 11), bem como o *consentimiento por representación* (Artículo 9), inseridos no Capítulo IV, El respeto de la autonomía del paciente[590].

Segundo o item 3, do artigo 9 da Lei n. 41, a outorga de consentimento por representação é possível nas seguintes hipóteses e sob os seguintes pressupostos: a) quando o

[589] A Lei pode ser encontrada no anexo 1 da Tesis Doctoral Autonomía e Instrucciones Previas - Un análisis comparativo de las legislaciones autonómicas del Estado Español, elaborada por Jaime Zabala Blanco, Universidad de Cantabria, 2007, disponível em http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/10650/TesisJZB.pdf?sequence=1, com acesso em 29 de março de 2016. Ou ainda, no *site* http://www.auxiliar-enfermeria.com/lap_04.htm, com acesso na mesma data.

[590] CAPÍTULO IV - El respeto de la autonomía del paciente - Artículo 8. Consentimiento informado. 1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información pre vista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso. 2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. 3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos. 4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud. 5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento. Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación… 3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho; b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente; c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente… 5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

paciente não seja capaz de tomar decisões, a critério do médico responsável, ou quando o seu estado físico ou psíquico não o permitam. Se o paciente carece de representante legal, o consentimento será prestado por pessoas vinculadas a ele por razões familiares ou de direito; b) quando o paciente está incapacitado legalmente; c) quando o paciente menor de idade não tenha capacidade intelectual nem emocional de compreender o alcance da intervenção. Nesta hipótese, o consentimento será dado pelo representante legal do menor, que deverá considerar a opinião dele caso tenha doze anos. Quando se trate de menor não incapaz nem incapacitado, mas emancipado, ou com dezesseis anos, não cabe o consentimento por representação. Sem embargo, em caso de atuação de grave risco, os pais serão informados e sua opinião será levada em conta.

Já segundo o item 4 do mesmo artigo, a prestação de consentimento por representação será adequada às circunstâncias e proporcional às necessidades que tenha que atender, mas sempre em favor do paciente e com respeito à sua dignidade. O paciente participará, na medida do possível, da tomada de decisões.

O artigo 11, por sua vez, em seu item 1, estabelece que, pelo documento de *instrucciones previas*, uma pessoa maior, capaz e livre manifesta antecipadamente sua vontade em relação a cuidados ou tratamentos de saúde ou, no caso de falecimento, sobre o destino de seu corpo e órgãos, com objetivo de que esta se cumpra no momento em que não puder mais expressá-la pessoalmente. O outorgante do documento pode designar, ainda, um representante para que, chegado o caso, sirva como seu interlocutor com o médico ou equipe sanitária para o cumprimento das instruções prévias. O item 2 determina que cada serviço de saúde regule o procedimento adequado, com garantia de cumprimento das instruções prévias, que devem ser sempre feitas por escrito. Estas não serão aplicadas quando contrárias ao ordenamento jurídico ou à arte médica, nem quando a situação em que feitas não mais correspondam à realidade do momento de cumprimento (item 3). As instruções podem ser livremente revogadas a qualquer tempo, por escrito (item 4). O item 5, por fim, determina que, para assegurar a eficácia em todo o território nacional das instruções prévias manifestadas por pacientes e formalizadas de acordo com a lei, será criado, no Ministério de Sanidade e Consumo, o Registro Nacional de Instruções Prévias, que se regerá pelas normas competentes[591].

[591] Artículo 11. Instrucciones previas - 1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que

Vale registrar que, em 2000, a Catalunha, por meio de lei respeitante aos direitos de informação e autonomia do paciente (Lei n. 21, de 29 de dezembro de 2000[592]), já havia autorizado a expressão de vontade antecipada (Artículo 8), inclusive mediante a designação de um representante, "interlocutor necessário com o médico ou a equipa sanitária, para que substitua (a pessoa incapacitada), nos casos em que não possa expressar a sua vontade (Artículo 7, item 2, e Artículo 8)", exigindo sua feitura diante do notário ou na presença de três testemunhas maiores e capazes, sem ligação familiar nem patrimonial com o outorgante (Artículo 8, item 2, "a" e "b").

Ou seja, a Lei espanhola de n. 41, de 14 de novembro de 2002, veio para consagrar a mesma possibilidade em termos gerais para todo o país.

É importante registrar, ainda, que o Decreto n. 175, de 25 de junho de 2002, veio na sequência da Lei Catalã de 2000 e regulamentou, naquela região, o *Registro de voluntades antecipadas*, garantindo-se publicidade e eficácia ao instrumento. Assim, a pedido do interessado, enquanto declarante da vontade ou outorgante de procuração, o documento insere-se no Registro e entra em um fichário automatizado, ao qual tem acesso um número reduzido de pessoas (Artículos 3º, 4º, 5º e 6º)[593].

Da mesma forma, o Decreto Espanhol n. 124, de 02 de fevereiro de 2007, veio na sequência da Lei Espanhola n. 41/2002, com finalidade parelha, ou seja, para regulamentar, a nível nacional, *el Registro Nacional de Instrucciones Previas y el correpondiente Fichero*

---

llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. 2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito. 3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones. 4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito. 5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

[592] O conteúdo da lei também pode ser acessado junto ao anexo 4 da Tese de Doutorado de Jaime Zabala Blanco, citada no item 518.

[593] Decreto n. 175/2002, da Catalunha, disponível em https://www.aecc.es/SobreElCancer/bibliotecadedocumentos/Documents/Catalu%C3%B1a/decreto%2025%20junio.pdf, com acesso em 13 de abril de 2016.

Automatizado de Datos de Carácter Personal[594].

- Portugal.

Em Portugal, a Lei n. 25, de 16 de julho de 2012[595], regulamentou as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, conceituando-as como documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interditada ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente (artigo 2º, inciso 1), bem como a nomeação de procurador de cuidados de saúde, estabelecendo que qualquer pessoa pode nomear um procurador de cuidados de saúde, atribuindo-lhe poderes representativos para decidir sobre os cuidados de saúde a receber, ou a não receber, pelo outorgante, quando este se encontre incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente (artigo 11, inciso 1).

Para operacionalização do instrumento, criou, ainda, o Registro Nacional do Testamento Vital (RENTEV), com finalidade meramente receptora e declaratória (Capítulo IV, artigos 15 ao 18).

A lei portuguesa delimita o conteúdo das diretivas (artigo 1º, inciso 2[596]), a sua forma (artigo 3º) e os requisitos de capacidade do outorgante (artigo 4º), reconhecendo-as como juridicamente inexistentes quando contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes,

[594] Decreto Espanhol n. 124/2007, disponível em no anexo 1 da Tesis Doctoral Autonomía e Instrucciones Previas - Un análisis comparativo de las legislaciones autonómicas del Estado Español, elaborada por Jaime Zabala Blanco, Universidad de Cantabria, 2007, disponível em http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/10650/TesisJZB.pdf?sequence=1, com acesso em 13 de abril de 2016.

[595] O conteúdo da lei está disponível no site http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/96/lei_portuguesa.pdf, com acesso em 29 de julho de 2015.

[596] "Podem constar do documento de diretivas antecipadas de vontade as disposições que expressem a vontade clara e inequívoca do outorgante, nomeadamente: a) Não ser submetido a tratamento de suporte artificial das funções vitais; b) Não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcionado no seu quadro clínico e de acordo com as boas práticas profissionais, nomeadamente no que concerne às medidas de suporte básico de vida e às medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte; c) Receber os cuidados paliativos adequados ao respeito pelo seu direito a uma intervenção global no sofrimento determinado por doença grave ou irreversível, em fase avançada, incluindo uma terapêutica sintomática apropriada; d) Não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental; e) Autorizar ou recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos.

quando o seu cumprimento provoque deliberadamente a morte não natural e evitável do paciente e quando o outorgante não tenha expressado clara e indubitavelmente a sua vontade (artigo 5º).

O artigo 6º de referida lei estabelece a obrigatoriedade de observância, pelo profissional ou equipe médica, das diretivas antecipadas de vontade entregue pelo paciente ou por seu procurador de cuidados de saúde, ressalvando as hipóteses em que o documento não terá eficácia: se se comprovar que o outorgante não desejaria mantê-las; se se verificar evidente desatualização da vontade do outorgante face ao progresso da técnica; se as circunstâncias de fato não corresponderem ao previsto pelo outorgante no momento de sua assinatura; em caso de urgência ou de perigo imediato de vida, quando o acesso às diretivas implicar demora que agrave os riscos. Caberá ao médico, nestas hipóteses, registrar o ocorrido no prontuário médico do paciente, dando ciência ao procurador de cuidados de saúde e ao RENTEV.

Vale consignar que, também a decisão fundada no documento de diretivas antecipadas de vontade de iniciar, não iniciar ou de interromper o tratamento, deve ser registrada no prontuário do paciente (artigo 6º, inciso 5, da lei portuguesa).

A lei portuguesa estabelece, em seu artigo 7º, que as DAVs são eficazes por um prazo de cinco anos, a contar de sua assinatura, o qual pode ser renovável mediante declaração de confirmação, mantendo-se em vigor quando ocorra a incapacidade do outorgante durante o decurso do prazo de cinco anos. Caberá aos serviços de RENTEV informar por escrito o outorgante ou seu procurador acerca da caducidade do documento em até 60 dias antes do término do prazo legal. Já o artigo 8º prevê que o negócio jurídico é revogável ou modificável, no todo ou em parte, a qualquer tempo, pela mesma forma prevista no artigo 3º, sendo o prazo de eficácia renovado sempre que introduzida modificação.

Ao médico, fica garantido o direito à objeção de consciência, tratado pelo artigo 9º da Lei Portuguesa n. 25/2012, a qual também veda qualquer tipo de discriminação no acesso a cuidados da saúde ou na contratação de seguro, em virtude de o paciente ter ou não outorgado documento de diretivas antecipadas de vontade (artigo 10º) [597].

[597] Artigo 9º - Direito à objeção de consciência. 1 - É assegurado aos profissionais de saúde que prestam cuidados de saúde ao outorgante o direito à objeção de consciência quando solicitados para o cumprimento do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade. 2 – O profissional de saúde que recorrer ao direito de objeção de consciência deve indicar a que disposição ou disposições das diretivas antecipadas de vontade se refere. 3 – Os estabelecimentos de saúde em que a existência de objetores de consciência impossibilite o cumprimento do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade devem providenciar pela garantia do cumprimento do

Nos artigos 11 a 14, a lei portuguesa trata da possibilidade que qualquer pessoa tem de nomear, gratuitamente, um procurador de cuidados de saúde, com poderes representativos para decidir sobre cuidados de saúde a receber, ou a não receber, quando se encontre incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente, regulamentando aqueles que podem e não podem exercer a função, bem como os efeitos da representação e as causas de extinção[598].

Os artigos 15, 16 e 17 da lei, por sua vez, tratam do Registro Nacional do Testamento Vital, enquanto o artigo 18 determina que todos aqueles que, no exercício das suas funções, tomem conhecimento de dados pessoais constantes do documento de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração de cuidados de saúde, ficam obrigados a observar sigilo profissional, mesmo após o termo das respetivas funções, sendo que a violação do dever de confidencialidade constitui ilícito disciplinar, civil e penal, nos termos da lei.

Segundo Renato Nalini, nos anos anteriores ao da lei, reconhecia-se, em Portugal, a necessidade de se legislar sobre o instituto, com abrangência dos casos terminais, inclusive das demências: "Laura Ferreira dos Santos, doutora pela Universidade do Minho e membro da Comissão de Ética para a as Saúde lançou o livro *Testamento vital – O que é? Como elaborá-lo?* e sustenta que a legislação deva abranger as situações de demência. É a orientação da *Declaração Antecipada de Vontade*, emitida pelo Conselho Nacional de Ética para Ciências da Vida em 17.12.2010. O parecer reconhece a conveniência em regular a forma como os cidadãos, maiores de idade e na plena capacidade de seus direitos, podem declarar a sua vontade no que se refere a tratamentos e outros procedimentos relacionados com a sua saúde. Dessa forma, se perderem a capacidade para exprimir sua vontade, esta pode ser reconhecida tal como anteriormente a expressaram. As demências são doenças irreversíveis e, em fase avançada, exigem critérios de cuidado paliativo"[599].

---

mesmo, adotando as formas adequadas de cooperação com outros estabelecimentos de saúde ou com profissionais de saúde legalmente habilitados.

Artigo 10º - Não discriminação - Ninguém pode ser discriminado no acesso a cuidados de saúde ou na subscrição de um contrato de seguro, em virtude de ter ou não outorgado um documento de diretivas antecipadas de vontade.

[598] Artigo 13, 1 – As decisões tomadas pelo procurador de cuidados de saúde, dentro dos limites dos poderes representativos que lhe competem, devem ser respeitadas pelos profissionais que prestam cuidados de saúde ao outorgante, nos termos da presente lei. 2 – Em caso de conflito entre as disposições formuladas no documento de diretivas antecipadas de vontade e a vontade do procurador de cuidados de saúde, prevalece a vontade do outorgante expressa naquele documento.

Artigo 14, 1 – A procuração de cuidados de saúde é livremente revogável pelo seu outorgante. 2 – A procuração de cuidados de saúde extingue -se por renúncia do procurador, que deve informar, por escrito, o outorgante (*in* http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/96/lei_portuguesa.pdf, com acesso em 03 de agosto de 2015).

[599] NALINI, Renato. Op. cit. Reflexões jurídico-filosóficas sobre a morte: pronto para partir? São Paulo: editora

- França.

A partir de 22 de abril de 2005, o Código francês da Saúde Pública passou a regulamentar expressamente a matéria, estabelecendo que uma pessoa, em fase avançada ou terminal de uma doença grave e incurável, qualquer que seja sua causa, pode decidir por limitar ou cessar todo tratamento, devendo o médico respeitar esta vontade após ter prestado informações sobre as consequências desta escolha. A decisão do doente deve ser inscrita no *dossier* médico e o profissional da saúde deve salvaguardar a dignidade do paciente, assegurando a qualidade do fim da vida por meio dos cuidados paliativos disciplinados na lei[600].

Segundo o artigo L1111-11 da mencionada lei, toda pessoa maior pode redigir diretivas antecipadas para o caso em que ela esteja impossibilitada de exprimir sua vontade. Tais diretivas indicam os desejos relativos ao fim da vida, relacionados com condições de limitação ou cessação de tratamento, as quais são revogáveis a qualquer tempo. Somente se tiverem sido redigidas no prazo de três anos antes do estado de inconsciência do paciente, o médico deverá considerá-las para todas as decisões de investigação, de intervenção ou de tratamento, sendo que um decreto do Conselho de Estado define as condições de validade, de confidencialidade e de conservação das diretivas antecipadas.

Para Oliveira Ascensão, o prazo exigido pela lei francesa é formalização demasiada. O que é necessário é uma prova convincente[601].

O Código francês da Saúde Pública prevê ainda, em seu artigo L1111-12, que, caso uma pessoa, em fase avançada ou terminal de uma doença grave e incurável, qualquer que seja a

---

Revista dos Tribunais, 2011, páginas 25 e 26.

[600] Code de la santé publique, section 2, article L1111-10 (*in* http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=052D3E1995C16A6350E65DF7BE93D4EC.tpdila19v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006185256&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20151006, com acesso em 06 de outubro de 2015).

Os cuidados paliativos estão descritos no artigo L1110-10 da mesma lei: Les soins palliatifs sont des soins actifs et continus pratiqués par une équipe interdisciplinaire en institution ou à domicile. Ils visent à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne malade et à soutenir son entourage. Tradução livre: Os cuidados paliativos são os cuidados ativos e contínuos praticados por uma equipe interdisciplinar em uma instituição ou a domicílio. Eles visam aliviar a dor, a diminuir o sofrimento físico, a salvaguardar a dignidade da pessoa doente e a dar suporte àqueles que estão em torno desta (*in* http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=052D3E1995C16A6350E65DF7BE93D4EC.tpdila19v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006170991&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20151006, com acesso em 06 de outubro de 2015).

[601] ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. A terminalidade da vida. Revista do TRF3 – Ano XXIV – n. 116 – janeiro/março de 2013, página 50.

causa, e que esteja fora de do estado de exprimir sua vontade, designe uma pessoa de confiança para aplicação do artigo L. 1111-6, a opinião da pessoa designada, salvo urgência ou impossibilidade, prevalece sobre qualquer outra opinião não médica, com exceção das diretivas antecipadas de vontade, no que pertine a decisões de investigação, de intervenção ou de tratamento, tomadas pelo médico.

Referido artigo L1111-6 estabelece a possibilidade de toda pessoa maior designar outra de confiança, a qual pode ser um parente, um próximo ou o seu médico, e que será consultada no caso em que aquela esteja impossibilitada de exprimir sua vontade e de receber informação necessária para tal fim. Esta designação é feita por escrito e é revogável a qualquer momento. Se a pessoa doente desejar, seu designado de confiança pode acompanhá-la durante os procedimentos e assisti-la durante as consultas médicas, a fim de ajudá-la em suas decisões. Em qualquer internação em uma instituição de saúde, propõe-se ao paciente a designação de uma pessoa de confiança, tal como previsto acima, sendo tal designação válida durante o período de internação, a não ser que o paciente disponha de outra forma. O artigo mencionado, entretanto, esclarece que sua regra não se aplica no caso de tutela ordenada, cabendo ao juiz competente confirmar a missão da pessoa de confiança ou revogar sua designação[602].

O artigo L1111-13 da mesma lei, por fim, autoriza expressamente a prática de ortotanásia pelo profissional médico, ao estabelecer que, diante do quadro de um paciente em fase avançada ou terminal de uma doença grave e incurável, qualquer que seja sua causa, e que esteja fora do estado de exprimir sua vontade, o médico pode decidir de limitar ou cessar tratamento inútil, desproporcional ou sem qualquer outro objetivo a não ser o prolongamento da vida artificial deste paciente, após ter respeitado o procedimento colegiado definido pelo código de deontologia médica e consultado a pessoa de confiança regrada pelo artigo L. 1111-6, a

[602] Article L1111-6. Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette désignation est faite par écrit. Elle est révocable à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions. Lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé, il est proposé au malade de désigner une personne de confiance dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Cette désignation est valable pour la durée de l'hospitalisation, à moins que le malade n'en dispose autrement. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsqu'une mesure de tutelle est ordonnée. Toutefois, le juge des tutelles peut, dans cette hypothèse, soit confirmer la mission de la personne de confiance antérieurement désignée, soit révoquer la désignation de celle-ci (*in* http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=0D78BD3CB950A9ECBFE0F150B256F0F4.tpdila08v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006185255&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20151007, com acesso em 07 de outubro de 2015).

família ou, na sua falta, um dos próximos e, se o caso, as diretivas antecipadas do doente. A decisão, motivada, deve ser escrita no prontuário médico. O médico, neste caso, deve salvaguardar a dignidade do paciente e assegurar a qualidade do fim de sua vida, dispensando os cuidados paliativos regulados pelo artigo L. 1110-10[603].

Vale registrar que as diretivas antecipadas de vontade já estavam autorizadas na França, pela Lei Leonetti[604], desde 2005. Entretanto, mantinham validade por apenas três anos e não eram vinculativas. Ou seja, podiam ser ignoradas pelo médico responsável pelo tratamento.

Vale registrar, ainda, que, por meio de pesquisa realizada antes mesmo da entrada em vigor das mudanças abordadas acima (março de 2015), constatou-se que: a) 96% dos franceses eram favoráveis à sedação de pacientes terminais que manifestassem tal vontade, contra 82% para o caso de decisão médica, sem possibilidade de expressão deste desejo pelo doente; b) 88% dos franceses eram favoráveis à eutanásia clandestina, quando desejada pelo paciente, enquanto 80% desejavam a votação de uma lei que regulamentasse o procedimento[605].

- Itália.

Na Itália, ainda não há uma lei específica sobre a matéria, embora tenham se desenvolvido, nos últimos anos, debates e esforços para tanto: em outubro de 2008, o Senado italiano iniciou exame sobre a questão, concluindo, em primeira leitura, no dia 26 de março de 2010, um texto unificado de várias propostas de lei relativas ao consenso informado e à declaração antecipada de tratamento, o qual passou por análise pela Câmara dos Deputados, retornando ao Senado em setembro de 2011. A discussão, porém, persiste porque os parlamentares assumiram posições várias e contrastantes, como reflexo de diferentes

[603] Article L1111-13. Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin peut décider de limiter ou d'arrêter un traitement inutile, disproportionné ou n'ayant d'autre objet que la seule prolongation artificielle de la vie de cette personne, après avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et consulté la personne de confiance visée à l'article L. 1111-6, la famille ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne. Sa décision, motivée, est inscrite dans le dossier médical.
Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10.

[604] Sénat, Droits de malades et fin de vie (Senado, Direitos dos doentes e em fim de vida), *in* http://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl04-090.html, com acesso em 16 de março de 2016.

[605] Pesquisa realizada pela BVA, a pedido das empresas Orange e Tele, março de 2015 (http://www.bva.fr/data/sondage/sondage_fiche/1678/fichier_bva_-_orange_-_i-tele_-_les_francais_et_la_fin_de_vie_-_mars_2015d3120.pdf, com acesso em 16 de março de 2016).

entendimentos éticos e jurídicos[606].

Segundo o Parlamento Italiano, o projeto de lei estabelece[607]:

a) os princípios preliminares da proteção da vida e da dignidade humana e a proibição da eutanásia e da terapia agressiva, apontando o consentimento informado como condição de qualquer tratamento médico;

b) a disciplina deste consentimento informado, revogável e precedido de uma informação médica adequada, descrevendo as características e os princípios básicos das diretivas antecipadas de tratamento, as quais são expressão de vontade antecipada, com certas formalidades, em relação a tratamento médico, para o caso de possível perda futura de capacidade de compreensão e desejo. Não podem envolver, entretanto, nutrição e hidratação, que devem ser mantidas até o término da vida, a menos que elas não sejam mais eficazes em fornecer os fatores nutricionais necessários para as funções fisiológicas essenciais do corpo. As diretivas antecipadas são válidas por cinco anos e são totalmente revogáveis, renováveis e editáveis. Não vem sancionada para o médico, porém, a sua obrigatoriedade; no entanto, se ele não tem a intenção de segui-las é obrigado a ouvir o administrador ou família e motivar em detalhe sua decisão;

c) como nível essencial de assistência, a assistência a indivíduos em estado vegetativo, a qual é garantida por serviços hospitalares, residenciais e domiciliares, nas formas previstas pela legislação e por acordo assinado entre o Ministério da Saúde e as regiões e províncias

[606] Parlamento Italiano: http://nuovo.camera.it/465?area=30&tema=122&Questioni+di+bioetica, com acesso em 05 de outubro de 2015.

[607] Il progetto di legge sancisce preliminarmente i principi della tutela della vita umana e della dignità della persona, del divieto dell'eutanasia e dell'accanimento terapeutico, e del consenso informato quale presupposto di ogni trattamento sanitario. Provvede quindi alla disciplina, con una norma di carattere generale, del consenso informato, sempre revocabile e preceduto da una corretta informazione medica, e delinea le caratteristiche e i principi essenziali della dichiarazione anticipata di trattamento. Tale dichiarazione consiste nella manifestazione di volontà con cui il dichiarante si esprime, con determinate formalità, in merito ai trattamenti sanitari in previsione di un'eventuale futura perdita della propria capacità di intendere e di volere. Essa, tuttavia, non può riguardare l'alimentazione e l'idratazione, che devono essere mantenute fino al terminedella vita, salvo che non abbiano più alcuna efficacia nel fornire al paziente i fattori nutrizionali necessari alle funzioni fisiologiche essenziali del corpo. Le dichiarazioni anticipate hanno una validità di cinque anni e sono pienamente revocabili, rinnovabili e modificabili. Ne viene inoltre sancita la non obbligatorietà per il medico che, tuttavia, qualora non intenda seguire gli orientamenti espressi dal paziente, è tenuto a sentire il fiduciario o i familiari e a motivare in modo approfondito la sua decisione sottoscrivendola. L'assistenza ai soggetti in stato vegetativo è qualificata come livello essenziale di assistenza ed è assicurata attraverso prestazioni ospedaliere, residenziali e domiciliari secondo modalità previste da disposizioni normative e dall'Accordo sancito tra il Ministro della salute e le regioni e province autonome sulle Linee di indirizzo per l'assistenza alle persone in stato vegetativo e stato di minima coscienza. Vengono poi disciplinati il ruolo del fiduciario e del medico ed è infine stabilita l'istituzione di un Registro delle dichiarazioni anticipate di trattamento in un archivio unico nazionale informatico.

autônomas;

d) o papel do administrador e do médico;

e) finalmente, a criação de um registo de declarações antecipadas de tratamento em um arquivo informático nacional único.

- Europa

Em 04 de abril de 1997, foi redigida a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Biomedicina (ou Convênio de Oviedo), à qual aderiram apenas trinta e cinco dos quarenta e sete Estados-Membros do Conselho da Europa, dentre os quais Portugal e Espanha.

O documento é reconhecido pelo Conselho Europeu como o único instrumento internacional, com força vinculante, de proteção aos direitos humanos no campo biomédico. Está fundado nos princípios da Convenção Europeia de Direitos Humanos e se destina à tutela da dignidade e identidade de todos os seres humanos, garantindo a cada pessoa, sem discriminação, respeito por sua integridade, outros direitos e garantias fundamentais relativos à aplicação da biologia e da medicina. Para tanto, dita os princípios fundamentais aplicáveis à prática médica diária e é reconhecido como tal no Tratado Europeu sobre direitos de pacientes, tratando, ainda, da pesquisa biomédica, genética e transplantes[608].

Seus artigos de maior interesse para este trabalho são o 5º, o 6º e o 9º, que estão no Capítulo II, relativo ao Consentimento, e assim prescrevem (em tradução livre):

"Artigo 5 – Regra Geral – Uma intervenção na área médica somente pode ser realizada após a pessoa interessada tiver dado a ela livre e informado consentimento.

Esta pessoa deve, de antemão, receber informação adequada em relação à finalidade e à natureza da intervenção, assim como em relação às suas consequências e seus riscos. Tal consentimento pode ser livremente retirado pela pessoa interessada a qualquer tempo[609].

"Artigo 6 – Proteção de pessoas não aptas a consentir

1 Na forma dos Artigos 17 e 20 abaixo, uma intervenção somente pode ser feita em

[608] Council of Europe, Bioethics - http://www.coe.int/en/web/bioethics/oviedo-convention, com acesso em 24 de fevereiro de 2016.

[609] "Chapter II – Consent – Article 5 – General rule – An intervention in the health field may only be carried out after the person concerned has given free and informed consent to it. This person shall beforehand be given appropriate information as to the purpose and nature of the intervention as well as on its consequences and risks. The person concerned may freely withdraw consent at any time".

relação a uma pessoa quando ela não tenha a capacidade de consentir em seu próprio e direto benefício.

2 Quando, de acordo com a lei, um menor não tiver capacidade para consentir com uma intervenção, esta medida somente pode ser levada a cabo com a autorização de seu representante ou de uma autoridade ou, ainda, de uma pessoa ou órgão autorizados pela lei.

A opinião do menor deve ser levada em consideração como um fator determinante e cada vez mais significativo de acordo com a sua idade e grau de maturidade.

3 Quando, de acordo com a lei, um adulto não tiver a capacidade de consentir com uma intervenção por causa de incapacidade mental, doença ou razões semelhantes, a intervenção somente pode ser levada a cabo com a autorização de seu representante ou de uma autoridade ou, ainda, de uma pessoa ou órgão autorizados pela lei.

O indivíduo em questão deve participar do procedimento de autorização ao máximo possível.

4 O representante, a autoridade, a pessoa ou o órgão mencionados nos parágrafos 2 e 3 acima devem receber, quando nas mesmas condições, a informação referida no Artigo 5.

5 A autorização referida nos parágrafos 2 e 3 acima pode ser retirada a qualquer tempo no melhor interesse da pessoa a que diz respeito" [610].

"Artigo 9 – Desejos previamente expressados – Os desejos relativos a intervenção médica previamente expressados por um paciente que não está, ao tempo da intervenção, em estado de manifestar sua vontade, devem ser levados em consideração"[611].

Em 23 de fevereiro de 1999, a Recomendação n. R(99)4, do Conselho da Europa, sobre os princípios concernentes à proteção legal de adultos incapazes, preconizou a adoção de

[610] "Article 6 – Protection of persons not able to consent - 1 Subject to Articles 17 and 20 below, an intervention may only be carried out on a person who does not have the capacity to consent, for his or her direct benefit. 2 Where, according to law, a minor does not have the capacity to consent to an intervention, the intervention may only be carried out with the authorisation of his or her representative or an authority or a person or body provided for by law. The opinion of the minor shall be taken into consideration as an increasingly determining factor in proportion to his or her age and degree of maturity. 3 Where, according to law, an adult does not have the capacity to consent to an intervention because of a mental disability, a disease or for similar reasons, the intervention may only be carried out with the authorisation of his or her representative or an authority or a person or body provided for by law. The individual concerned shall as far as possible take part in the authorisation procedure. 4 The representative, the authority, the person or the body mentioned in paragraphs 2 and 3 above shall be given, under the same conditions, the information referred to in Article 5. 5 The authorisation referred to in paragraphs 2 and 3 above may be withdrawn at any time in the best interests of the person concerned".

[611] "Article 9 – Previously expressed wishes - The previously expressed wishes relating to a medical intervention by a patient who is not, at the time of the intervention, in a state to express his or her wishes shall be taken into account".

instrumentos o menos restritivos possível, com vistas à padronização da tutela em todos os Estados-membros, inclusive no que diz respeito à constituição de procurador, ressaltando a importância de consideração das disposições tomadas antecipadamente pela pessoa que se torna incapaz[612].

O Parlamento Europeu, com a mesma preocupação, apresentou relatório, em 24 de novembro de 2008, com recomendações próximas à Comissão sobre a proteção jurídica dos adultos e suas implicações transfronteiras:

"...

O. Considerando que poderia ser criado um formulário único à escala da União Europeia no caso de mandatos de inaptidão, a fim de garantir a sua eficácia em todos os Estados-Membros,

P. Considerando que poderiam ser introduzidos mecanismos para o reconhecimento fácil, o registro e a utilização de poderes duradouros de representação em toda a União Europeia,

1. Acolhe com agrado o compromisso da Presidência francesa no que respeita à situação dos adultos vulneráveis e à sua protecção jurídica transfronteiras; congratula os Estados-Membros que assinaram e ratificaram a Convenção da Haia, e encoraja os Estados-Membros que ainda a não assinaram ou ratificaram a fazê-lo;

2. Solicita à Comissão que, logo que tenha sido adquirida experiência suficiente sobre o funcionamento prático da Convenção de Haia, submeta ao Parlamento, com base no artigo 65.º do Tratado CE, uma proposta legislativa com o objectivo de reforçar a cooperação entre Estados-Membros, bem como melhorar o reconhecimento e a execução das decisões relativas à protecção dos maiores e dos mandatos em caso de incapacidade e de mandatos de representação duradouros, seguindo as recomendações pormenorizadas em anexo;

...

[612] Recomendação do Conselho da Europa n. R(99)4, disponível em http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec(99)4E.pdf, com acesso em 26 de fevereiro de 2016. Note-se que a Recomendação do Conselho de Europa n. R(90)22, de 18 de outubro de 1990, já sugeria o respeito pelos direitos humanos e pelos desejos das pessoas idosas, relacionados aos serviços por elas requeridos (disponível em https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=570832&SecMode=1&DocId=593426&Usage=2, com acesso também em 26 de fevereiro de 2016). Vale registrar que tais documentos, ainda que não contem com força vinculante como a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e Biomedicina, carregam o peso de terem sido elaborados pelo Conselho da Europa.

5. Insta todos os Estados-Membros que ainda não a assinaram ou ratificaram a aderirem à Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, instrumento, pelo facto de isso servir para fortalecer a protecção dos adultos vulneráveis na UE;

6. Solicita à Comissão que financie a realização de um estudo comparativo da legislação dos Estados-Membros relativa aos adultos vulneráveis e às medidas para a sua protecção com vista a controlar os pontos susceptíveis de levantarem questões jurídicas e que medidas serão necessárias a nível da UE ou dos Estados-Membros para resolver essas questões; considera que o estudo deverá também ocupar-se da questão dos adultos com deficiências intelectuais colocados em instituições, no que respeita à sua tutela e a sua capacidade de exercerem os seus direitos; insta a Comissão a organizar uma série de conferências dirigidas a juristas directamente ligados a esses casos e a tomar em consideração na futura legislação resultados e os pontos de vista dos profissionais;

7. Insta os Estados-Membros a assegurarem que as medidas de protecção adoptadas sejam proporcionais ao estado dos adultos vulneráveis, para que não se neguem a cidadãos da UE direitos legais que estes ainda tenham capacidade para exercer;

8. Insta os Estados-Membros a tomarem medidas para protegerem os adultos vulneráveis contra a usurpação da identidade ou fraude ou outros crimes praticados através do telefone ou cibercrimes, incluindo medidas legais destinadas a reforçar a protecção e/ou limitar o acesso a dados pessoais dos adultos vulneráveis;

9. Apoia a criação de mecanismos seguros, sujeitos a um regime rigoroso de protecção dos dados pessoais e de limitação do acesso, para a partilha entre Estados-Membros das melhores práticas e de outra informação referente às medidas de protecção em vigor, incluindo a possibilidade, entre sistemas judiciários dos Estados-Membros, de partilha de informação relativa ao estatuto de protecção de um adulto vulnerável;

10. Recorda à Comissão e aos Estados-Membros que nem todos os adultos vulneráveis o são por força da idade e solicita que sejam tomadas medidas para reforçar a protecção jurídica e os direitos, não apenas dos adultos vulneráveis idosos, como também daqueles adultos cuja vulnerabilidade é imputável a grave deficiência física e/ou mental, e que as necessidades destes últimos sejam também tidas em conta aquando da adopção de futuras medidas sociais tendentes

a garantir os referidos direitos...” (grifos nossos)[613].

- Direito Internacional

Em 19 de outubro de 2005 e após considerar a capacidade única dos seres humanos de refletir sobre sua própria existência e sobre o seu meio ambiente; de perceber a injustiça; de evitar o perigo; de assumir responsabilidade; de buscar cooperação e de demonstrar o sentido moral que dá expressão a princípios éticos, bem como refletir sobre os rápidos avanços na ciência e na tecnologia, que progressivamente afetam nossa compreensão da vida e a vida em si, a exigir fortemente uma resposta global para as implicações éticas de tais desenvolvimentos, reconhecendo que questões éticas suscitadas pelos rápidos avanços na ciência e suas aplicações tecnológicas devem ser examinadas com o devido respeito universal à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos e liberdades fundamentais, a 33ª Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura - UNESCO aprovou, em Paris, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos[614].

Dos princípios que informam a declaração, os mais relevantes para este trabalho são os seguintes:

“Artigo 3 – Dignidade Humana e Direitos Humanos

a) A dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser respeitados em sua totalidade.

b) Os interesses e o bem-estar do indivíduo devem ter prioridade sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade.

Artigo 4 – Benefício e Dano

Os benefícios diretos e indiretos a pacientes, sujeitos de pesquisa e outros indivíduos afetados devem ser maximizados e qualquer dano possível a tais indivíduos deve ser minimizado, quando se trate da aplicação e do avanço do conhecimento científico, das práticas

[613] Recomendações sobre a proteção jurídica dos adultos: implicações transfronteiriças do Parlamento Europeu, de 24 de novembro de 2008, disponível em http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2008-0460+0+DOC+XML+V0//PT, com acesso em 26 de fevereiro de 2016.

[614] O documento pode ser encontrado na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/UNESCO-Organiza%C3%A7%C3%A3o-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-para-a-Educa%C3%A7%C3%A3o-Ci%C3%AAncia-e-Cultura/declaracao-universal-sobre-bioetica-e-direitos-humanos.html, com acesso em 07 de outubro de 2015.

médicas e tecnologias associadas.

Artigo 5 – Autonomia e Responsabilidade Individual

Deve ser respeitada a autonomia dos indivíduos para tomar decisões, quando possam ser responsáveis por essas decisões e respeitem a autonomia dos demais. Devem ser tomadas medidas especiais para proteger direitos e interesses dos indivíduos não capazes de exercer autonomia.

Artigo 6 – Consentimento

a) Qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada. O consentimento deve, quando apropriado, ser manifesto e poder ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer momento e por qualquer razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito.

(...)

Artigo 7 – Indivíduos sem a Capacidade para Consentir

Em conformidade com a legislação, proteção especial deve ser dada a indivíduos sem a capacidade para fornecer consentimento:

a) a autorização para pesquisa e prática médica deve ser obtida no melhor interesse do indivíduo envolvido e de acordo com a legislação nacional. Não obstante, o indivíduo afetado deve ser envolvido, na medida do possível, tanto no processo de decisão sobre consentimento assim como sua retirada;

(...)

Artigo 8 – Respeito pela Vulnerabilidade Humana e pela Integridade Individual

A vulnerabilidade humana deve ser levada em consideração na aplicação e no avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e de tecnologias associadas. Indivíduos e grupos de vulnerabilidade específica devem ser protegidos e a integridade individual de cada um deve ser respeitada".

Como se verifica do conteúdo da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, também no nível internacional já se reconhece a necessidade de respeito à vontade do doente em garantia à sua dignidade.

VI. Proposta para regulamentação da matéria por lei. Emenda ao Código Civil.

O sistema jurídico brasileiro, como positivado, embora não discipline de forma exauriente o direito à vida digna e suas implicações, traz arcabouço suficiente para a proteção jurídica dos direitos da personalidade, como já visto. Ou seja, ainda que regulamente a matéria de forma tímida, expressa o necessário, de forma simples e coerente, para que a sociedade possa fruí-los, capacitando o Poder Judiciário à sua operacionalização.

E a ausência de tipificação exaustiva não decorreu de desconhecimento ou descaso, mas de dificuldade técnica bastante justificável.

Ora, evidente era a preocupação do legislador no tratamento da matéria, como se vê do conteúdo da mensagem de n. 160, de 10 de junho de 1975, redigida pela Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil de 2002: "todo um capítulo novo foi dedicado aos Direitos da personalidade, visando à sua salvaguarda, sob múltiplos aspectos, desde a proteção dispensada ao nome e à imagem até o direito de se dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos. Tratando-se de matéria *de per* si complexa e de significação ética essencial, foi preferido o enunciado de poucas normas dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da doutrina e da jurisprudência"[615].

A proposta de regulamentação a ser apresentada, portanto, buscará não inovar na forma simplista e direta escolhida pelo legislador brasileiro para regular a matéria. Tentará, ainda, incorporar o melhor tratamento já implantado pela legislação registrada no capítulo relativo ao Direito Estrangeiro, com o apontamento das razões pela escolha.

Pela relevância da matéria e por já estarem os direitos da personalidade tratados no Código Civil, parece-nos não só possível, mas também recomendável que a legalização do direito à vida digna em seu estágio terminal ou o direito a uma morte digna, inclusive no que diz respeito ao instrumento para seu exercício, também esteja no mesmo diploma.

Para tanto e lembrando-se mais uma vez da formulação enxuta assumida pelo Código Civil, não sugeriremos a introdução de um artigo autônomo para tutela específica do direito à

[615] Mensagem nº 160, de 10/06/1975. Exposição de Motivos do Senhor Ministro de Estado da Justiça. Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil [Miguel Reale]. Diário do Congresso Nacional – Seção I, 13.6.1975 (*in* http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2, a página 37, com acesso em 24 de junho de 2015).

boa morte, mas incluiremos novas formas de proteção por meio do acréscimo de parágrafos ao artigo que trata do corpo humano (artigo 13 do Código Civil[616]).

Referido artigo, portanto, passaria a contar não mais com apenas um parágrafo único, mas com nove, sendo o primeiro aquele que já existe na legislação civil ("O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial").

Poder-se-ia pensar, ainda, na inclusão das novas normas em um artigo autônomo, de número 14, na medida em que elas tornarão desnecessária a regra do artigo 15 do Código Civil Brasileiro, como se verá a seguir.

- Modificação primeira:

"**Parágrafo 2º** - Diretivas Antecipadas de Vontade escritas - A pessoa capaz, ainda que ainda não seja portadora de doença grave em estágio terminal ou incurável, poderá, por meio de instrumento público ou particular, sendo neste caso assinado por duas testemunhas idôneas, determinar as possibilidades de tratamento a serem observadas por seu médico, inclusive a hipótese de não tratamento ou de cessação de tratamento após determinado período de tempo, para momento em que não mais puder expressar, livre e autonomamente, sua vontade. Poderá, ainda e com finalidade subsidiária, determinar o destino a ser dado ao seu corpo e/ou órgãos após o falecimento.

Parágrafo 3º - A avaliação desta vontade e a decisão por seu atendimento ou não serão feitas por uma junta médica, composta pelo profissional que acompanha o paciente e mais dois médicos, dentre os quais estará um indicado pelo Conselho Federal de Medicina. Em situações emergenciais, a avaliação será feita posteriormente e se necessária, sendo que, em qualquer caso, havendo concordância da família ou de pessoas próximas com a vontade do doente, a junta poderá ser formada apenas pelo médico que o assiste e por outro especialista do mesmo ramo".

Note-se que a sugestão apresentada, neste aspecto, não só se coaduna com o conteúdo dos dois primeiros artigos da Resolução n. 1.9995/2012 do CFM, como também a complementa em termos de aplicação prática:

[616] Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial (*in* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, com acesso em 28 de outubro de 2015).

"Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade".

As únicas diferenças dizem respeito:

a) À forma: embora o parágrafo 4º do artigo 2o da Resolução n. 1.995/2012 do CFM autorize que o médico registre, no prontuário[617], as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente, a importância e a delicadeza do direito em debate exigem maiores cuidados.

Cuidados não só em proteção do doente, mas também do profissional.

Como se sabe, o prontuário é elaborado unilateralmente pelo médico, motivo pelo qual, assim como o boletim de ocorrência, não é reconhecido como prova segura sobre os fatos nele contidos;

b) Ao responsável pela avaliação da vontade: não mais apenas o médico que acompanha o tratamento, mas sim uma junta médica, garantindo-se, assim, maior segurança para todo o processo, tanto no que diz respeito à observância da vontade como à atuação médica.

Cabe ressaltar aqui, ainda, a importância do consentimento informado do paciente, o qual deve estar suficientemente orientado pelo profissional médico para que possa tomar a decisão correta no que diz respeito a seu tratamento.

Como bem assevera Oliveira Ascensão, a situação de dependência e imponência em que se encontra o doente, notadamente aquele em estágio terminal, arrancado de seu meio e sujeito a critérios alheios, influi poderosamente sobre as suas manifestações de vontade. Tudo isso tem de ser levado em conta quando se analisa a validade desse consentimento[618]. Se a

[617] Artigo: Pacientes poderão registrar em prontuário a quais procedimentos querem ser submetidos no fim da vida, disponibilizado em 30 de agosto de 2012, no portal do Conselho Federal de Medicina (http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23197:pacientes-poderao-registrar-em-prontuario-a-quais-procedimentos-querem-ser-submetidos-no-fim-da-vida&catid=3, com acesso em 14 de julho de 2015).

[618] ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. A terminalidade da vida. Revista do TRF3 – Ano XXIV – n. 116 – janeiro/março de 2013, página 49.

decisão é tomada com toda a consciência e puder ser realizada face à realidade fática e técnica, deverá ser seguida.

No que diz respeito ao destinatário desta manifestação de vontade pela cessação ou limitação do tratamento, como é bastante grave a decisão de atendê-la, na medida em que poderá levar o doente à morte, há que se discutir se é suficiente a avaliação do médico responsável pelo tratamento ou se se faz necessária a intervenção de órgão colegiado, como uma junta de três médicos, para se assegurar que houve esclarecimento adequado ao paciente, que sua manifestação de vontade foi consciente e genuína e que a situação fática ainda recomenda aquela providência.

Note-se que há doutrinadores que vão até além. Segundo Oliveira Ascensão, as decisões médicas pertinentes à limitação ou cessação de tratamento, quando dessa omissão resulte previsivelmente a morte, são extremamente graves e, por isso, não devem ser tomadas isoladamente por um médico, salvo em casos emergenciais. Eticamente, deveriam ser tomadas ou referendadas por uma entidade independente[619].

A preocupação é condizente não só face aos valores em risco, mas também por necessidade concreta: em nossa sociedade pós-moderna, a técnica se encontra em constante aperfeiçoamento, alcançando a passos largos soluções para problemas antes indecifráveis e persistentes há muitos anos.

A decisão conjunta, neste contexto complexo, conferirá maior segurança e lisura para todo o processo, assegurando que a medida tomada é a mais adequada para a tutela dos interesses do paciente. Além disso, torna desnecessária a discussão em torno do direito de objeção do médico à vontade do paciente, o que poderia se verificar caso a decisão fosse unilateralmente dele.

No nosso entender, a exigência de participação de um órgão colegiado, formado por profissional independente a ser indicado pelo Conselho Federal de Medicina, constrói eficientemente uma estrutura sólida para que o exercício da autonomia privada nesta seara possa se dar sem violação de valores fundamentais da sociedade brasileira, dispensando, ainda, maior burocracia e gastos com a formação de uma entidade independente. Esta conclusão é ainda mais justificada quando se tem em vista a grande extensão do território brasileiro.

Obviamente que, em casos emergenciais, a solução caberá ao profissional que

[619] Id, página 50.

acompanha o caso, com avaliação posterior, se necessária.

Relevante, por fim, a ressalva de que, em qualquer caso, em sendo a vontade não apenas do doente, mas também de sua família ou de pessoa próxima, a decisão poderá ser alcançada por junta formada apenas por dois médicos (o profissional que assiste o paciente e outro profissional do mesmo ramo), a garantir menor burocracia e maior facilidade quando inexistente conflito de interesses.

c) À finalidade subsidiária de disposição do próprio corpo e/ou de órgãos após a morte, que foi incluída por se tratar de matéria correlata, possibilitando ao interessando regulamentar todas as questões pertinentes ao seu tratamento médico e suas consequências, inclusive no que diz respeito à morte, na forma também autorizada pela legislação espanhola[620].

É evidente que, neste caso, o instrumento servirá para produzir efeitos além da existência da pessoa, aproximando-se, assim, do instituto do testamento do Direito de Família. A finalidade, porém, no caso das diretivas antecipadas, foi expressamente prevista como subsidiária e tem justificativa na proximidade das matérias a serem reguladas pelo declarante da vontade.

- Modificação segunda:

Em um primeiro momento, pareceu desmedida a autorização de constituição de procurador para representação da vontade relativa a tratamento médico, como disciplinado na legislação americana, portuguesa, espanhola e francesa.

Afinal, por se tratar de vontade de pessoa ainda viva e pertinente a um dos mais intrínsecos direitos resguardados pelo ordenamento jurídico em benefício dela, garantia maior de efetividade seria alcançada se a manifestação de tal vontade pudesse ser feita pela própria parte interessada. Evitar-se-iam, com este rigor maior, ilícitos e conflitos.

Porém, quando se tem em vista que a pessoa, justamente em virtude de sua situação debilitada e sofrida pela doença, pode ter sua capacidade abalada, necessitando que as decisões pertinentes ao seu tratamento sejam tomadas por alguém de sua confiança, que tenha conhecimento da vontade dela, ou pretenda evitar conflitos quanto à pessoa competente para a tomada de decisões na falta dela por incapacidade, outro caminho não há senão compreender

[620] Lei Espanhola n. 41/2002, Artículo 11, item 1.

que tal possibilidade também se insere na proteção da dignidade humana, em sua faceta do direito à vida, mas digna.

A própria Resolução n. 1.995/2012 do CFM reconhece a figura e impõe a observância, pelo médico, das informações por ela prestadas:

"Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

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

Antes mesmo da elaboração da Resolução n. 1995, ao abordar a previsão da Resolução n. 1.805/06 do CFM e questionar quem seria o representante legal previsto nos parágrafos de seu artigo 1º[621], José de Oliveira Ascensão concluiu que não só o representante legal em sentido técnico ou os familiares e próximos em geral, mas também a pessoa de confiança, a quem foi confiada a vontade do paciente. Os motivos seriam a impossibilidade de se esperar maior aperfeiçoamento jurídico de uma resolução de entidade médica, mas também porque se trata de figura já reconhecida e aceita em outros países estrangeiros[622].

O doutrinador português bem ressalva, porém, que a pessoa de confiança não tem legitimidade para elaborar a vontade que será imputada ao doente terminal. "Em termos técnicos, ele não é sequer um representante: é um *núncio*, ou seja, é a pessoa que tem a mera função de transmitir uma vontade formada pelo paciente, tal qual como por este lhe foi transmitida. Vale apenas como depositário da vontade. Por isso, a prova da veracidade e fidedignidade é ainda mais severa. Nomeadamente, não podem deixar de ser ouvidos os familiares. E em qualquer caso, ainda ocorre a subsequente verificação da atualidade daquele querer"[623].

Não resta dúvida, evidentemente, de que a figura em discussão não se trata de um

[621] Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.
§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.
§ 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.
§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.
[622] ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. A terminalidade da vida. Revista do TRF3 – Ano XXIV – n. 116 – janeiro/março de 2013, página 49.
[623] Id.

representante legal em sentido técnico, mas, sim, de um verdadeiro procurador da vontade do doente, ao qual caberá acompanhar o tratamento e decidir quanto às providências a serem tomadas, mas sempre atuando de acordo com a vontade que foi depositada aos seus cuidados.

Não encontramos, porém, fundamento para se exigir concordância dos familiares: eles podem até ser ouvidos para que se garanta a atualidade e a fidedignidade da vontade do paciente e para que se obtenham mais elementos de informação, mas uma vez evidenciadas tais condições, é a vontade do paciente que deve ser observada.

Neste sentido, por sinal, o parágrafo 3º, do artigo 2º, da Resolução n. 1.995/2012 do CFM:

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

Note-se que a oitiva da família e das pessoas próximas auxilia o processo, já que a doença não atinge apenas o paciente, mas todos aqueles que estão em seu entorno. Ao acompanhar e participar das informações e das tomadas de decisões, a família confia e se sente parte responsável pela forma escolhida para o tratamento e por suas consequências.

Neste contexto, evidencia-se que o esclarecimento médico ao doente e a seus próximos, ao lado do diálogo constante, é prática médica fundamental para se evitarem conflitos e para o atingimento das decisões mais ponderadas e eficazes.

Vale notar que, na opinião de José de Oliveira Ascensão, a família desempenharia função mais relevante para se opor à cessação ou limitação dos tratamentos do que para os fundamentar. Ou seja, os membros da família nunca podem exprimir uma vontade exclusiva que limite ou suspenda o tratamento. Neste caso, tal vontade serve só de elemento de informação e ponderação[624].

O doutrinador bem ressalta, ainda, que o representante, por definição, age no interesse do representado e não no seu próprio interesse. É por isso que esta presunção cessa se se evidenciarem razões que apontem para um desvio de finalidade. Ao médico, que está em uma posição de maior liberdade, mas também com maior responsabilidade, caberá verificar se a atuação do procurador se orienta, ou não, pela preocupação com o representado. Neste contexto e diante do previsto pelo artigo 1º da Resolução n. 1.805/2006, conclui que a vontade do paciente deve ser respeitada, sendo que o único representante legal cuja vontade se impõe ao

[624] Id., páginas 51 a 53.

médico são os pais (e mesmo então com reservas). Nos demais casos, o médico não está vinculado[625].

Por todo o exposto:

"**Parágrafo 4º** - Diretivas Antecipadas por meio de Procuração (ou Procurador) para Cuidados de Saúde - A pessoa capaz, ainda que não seja portadora de doença grave em estágio terminal ou incurável, poderá designar pessoa capaz de sua confiança para manifestar seu consentimento no que pertine ao seu tratamento médico, inclusive a hipótese de não tratamento ou de cessação de tratamento após determinado período de tempo, bem como no que pertine a destino a ser dado a seu corpo e órgãos após sua morte, para momento em que não mais puder expressar, livre e autonomamente, a sua vontade:

I - A opinião da pessoa designada, salvo urgência ou impossibilidade, prevalece sobre qualquer outra opinião não médica, com exceção das diretivas antecipadas de vontade deixadas por escrito, no que diz respeito a decisões de investigação, de intervenção ou de tratamento, tomadas pelo médico;

II – A nomeação deverá ser feita por meio de instrumento público ou particular, este assinado por duas testemunhas;

III – Observar-se-á, no que couber, o disposto no parágrafo 3º.

Note-se a ressalva sobre a possibilidade de constituição de procurador para a pessoa que, em virtude de doença ou estágio terminal, não possa mais expressar a sua vontade no que diz respeito apenas e especificamente ao seu tramento médico ou ao destino a ser dado ao seu corpo e órgãos (finalidade esta também subsidiária).

Note-se, ainda, que não se impôs ratificação da nomeação pelo Poder Judiciário nem requisitos sobre a pessoa a ser nomeada, a não ser sua capacidade, o que possibilita a nomeação não apenas de familiares como procurador. Tal escolha se justifica pela finalidade única do instituto, de proteção, cabendo, assim, ao interessado a nomeação de pessoa em quem deposita sua maior confiança.

Não se vislumbra motivo, também, para exclusão dos membros da família porque são eles quem tem o conhecimento mais próximo dos valores e interesses do doente e, portanto, são um importante repositório de sua vontade[626].

---

[625] Id., páginas 52 e 53.

[626] VÍTOR, Paula Távora. Procurador para Cuidados de Saúde: importância de um novo decisor. Coimbra: Lex

Não houve também limitação ao número de procuradores, já que o representado pode querer atribuir poderes a mais de um procurador, de modo que diferentes pessoas se encarreguem de diferentes decisões no âmbito de sua saúde[627].

Vale esclarecer, por fim, que, diante do reconhecimento sobre a possibilidade de constituição de procurador para fins de diretivas antecipadas, chegamos ao seguinte questionamento terminológico e conceitual: as diretivas antecipadas de vontade devem ser compreendidas como gênero, do qual são espécies a declaração prévia de vontade do paciente e a constituição de procurador?

Luciana Dadalto se manifesta neste sentido: "As diretivas antecipadas (*advanced care documents*), tradicionalmente, têm sido entendidas como o gênero do qual são espécies a declaração prévia de vontade do paciente terminal (*living will*) e o mandato duradouro (*durable power attorney*). Ambos os documentos serão utilizados quando o paciente não puder, livre e conscientemente, se expressar – ainda que por uma situação transitória –, ou seja, as diretivas antecipadas, como gênero, não se referem exclusivamente a situações de terminalidade", sendo importante a diferenciação dos institutos, já que a declaração prévia de vontade do paciente terminal "é uma espécie de diretiva antecipada adstrita às situações de terminalidade da vida, enquanto o mandato duradouro possui alcance mais amplo", o que não impede que estes institutos coexistam[628].

Este trabalho, porém, adotou conceito único para as diretivas antecipadas, enquanto negócio jurídico unilateral por meio do qual se resguarda a expressão de vontade relativa a tratamento de saúde quando este desejo não puder ser mais exposto, seja ele exercido por meio de declaração escrita prévia ou por meio da constituição de procurador.

Cada uma das formas pelas quais as diretivas antecipadas podem ser operacionalizadas se destina a satisfazer uma necessidade específica: no caso das diretivas antecipadas por escrito, a pessoa interessada prevê possíveis enfermidades e as soluções que pretende ver alcançadas. Já no caso da procuração para cuidados de saúde, a atuação é pontual, se fazendo necessária

---

Medicinae: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 1, n. 1, 2004, páginas 121 a 134, a páginas 129 e 132.

[627] Id., páginas 131 a 132.

[628] PENALVA, Luciana Dadalto. Declaração Prévia de Vontade do Paciente Terminal. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito Privado. Orientador: Professor-Doutor Walsir Edson Rodrigues Júnior. Belo Horizonte, 2009 (in http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PenalvaLD_1.pdf, com acesso em 28 de julho de 2015), a página 54.

quando o interessado já se encontrar doente e sem condições de consentir com o tratamento a ser seguido.

A propósito e como bem esclarece Paula Távora Vítor, cada um dos instrumentos possuem suas vantagens e desvantagens. As diretivas antecipadas por escrito, por registrarem a própria vontade do interessado, possuem peso maior perante os tribunais, notadamente quando se manifestam pela retirada do suporte vital artificial. Por outro lado, possuem caráter estático, na medida em que antecipam situações, não comportando reconsideração das decisões previstas. Já a procuração para cuidados de saúde permite decisões casuísticas: o representante decide contemporaneamente ao surgimento do problema, o que possibilita atuação mais conforme à ideia de consentimento informado[629].

Note-se que uma abordagem mais geral dispensa a limitação do instituto para determinadas situações, como as de terminalidade da vida ou de incapacidade definitiva, permitindo que suas duas formas convivam e até se complementem.

Com efeito, para Luciana Dadalto, o mandato duradouro tem um alcance mais amplo na medida em que exercido quando a pessoa que o outorgou seja incapaz de tomar uma decisão, ainda que de forma temporária, enquanto a declaração prévia de vontade do paciente terminal só produzirá efeito em caso de incapacidade definitiva do paciente[630].

A adoção do entendimento apresentado visa à tratamento mais fácil e harmônico de todas as hipóteses que se possam verificar neste âmbito, assegurando o exercício da autonomia privada e em respeito à dignidade humana em qualquer fase da vida.

Registre-se, mais uma vez, que se garantiu finalidade subsidiária ao se possibilitar, quando da elaboração de diretivas antecipadas por escrito ou mediante a constituição de um procurador, que o interessado possa não apenas regulamentar a questão relativa ao seu tratamento médico, como também decidir o que será feito com seu corpo e/ou órgãos no caso de falecimento, por se tratar de matéria correlata, na forma também autorizada pela legislação

---

[629] VÍTOR, Paula Távora. Procurador para Cuidados de Saúde: importância de um novo decisor. Coimbra: Lex Medicinae: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 1, n. 1, 2004, páginas 121 a 134, a páginas 129 e 130.

[630] PENALVA, Luciana Dadalto. Op. cit. Declaração Prévia de Vontade do Paciente Terminal. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito Privado. Orientador: Professor-Doutor Walsir Edson Rodrigues Júnior. Belo Horizonte, 2009 (*in* http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PenalvaLD_1.pdf, com acesso em 28 de julho de 2015), a página 58.

espanhola[631].

Esclarecidas as questões terminológicas, chegamos a outra questão relevante, a qual envolve ambas as formas de exercício das Diretivas Antecipadas e diz respeito à publicidade: haveria necessidade, para maior segurança, de se tornar público o documento?

A legislação portuguesa, assim como a espanhola[632], trouxe preocupação com o registro público das diretivas antecipadas de vontade:

CAPÍTULO IV da Lei n. 25/12 (Registo Nacional de Testamento Vital - RENTEV):

Artigo 15.º Criação do Registo Nacional de Testamento Vital

1 – É criado no ministério com a tutela da área da saúde o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV), com a finalidade de rececionar, registar, organizar e manter atualizada, quanto aos cidadãos nacionais, estrangeiros e apátridas residentes em Portugal, a informação e documentação relativas ao documento de diretivas antecipadas de vontade e à procuração de cuidados de saúde. 2 – O tratamento dos dados pessoais contidos no RENTEV processa-se de acordo com o disposto na legislação que regula a proteção de dados pessoais. 3 – A organização e funcionamento do RENTEV são regulamentados pelo Governo. 4 – Compete ao Governo atribuir ao RENTEV os recursos humanos, técnicos e financeiros necessários ao seu funcionamento.

Artigo 16.º Registo de testamento vital/procuração no RENTEV

1 – O registo no RENTEV tem valor meramente declarativo, sendo as diretivas antecipadas de vontade ou procuração de cuidados de saúde nele não inscritas igualmente eficazes, desde que tenham sido formalizadas de acordo com o disposto na presente lei, designadamente no que concerne à expressão clara e inequívoca da vontade do outorgante. 2 – Para proceder ao registo das diretivas antecipadas de vontade e ou procuração dos cuidados de saúde, o outorgante pode apresentar presencialmente o respetivo documento no RENTEV, ou enviá-lo por correio registado, devendo, neste caso, a assinatura do outorgante ser reconhecida. 3 – O RENTEV informa por escrito o outorgante e, caso exista, o seu procurador, da conclusão do processo de registo do documento de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração, enviando a cópia respetiva.

Artigo 17.º Consulta do RENTEV

[631] Lei Espanhola n. 41/2002, Artículo 11, item 1.

[632] Lei Epanhola n. 41/2002, como se vê do Artículo 11, item 5. O Decreto n. 124/2007, como já visto, veio na sequência para regulamentação do sistema de registro.

1 – O médico responsável pela prestação de cuidados de saúde a pessoa incapaz de expressar de forma livre e autónoma a sua vontade, assegura da existência de documento de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração de cuidados de saúde registados no RENTEV. 2 – Caso se verifique a sua existência, o documento de diretivas antecipadas de vontade, e ou procuração de cuidados de saúde, são anexados ao processo clínico do outorgante. 3 – O outorgante do documento de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração de cuidados de saúde, ou o seu procurador, podem solicitar ao RENTEV, a qualquer momento, a consulta ou a entrega de cópia da DAV do outorgante.

Artigo 18.º Confidencialidade

1 – Todos aqueles que no exercício das suas funções tomem conhecimento de dados pessoais constantes do documento de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração de cuidados de saúde ficam obrigados a observar sigilo profissional, mesmo após o termo das respetivas funções. 2 – A violação do dever a que se refere o número anterior constitui ilícito disciplinar, civil e penal, nos termos da lei.

Observando-se, porém, que o registro público português, assim como o espanhol, é meramente recebedor e consultivo, não se constituindo como requisito de existência, de validade ou de eficácia das instruções (ambos se destinam apenas a garantir maior publicidade e eficácia em todo o território nacional), não vislumbramos motivo para regulamentação de tal procedimento na legislação civil.

Note-se que a questão poderá ser, oportunamente, tratada por legislação específica pertinente à central de atos notariais, nos moldes do já feito pelo Conselho Nacional de Justiça no Provimento nº 18 do CNJ, que criou a Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC)[633].

[633] O Provimento em questão instituiu a Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados - CENSEC, disponível por meio do Sistema de Informações e Gerenciamento Notarial - SIGNO e publicada sob o domínio www.censec.org.br, desenvolvida, mantida e operada pelo Colégio Notarial do Brasil - Conselho Federal (CNB/CF), sem nenhum ônus para o Conselho Nacional de Justiça ou qualquer outro órgão governamental, com objetivo de: I. interligar as serventias extrajudiciais brasileiras que praticam atos notariais, permitindo o intercâmbio de documentos eletrônicos e o tráfego de informações e dados; II. aprimorar tecnologias com a finalidade de viabilizar os serviços notariais em meio eletrônico; III. implantar em âmbito nacional um sistema de gerenciamento de banco de dados, para pesquisa; IV. incentivar o desenvolvimento tecnológico do sistema notarial brasileiro, facilitando o acesso às informações, ressalvadas as hipóteses de acesso restrito nos caso de sigilo; V. possibilitar o acesso direto de órgãos do Poder Público a informações e dados correspondentes ao serviço notarial. A CENSEC foi criada para funcionar por meio de portal na rede mundial de computadores e será composta dos seguintes módulos operacionais: I. Registro Central de Testamentos On-Line - RCTO: destinado à pesquisa de testamentos públicos e de instrumentos de aprovação de testamentos cerrados, lavrados no país; II. Central de

Interessante registrar que tabeliães já disponibilizam, em seus sites, modelos para a escritura pública de diretivas antecipadas de vontade[634].

Podem-se fazer, ainda, alguns questionamentos específicos quanto ao exercício das diretivas por meio de procurador.

O primeiro deles diz respeito à necessidade de controle da atuação do procurador. Em alguns ordenamentos estrangeiros, esta preocupação existe e foram instituídas formas de fiscalização.

Na Alemanha, por exemplo, o controle é feito pelo Poder Judiciário, a quem cabe avalizar o consentimento do procurador[635].

O controle poderia ser feito, ainda, por meio da prestação de contas ao Poder Judiciário ou a outro ente público, como o Ministério Público, a quem incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis[636].

Não nos parece necessária, porém, tutela específica neste âmbito, cabendo apenas garantia de questionamento perante o Poder Judiciário, pela via comum (de ação), quando riscos de abuso se fizerem efetivamente presentes, o que será garantido ao final, como se verá.

O segundo questionamento foi muito bem registrado por Paula Távora Vítor: é importante que o instituto sobreviva à instituição da curatela, para preservação das instruções

---

Escrituras de Separações, Divórcios e Inventários - CESDI: destinada à pesquisa de escrituras a que alude a Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007; III. Central de Escrituras e Procurações - CEP: destinada à pesquisa de procurações e atos notariais diversos; IV. Central Nacional de Sinal Público - CNSIP: destinada ao arquivamento digital de sinal público de notários e registradores e respectiva pesquisa. Trata-se de órgão formado, obrigatoriamente, por todos os Tabeliães de Notas e Oficiais de Registro que pratiquem atos notariais, os quais deverão acessar o Portal do CENSEC na internet para incluir dados específicos e emitir informações para cada um dos módulos acima citados, com observância dos procedimentos descritos neste provimento (*in* http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100046577/provimento-n-18-do-cnj-cria-a-central-notarial-de-servicos-eletronicos-compartilhados-censec, com acesso em 27 de janeiro de 2016).

634 26º Tabelionato de Notas de São Paulo (https://www.26notas.com.br/blog/?p=6536, com acesso em 16 de março de 2016). Ana Cláudia Arantes, por seu envolvimento profissional com a morte (médica geriatra), também elaborou um modelo próprio, que pode ser encontrado no *site* http://www.eb.mil.br/web/imprensa/resenha/-/journal_content/56/18107/2077686%3Bjsessionid=7FB02FE08990A1E51F81CF2AEEE5EC04.lr1?refererPlid=18115#.V78KGPkrLIU, com acesso em 25 de agosto de 2016. Não são poucos, porém, os questionamentos possíveis, notadamente pelo uso de conceitos indeterminados, como "dor", "sofrimento físico, moral e espiritual", "intervenção extraordinária, fútil ou inútil", bem como pela fixação de prazos para o tratamento ("seja mantido vivo e inconsciente por mais de seis meses"; "admito ir para a UTI somente se tiver alguma chance de sair em menos de uma semana").

635 BGB, Section 1904 - Approval of the custodianship court in the case of medical treatment (Em tradução livre, Seção 1904 do BGB – Aprovação da Corte de Guarda/Custódia em caso de tratamento médico, disponível em http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p6472, com acesso em 20 de abril de 2016).

636 Artigo 176 do Código de Processo Civil Brasileiro, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm, com acesso em 20 de abril de 2016.

contidas no instrumento, cabendo ao Poder Judiciário as adaptações necessárias, de forma que cada um dos instrumentos de proteção funcione do melhor modo possível em benefício do incapaz: compatibilizando-se as atuações, o procurador prestaria contas ao representante legal e este poderia ter o mesmo poder para revogar ou alterar a procuração para cuidados de saúde que o representado teria se não estivesse incapacitado"[637].

A observação é pertinente porque o Código Civil Brasileiro prescreve que o mandato se extingue pela interdição de uma das partes ou pela mudança de estado que inabilite o mandante a conferir os poderes ou o mandatário a exercê-los[638].

No âmbito dos cuidados para saúde, porém, temos um mandato atípico, já que os poderes conferidos ao procurador somente terão efeito no caso de incapacidade do outorgante e com a finalidade específica de se fazerem cumprir os desejos do doente.

Em outros termos, a perda da capacidade de manifestar a vontade é o termo inicial para a eficácia da disposição e não causa de revogação dos poderes outorgados.

O último questionamento, que já foi abordado quando do tratamento do conceito das diretivas antecipadas, é bastante tortuoso, mas muito atraente. Por isso, será retomado.

Seria possível autorizar, com base nos mesmos fundamentos principiológicos já debatidos, notadamente a dignidade humana e a autonomia privada, que a pessoa pudesse nomear um procurador não apenas para cuidados de saúde, mas também para o gerenciamento de sua vida pessoal, de seu patrimônio e de seus negócios?

Na província de Ontário, Canadá, por exemplo, existe instrumento que possibilita a uma pessoa se antecipar e nomear um representante para negócios, no caso de sua incapacidade (*continuing power of attorney for property)*, ao lado de instrumento que autoriza a nomeação de uma pessoa para decisões pessoais, como de moradia e de tratamento médico, também no caso de incapacidade (*power of attorney for personal care* ou *health-care proxy* or *durable power of attorney for health care*). Tudo isso sem prejuízo do instrumento comum de mandato, por meio do qual se pode nomear representante para negócios (*non-continuing power of attorney for property)*, o qual somente será válido enquanto o outorgante for capaz[639].

---

[637] VÍTOR, Paula Távora. Procurador para Cuidados de Saúde: importância de um novo decisor. Coimbra: Lex Medicinae: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 1, n. 1, 2004, páginas 121 a 134, a página 133.

[638] Código Civil Brasileiro, Art. 682. Cessa o mandato: I - pela revogação ou pela renúncia; II - pela morte ou interdição de uma das partes; III - pela mudança de estado que inabilite o mandante a conferir os poderes, ou o mandatário para os exercer; IV - pelo término do prazo ou pela conclusão do negócio.

[639] No Canadá, o tratamento da matéria é feito de forma autônoma em cada uma de suas províncias, de modo

Parece-nos, porém, que o tratamento deve ser específico para o âmbito da saúde e em respeito à dignidade da pessoa e sua autonomia, notadamente diante da premente necessidade social e da falta de regulamentação adequada da matéria na lei civil (a única finalidade subsidiária que se autorizou para as Diretivas Antecipadas diz respeito à previsão de disposição de órgãos e do destino a ser dado ao corpo físico, por se tratar de matérias intimamente relacionadas com o tratamento médico e suas consequências).

Com efeito, já existem instrumentos de proteção previstos em nossa legislação que têm suprido as necessidades da pessoa capaz ou incapaz, inclusive no que diz respeito a seu patrimônio, como o mandato, a tutela e a curatela[640], sem que se perceba necessidade maior de uma revisitação ou de ampliação do escopo de possibilidades.

As modificações trazidas pela Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015[641], em matéria de incapacidade, ademais, confirmam que incumbe, ao titular dos direitos existenciais, o seu exercício (artigo 6º da referida lei[642]). Dentre eles estão, obviamente, as escolhas relativas a tratamento médico.

Poder-se-ia questionar, então e como já feito, se a pessoa não teria, também no âmbito de sua autonomia e dignidade, o direito de não ser informada, ao lado do direito de se abster de tomar decisões relativas ao seu tratamento médico.

Na prática, porém, o questionamento é de menor importância, na medida em que há profissional capacitado para assumir responsabilidade por tais decisões, o qual poderá contar, ainda, com a ajuda da família ou de pessoas próximas ao doente.

---

semelhante ao que acontece nos EUA. Abordagem comparativa, inclusive sobre a situação na província de Otário, como citado, pode ser encontrada na matéria jornalística Living Wills: FAQs, CBC News Online, 22 de março de 2005, disponível em http://www.cbc.ca/news2/background/wills/, com acesso em 20 de abril de 2016.

[640] Artigos 1.728 e seguintes do Código Civil Brasileiro. Note-se que a Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015 (disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art114, com acesso em 20 de abril de 2016), trouxe uma série de inovações, visando garantir maior autonomia à pessoa portadora de deficiência física, que não é mais qualificada como absolutamente incapaz. A própria regra do artigo 1.780 do Código Civil Brasileiro (revogada pela Lei n. 13.146/2015), que previa a possibilidade de nomeação de curador ao enfermo ou portador de deficiência física para cuidados de todos ou alguns de seus negócios ou bens (curatela com finalidade exclusivamente patrimonial e sem qualquer vinculação a uma situação de incapacidade), confirma a conclusão exposta.

[641] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art114, com acesso em 02 de abril de 2016.

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

Vale registrar, por fim, que o "procedimento de validação" da vontade expressa, seja por meio de diretivas escritas, seja por meio de procuração, previsto na modificação proposta pelo parágrafo 3º, se coaduna com a condição imposta pelo Projeto de Lei n. 236/12 (Projeto de novo Código Penal), para que a prática de ortotanásia se configure como excludente de ilicitude penal[643]:

Eutanásia

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§ 1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos lações de afeição do agente com a vítima.

Exclusão de ilicitude

§ Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

Haveria necessidade, porém, de se adequarem as previsões, para que sejam parelhas no que diz respeito ao número de médicos avaliadores, à necessidade de indicação pelo Conselho Federal de Medicina e à possibilidade de se afastar a verificação prévia no caso de urgência ou dispensa pela família (ou pessoas próximas), a qual também pode possibilitar redução na quantidade de médicos envolvidos:

Modificação sugerida sob a denominação Parágrafo 3º: "A avaliação desta vontade e a decisão por seu atendimento ou não serão feitas por uma junta médica, composta pelo profissional que acompanha o paciente e mais dois médicos, dentre os quais estará um indicado pelo Conselho Federal de Medicina. Em situações emergenciais, a avaliação será feita posteriormente e se necessária, sendo que, em qualquer caso, havendo concordância da família ou de pessoas próximas com a vontade do doente, a junta poderá ser formada apenas pelo médico que o assiste e por outro especialista do mesmo ramo".

[643] O projeto de lei está disponível em http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404 e http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1, com acesso em 25 de maio de 2016.

- Modificação terceira:

Questão dificultosa está em saber se necessária a renovação das diretivas antecipadas de vontade, como exige a legislação portuguesa para a declaração prévia escrita (a cada cinco anos – artigo 7º da Lei n. 25, de 16 de julho de 2012), ou se necessária obediência apenas para documentos escritos em determinado prazo antes da incapacidade (a legislação francesa estabelece que somente serão cumpridas as diretivas redigidas no prazo de três anos do estado de inconsciência do paciente - artigo L1111-11 do Código francês da Saúde Pública).

Afinal, se a vontade foi manifestada e não revogada e se fazem presentes os requisitos fáticos para os quais foi prevista, não haveria motivo para desconsiderá-la. Em verdade, ela pouco se diferenciaria de uma declaração atual de vontade.

A exigência de prazo para reconhecimento da validade da manifestação de vontade é formalidade desnecessária, como já visto.

Ainda que se trate de negócio jurídico diverso do testamento regrado pelo Direito de Família, por possuírem finalidade próxima (garantia de exercício da autonomia privada no que diz respeito à sua pessoa ou bens para momento em que o titular não possa mais manifestar sua vontade), não se vislumbra motivo para que se imponha requisito temporal para um e não para o outro.

Como se sabe, o testamento é válido e deve ser cumprido caso não venha a ser revogado até o fim da vida, sem necessidade de ratificação de tempo em tempo[644].

Ademais, a Resolução n. 1.9995/2012 do CFM também não traz qualquer requisito neste sentido.

O estado da técnica é mais um fundamento a favor da desnecessidade do prazo. De fato e como se verá na parte relativa às objeções que podem ser opostas pelo médico, as recomendações deixadas por meio de diretivas antecipadas poderão ser desconsideradas quando não mais se verificarem os pressupostos fáticos que levaram a elas.

Em nossa sociedade de alta tecnologia, que possibilita rápida atualização do conhecimento, seria descabido tornar obrigatória a observação (ou não observação) da vontade

[644] Artigo 1.858 do Código Civil Brasileiro: "O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo" (*in* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, com acesso em 17 de fevereiro de 2016).

manifestada pelo paciente somente em função do fator tempo.

Em outros termos, seria totalmente despropositada a desconsideração da vontade somente porque não revalidada em determinado prazo, ainda que presentes todos os requisitos legais que levaram à sua manifestação, assim como não seria razoável o seu cumprimento apenas porque manifestada dentro de prazo previsto em lei, notadamente quando já descoberto procedimento para cura ou ultrapassada eventual dificuldade terapêutica. A análise, portanto, deverá ser pontual, de acordo com cada caso concreto.

A conclusão é a mesma em relação à constituição de procurador para fins de saúde, em observância ao regime próprio do mandato e às peculiaridades da representação debatida por meio deste estudo.

É por isso que se propõe o seguinte parágrafo, sem exigência de ratificação da vontade no tempo ou de predeterminação de prazo para observância:

"**Parágrafo 5º** - As Diretivas Antecipadas de Vontade, enquanto negócio jurídico unilateral e extrapatrimonial, sejam elas exercidas por escrito ou pela constituição de um procurador, podem ser revogadas a qualquer tempo".

Note-se que tal regra confirma o posicionamento adotado no sentido de que o instituto em debate é um só (Diretivas Antecipadas de Vontade), enquanto negócio jurídico unilateral destinado a resguardar a vontade da pessoa para momento em que não puder mais expressá-la, no âmbito de cuidados de sua saúde (e não no âmbito negocial), o qual pode ser exercido por duas formas, conforme a necessidade apresentada pela realidade fática.

A revogação pode ocorrer a qualquer tempo, obviamente, enquanto capaz for o declarante da vontade. Sobrevindo a sua incapacidade, a revogação dependerá da atuação de seu representante legal ou de intervenção judicial.

- Modificação quarta:

Assim como faz a lei portuguesa, necessário que se prevejam as hipóteses em que as diretivas antecipadas não terão eficácia:

"**Parágrafo 6º** - As Diretivas Antecipadas podem trazer orientações sobre limitação ou cessação de tratamento para o caso de moléstia grave em estágio terminal ou incurável, devendo, no caso, serem aplicados os cuidados paliativos necessários ao respeito da dignidade

do paciente no seu fim de vida. A eutanásia, porém, não pode ser objeto da manifestação de vontade".

Os fundamentos das limitações impostas pela sugestão acima já foram devidamente abordados neste trabalho e podem ser sumarizados nas palavras de José de Oliveira Ascensão: "se a vontade é no sentido de cessação das intervenções com sentido de cura e se verificam realmente as condições que permitem qualificá-las como fúteis, a vontade deve ser seguida. Se é negativa, o médico tomá-la-á em conta, dentro da margem de manobra disponível, mas não pode ser obrigado a praticar atos que, em consciência, prolongam a agonia e são contrários às *leges artis*. Pensamos que a chave deste delicadíssimo ponto de encontro de várias vertentes pode ser expressa pelo lema que foi difundido pela Igreja da França em 2001: 'Accepter la mort, maintenir les soins auprès du malade[645]'. Antes de mais, é a aceitação da nossa condição humana, da nossa qualidade de mortais, muito naturalmente. Diz-se textualmente que seria desumano procurar prolongar as agonias. De fato, seria a manutenção dum sofrimento que resultaria já de uma intervenção *contra natura* do homem"[646].

Note-se que esta modificação se coaduna com o tratamento dado à matéria pelo Projeto de Lei n. 236/12 (novo Código Penal), na medida em que a eutanásia continua sendo punida como crime, ainda que em tipificação autônoma, enquanto se reconhece como possível a prática de ortotanásia (causa de exclusão de ilicitude), desde que a irreversibilidade da doença da vítima seja previamente atestada por dois médicos.

- Modificação quinta:

Para se garantir que o profissional médico exerça livremente a sua profissão e não tenha os seus direitos da personalidade violados, na medida em que a cessação do tratamento pode não condizer com o seu procedimento de tratamento do doente ou até mesmo violar sua consciência, há que se reconhecer o direito à recusa no atendimento da vontade do paciente, manifestada por meio das diretivas.

A lei portuguesa que rege a matéria (Lei n. 25/2012), como já visto acima, autoriza o

[645] Em tradução livre: 'Aceitar a morte, manter os cuidados em favor do doente'.
[646] ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. A terminalidade da vida. Revista do TRF3 – Ano XXIV – n. 116 – janeiro/março de 2013, página 51.

afastamento do profissional do caso nesta hipótese, prevendo que seja providenciado o necessário à satisfação do desejo do doente:

"Artigo 9º - Direito à objeção de consciência.

1 - É assegurado aos profissionais de saúde que prestam cuidados de saúde ao outorgante o direito à objeção de consciência quando solicitados para o cumprimento do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade.

2 – O profissional de saúde que recorrer ao direito de objeção de consciência deve indicar a que disposição ou disposições das diretivas antecipadas de vontade se refere.

3 – Os estabelecimentos de saúde em que a existência de objetores de consciência impossibilite o cumprimento do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade devem providenciar pela garantia do cumprimento do mesmo, adotando as formas adequadas de cooperação com outros estabelecimentos de saúde ou com profissionais de saúde legalmente habilitados"[647].

A solução apresentada pela legislação portuguesa é prática e bastante razoável, notadamente porque, além de ser impossível constranger o médico a interromper o tratamento contrariamente ao seu entendimento, a obrigação seria até mesmo perigosa ao doente, o qual deixaria de estar integralmente assistido em sua vontade e em suas necessidades.

Portanto:

"**Parágrafo 7º**: É assegurado ao médico o direito à objeção de consciência quando solicitado para o cumprimento do disposto por meio de diretivas antecipadas de vontade, o qual deverá apontar as suas razões, indicando a que disposição ou disposições se refere:

I - Ao doente ou a seu representante, caberá a indicação de outro médico para a continuidade do tratamento, com observação das diretivas antecipadas.

II - Os estabelecimentos de saúde em que a existência de objetores de consciência impossibilite o cumprimento do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade também devem providenciar pela garantia do cumprimento do mesmo, adotando as formas adequadas de cooperação com outros estabelecimentos de saúde ou com profissionais de saúde legalmente habilitados.

A necessidade de especificação das razões foi importada do artigo 9º, 1, da Lei Portuguesa n. 25/2012, o qual foi registrado acima.

[647] *In* http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/96/lei_portuguesa.pdf, com acesso em 26 de outubro de 2015.

Parágrafo 8º: Também cabe objeção quando a vontade do doente não respeite os princípios da ordem pública, não observe a melhor técnica médica e/ou contrarie os preceitos do Código de Ética Médica:

I – Nesta hipótese, o médico **(ou a junta médica)** recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina, ou, ainda, ao Poder Judiciário, para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

II – A mesma providência será tomada quando não for conhecida a vontade do paciente ou inexistir procurador nomeado nem pessoa próxima, bem como na hipótese de falta de consenso.

Estes dois últimos incisos absorveram a previsão já constante do parágrafo 5º do artigo 2º da Resolução n. 1.995/12, sendo que o conteúdo do parágrafo 7º também está em acordo com o parágrafo 2º do mesmo artigo:

"(...)

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

(...)

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente".

Acrescentou-se, ainda, a possibilidade de recurso à Justiça, apenas em ratificação à norma constitucional da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário diante da relevância da matéria em debate[648].

Em resumo, o médico está vinculado a abster-se de praticar tratamentos contra a vontade esclarecida do paciente, assim como quando esta vontade vier a ser transmitida de

[648] Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal Brasileira: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

modo fidedigno por pessoa da confiança dele, vencidas as questões de prova[649]. Por outro lado, garante-se ao profissional a objeção de consciência ou a tomada de providências quando a vontade em questão não se coadune com a ordem pública: o profissional não está obrigado a seguir acriticamente as decisões do paciente ou de seu procurador.

- Modificação sexta:

Por fim, há que se tratar da questão relativa à legitimidade para questionamento do conteúdo das diretivas antecipadas de vontade.

A medida é necessária não só em proteção ao declarante da vontade, que pode não estar em sua capacidade plena, ou porque o negócio jurídico pode contar com qualquer outro vício de forma ou conteúdo, mas também para esclarecimento e limitação do âmbito de legitimados para questionamento desta última vontade.

Como bem assevera Luciana Dadalto, citando Rodotà, a declaração prévia de vontade do paciente terminal deve possuir, em regra, efeitos *erga omnes*, vinculando médicos, parentes e eventual procurador de saúde vinculado às suas disposições. Tal caráter vinculante das diretivas é necessário para evitar uma perigosa 'jurisdicionalização' do morrer, que inevitavelmente ocorreria se o médico, o procurador ou a família se recusasse a executar as diretivas antecipadas[650].

Quanto a tal ponto, Oliveira Ascensão bem nota que a Resolução n. 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina não se refere, de modo adequado, à família, já que a família nunca pode se substituir ao paciente e exprimir uma vontade que valha juridicamente como a dele. Mas, se não se pode substituir, deve ser sempre ouvida para esclarecimento da vontade do doente (histórica ou atual), e para trazer outros elementos de informação e convicção, fazendo-se sempre incluída na decisão, de modo que se sinta participante e responsável por aquele ato:

---

[649] ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. A terminalidade da vida. Revista do TRF3 – Ano XXIV – n. 116 – janeiro/março de 2013, página 53.

[650] PENALVA, Luciana Dadalto. Declaração Prévia de Vontade do Paciente Terminal. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito Privado. Orientador: Professor-Doutor Walsir Edson Rodrigues Júnior. Belo Horizonte, 2009 (in http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PenalvaLD_1.pdf, com acesso em 28 de julho de 2015), a página 61.

"Diríamos que a família acaba por desempenhar uma função mais relevante para se opor à cessação ou limitação dos tratamentos do que para os fundamentar. Se exprime a vontade de que esses tratamentos cessem ou se limitem já serve só de elemento de informação e ponderação"[651].

Com esta preocupação e na busca de parâmetros de comparação, no que diz respeito à legitimidade para questionamento de declaração de vontade dentro do âmbito dos direitos da personalidade e de proteção à pessoa, encontramos as seguintes regras no Código Civil Brasileiro:

a) Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815).

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

b) Art. 25. O cônjuge do ausente, sempre que não esteja separado judicialmente, ou de fato por mais de dois anos antes da declaração da ausência, será o seu legítimo curador.

§ 1o Em falta do cônjuge, a curadoria dos bens do ausente incumbe aos pais ou aos descendentes, nesta ordem, não havendo impedimento que os iniba de exercer o cargo.

§ 2o Entre os descendentes, os mais próximos precedem os mais remotos.

§ 3o Na falta das pessoas mencionadas, compete ao juiz a escolha do curador.

c) Art. 1.552. A anulação do casamento dos menores de dezesseis anos será requerida:

I - pelo próprio cônjuge menor;

II - por seus representantes legais;

III - por seus ascendentes.

d) Art. 1.775. O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito.

§1o Na falta do cônjuge ou companheiro, é curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se demonstrar mais apto.

[651] ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. A terminalidade da vida. Revista do TRF3 – Ano XXIV – n. 116 – janeiro/março de 2013, página 52.

§ 2o Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos.

§ 3o Na falta das pessoas mencionadas neste artigo, compete ao juiz a escolha do curador.

São exemplos suficientes os indicados para justificar opção que limite a legitimidade ao cônjuge ou companheiro, ascendentes ou descendentes.

E visando garantir proteção do direito à vida de toda e qualquer pessoa, quando na falta de parentes próximos, incluímos, ainda, no rol de legitimados o Ministério Público.

Os fundamentos jurídicos desta inclusão estão no artigo 127 da Constituição Federal e no artigo 176 do Código de Processo Civil[652].

Seguindo os parâmetros apontados, propomos uma última alteração:

"**Parágrafo 9º -** Terão legitimidade para impugnar as diretivas antecipadas de vontade, sejam elas exercidas por escrito ou por meio de procurador, o cônjuge ou companheiro, os ascendentes e os descendentes do declarante da vontade, bem como o Ministério Público".

Note-se que o estabelecimento de prazo prescricional é desnecessário, na medida em que a impugnação, para que possa ser objeto de análise judicial a tempo, deverá ser apresentada antes do cumprimento ou durante o atendimento da declaração de última vontade, obviamente.

Em outros termos, por se tratar de providência urgente, a segurança jurídica não estará comprometida pela falta de limitação de tempo para a ação em discussão.

Questão correlata está no extremo oposto da impugnação e diz respeito à possibilidade de familiares pleitearem pela presunção ou reconstrução da vontade do doente que já não mais puder expressá-la.

No caso de Eluana Englaro, como visto, a Justiça italiana autorizou o desligamento dos sistemas artificiais que a mantinham viva (alimentação e hidratação), a pedido do genitor, em atendimento a vontade que ela teria manifestado enquanto capaz e que pôde ser reconstruída por meio de provas, bem como considerando os esclarecimentos médicos, no sentido de irreversibilidade do estado vegetativo em que ela se encontrava.

---

[652] Código de Processo Civil Brasileiro, TÍTULO V, DO MINISTÉRIO PÚBLICO (disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm, com acesso em 20 de abril de 2016): Art. 176. O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis. Art. 177. O Ministério Público exercerá o direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais. Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social; II - interesse de incapaz;
III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

Também como já exposto, entendemos que solução a situações como esta caberá ao Poder Judiciário, já que a vinculação do respeito à vontade do doente a uma formalidade predeterminada (diretivas antecipadas) não se coaduna com o princípio da dignidade humana nem reflete proteção adequada à pessoa. Em outros termos, não encontramos motivo para proibir, por meio de regra expressa, a possibilidade de se reconstruir a vontade do doente quando segura a prova, mediante análise do juízo competente.

Em suma, o artigo 13 passaria a ter a seguinte redação (ou criaríamos um novo artigo, de número 14):

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Parágrafo 2º (ou Art. 14.)- Diretivas Antecipadas de Vontade escritas - A pessoa capaz, ainda que ainda não seja portadora de doença grave em estágio terminal ou incurável, poderá, por meio de instrumento público ou particular, sendo neste caso assinado por duas testemunhas idôneas, determinar as possibilidades de tratamento a serem observadas por seu médico, inclusive a hipótese de não tratamento ou de cessação de tratamento após determinado período de tempo, para momento em que não mais puder expressar, livre e autonomamente, sua vontade. Poderá, ainda e com finalidade subsidiária, determinar o destino a ser dado ao seu corpo e/ou órgãos após o falecimento.

Parágrafo 3º - A avaliação desta vontade e a decisão por seu atendimento ou não serão feitas por uma junta médica, composta pelo profissional que acompanha o paciente e mais dois médicos, dentre os quais estará um indicado pelo Conselho Federal de Medicina. Em situações emergenciais, a avaliação será feita posteriormente e se necessária, sendo que, em qualquer caso, havendo concordância da família ou de pessoas próximas com a vontade do doente, a junta poderá ser formada apenas pelo médico que o assiste e por outro especialista do mesmo ramo.

"**Parágrafo 4º** - Diretivas Antecipadas por meio de Procuração (ou Procurador) para Cuidados de Saúde - A pessoa capaz, ainda que não seja portadora de doença grave em estágio terminal ou incurável, poderá designar pessoa capaz de sua confiança para manifestar seu consentimento no que pertine ao seu tratamento médico, inclusive a hipótese de não tratamento ou de cessação de tratamento após determinado período de tempo, bem como no que pertine a

destino a ser dado a seu corpo e órgãos após sua morte, para momento em que não mais puder expressar, livre e autonomamente, a sua vontade:

I - A opinião da pessoa designada, salvo urgência ou impossibilidade, prevalece sobre qualquer outra opinião não médica, com exceção das diretivas antecipadas de vontade deixadas por escrito, no que diz respeito a decisões de investigação, de intervenção ou de tratamento, tomadas pelo médico;

II – A nomeação deverá ser feita por meio de instrumento público ou particular, este assinado por duas testemunhas;

III – Observar-se-á, no que couber, o disposto no parágrafo 3º.

"**Parágrafo 5º** - As Diretivas Antecipadas de Vontade, enquanto negócio jurídico unilateral e extrapatrimonial, sejam elas exercidas por escrito ou pela constituição de um procurador, podem ser revogadas a qualquer tempo".

"**Parágrafo 6º** - As Diretivas Antecipadas podem trazer orientações sobre limitação ou cessação de tratamento para o caso de moléstia grave em estágio terminal ou incurável, devendo, no caso, serem aplicados os cuidados paliativos necessários ao respeito da dignidade do paciente no seu fim de vida. A eutanásia, porém, não pode ser objeto da manifestação de vontade".

"**Parágrafo 7º**: É assegurado ao médico o direito à objeção de consciência quando solicitado para o cumprimento do disposto por meio de diretivas antecipadas de vontade, o qual deverá apontar as suas razões, indicando a que disposição ou disposições se refere:

I - Ao doente ou a seu representante, caberá a indicação de outro médico para a continuidade do tratamento, com observação das diretivas antecipadas.

II - Os estabelecimentos de saúde em que a existência de objetores de consciência impossibilite o cumprimento do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade também devem providenciar pela garantia do cumprimento do mesmo, adotando as formas adequadas de cooperação com outros estabelecimentos de saúde ou com profissionais de saúde legalmente habilitados.

Parágrafo 8º: Também cabe objeção quando a vontade do doente não respeite os princípios da ordem pública, não observe a melhor técnica médica e/ou contrarie os preceitos do Código de Ética Médica:

I – Nesta hipótese, o médico **(ou a junta médica)** recorrerá ao Comitê de Bioética da

instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina, ou, ainda, ao Poder Judiciário, para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

II – A mesma providência será tomada quando não for conhecida a vontade do paciente ou inexistir procurador nomeado nem pessoa próxima, bem como na hipótese de falta de consenso.

"**Parágrafo 9º -** Terão legitimidade para impugnar as diretivas antecipadas de vontade, sejam elas exercidas por escrito ou por meio de procurador, o cônjuge ou companheiro, os ascendentes e os descendentes do declarante da vontade, bem como o Ministério Público".

A proposta apresentada torna desnecessária a previsão do artigo 15 do Código Civil[653], que poderia ser, assim, revogado.

De fato, as mudanças a serem introduzidas afastam qualquer dúvida de que as decisões pertinentes a tratamento médico estão dentro da autonomia privada do doente, ao qual já é garantido o direito de informação (consentimento informado).

[653] Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, com acesso em 12 de novembro de 2016).

Conclusão.

O presente trabalho foi iniciado com o forte propósito de defender que seria não só possível como recomendável regulamentar, por lei, a eutanásia em hipóteses bastante delimitadas (estágio terminal ou impossibilidade certa de cura), com operacionalização por meio das diretivas antecipadas de vontade, em respeito ao fundamento que edifica toda a proteção dos direitos da personalidade – a dignidade da pessoa humana – e ao seu instrumento básico – a autonomia privada[654].

A determinação do conceito de liberdade, em oposição a qualquer tipo de determinismo, não é apenas problema primeiro da Filosofia, por facultar ao homem a possibilidade da escolha, reafirmando-o como ser consciente e senhor de seu destino, como bem pontua José Cretella Júnior[655], mas também é questão central para o Direito a partir da colocação da pessoa como seu valor central - o que exigiu anos de amadurecimento - e por ser inquestionável, nos dizeres de Miguel Reale, que a concepção pluralista da cultura no mundo ocidental solidificou como princípio o entendimento de que o limite de uma liberdade somente pode ser outra liberdade. Afinal, é o pluralismo que possibilita a liberdade de escolha[656].

Entretanto, quando se tem em vista que a pessoa deve ser compreendida não como ser individual e abstrato, mas, sim, como valor-fonte de duas faces - o sujeito que está submerso na realidade social e histórica, mas que, ao mesmo tempo, é unidade e individualidade irredutível à

---

654 Afinal, não teria a pessoa o direito de preservar a sua identidade até o fim? Em outros termos, no caso de doença ou mal que retire dela a sua própria identidade (demência, Alzheimer...), não justificariam, a sua dignidade e sua autonomia, o direito de morrer, de modo que sua existência se restringisse ao período em que efetivamente foi a pessoa que era? A propósito, Umberto Eco, em seu livro Kant e o ornitorrinco, faz interessante investigação em torno do significado do "ser", ressaltando que "toda a filosofia da linguagem não é apenas um *terminus ad quem*, mas também a um *terminus a quo*". Não se deve apenas perguntar o que queremos dizer quando falamos, e com qual credibilidade, mas também o que nos faz falar. Durante o percurso investigatório do tema proposto, Umberto Eco demonstra que muitos são os exemplos, como o do navio Vasa que afundou em Estocolmo e foi resgatado, mas sem algumas de suas partes, e está exposto atualmente em um museu que leva o seu nome, mas reconstruído ("Poder-se-ia dizer que se trata do mesmo Vasa, ou designar-se-ia rigidamente como Vasa aquele que já não possui parte material alguma do objeto que foi batizado como tal?"), bem como os da abadia de Saint Guinness, erguida no século XII, a qual passou por tantas reformas que já não guarda qualquer relação com a original, e da abadia de Cognac, que, adquirida por William Randolph Hearth, foi desmontada, pedra por pedra, e reconstruída nos Estados Unidos (Saint Simeon, California), que colocam em jogo o problema da identidade e de toda possibilidade de designação rígida (Kant e o ornitorrinco, editora Record, 1998, páginas 24 e 270 a 283). Neste contexto, não guardaria a pessoa o direito de morrer quando não mais seja a pessoa que sempre foi? O enfrentamento desta questão deverá ser retomado quando houver maior maturidade social e maior estrutura para a efetivação de um direito como tal, nos moldes dos fundamentos apresentados.

655 CRETELLA JÚNIOR, José. "Pluralismo e Liberdade" do Professor Miguel Reale. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 61, n. 1, dezembro de 1965, páginas 218 a 226.

656 Id.

mera parte do todo - conclui-se que a sua proteção, para que seja efetiva, não pode ocorrer apenas no plano ideológico. Em outras palavras, tutela concreta depende da consideração da realidade em que a pessoa está inserida.

Em assim sendo, mostra-se impraticável defender hoje o direito de decidir pela morte, ainda que em situações bastante limitadas e em respeito a um dos princípios basilares de nossos sistemas jurídicos atualmente (dignidade da pessoa humana), quando tal direito reflete valor ainda não incorporado por toda a sociedade[657].

Em outros termos, no estágio de existência em que nos encontramos, a vida é, ainda, um tema sagrado e pouco suscetível de debate o direito a ela com dignidade, ao menos para a sociedade brasileira, em que estamos inexoravelmente inseridos.

Em verdade, a própria noção de morte e seu conceito jurídico são controversos e despertam discussões em todos os níveis de operação do Direito.

Isto porque se trata de fenômeno da realidade concreta que toca diferentes ramos de nosso conhecimento e da própria existência humana, como a Medicina, a Filosofia e a Religião, o que traz diferentes concepções e paradigmas para a sua análise, sendo muitos, como já vistos, os entendimentos no sentido de que a vida é bem absoluto, que deve ser preservado em qualquer hipótese e mesmo nas mais difíceis situações de sofrimento para o seu titular.

A própria construção do conceito de dignidade, por sinal, por estar vinculada à pessoa,

---

[657] Vale lembrar, mais uma vez, da importância de harmonia entre as partes que compõem o todo, porque interdependentes, para que a felicidade, ou a satisfação, de cada um e da própria comunidade possa ser alcançada (Ubuntu, Dharma). A interdependência harmônica depende do respeito a certos valores humanos fundamentais e pressupõe uma verdadeira responsabilidade universal, como bem reconhece o Dalai-Lama: "num mundo cada vez mais interdependente e frágil, o futuro é ao mesmo tempo inquietante e muito promissor. Para evoluir, nós devemos reconhecer que, em meio a uma grande diversidade de culturas e formas de vida, formamos uma única humanidade e uma única comunidade sobre a Terra, partilhando um destino comum. Devemos unir nossos esforços para fazer nascer uma sociedade munidal duradoura, fundada no respeito à natureza, nos direitos universais do ser humano, na justiça econômica e na cultura da paz. Com esse objetivo, é imperativo que nós, os povos da Terra, declaremos nossa responsabilidade uns em relação aos outros, em relação à comunidade da vida, assim como em relação às gerações futuras... Compete a nós escolher: formar uma parceria em escala global para cuidar da Terra e de nossos próximos, ou então participar de nossa própria destruição, assim como da destruição da diversidade da vida. Mudanças fundamentais nos nossos valores, instituições e maneira de viver são indispensáveis. Devemos admitir que, uma vez satisfeitas as necessidades de base, a evolução da humanidade não é uma questão de ter mais, mas de ser mais. Para realizar nossas aspirações, devemos escolher integrar na nossa vida o princípio da responsabilidade universal, identificando-nos tanto com a comunidade da Terra quanto com nossas comunidades locais. Todos compartilhamos a responsabilidade de garantir o bem-estar presente e futuro da grande família humana e de todas as outras formas de vida. O espírito de solidariedade e fraternidade em relação a toda forma de vida é reforçado pelo respeito ao mistério da criação, pelo reconhecimento do dom da vida e pela humildade diante do lugar que ocupamos como seres humanos dentro do universo" (Op. cit., Minha autobiografia espiritual: ensinamentos, objetivos e discursos/Dalai-lama; transcritos, traduzidos, adaptados e editados por Sofia Stril-Rever; tradução Rejane Janowitzer. Rio de Janeiro: editora Bertrand Brasil, 2009, páginas 144 a 146, grifos nossos).

impõe como pressuposto lógico e necessário a vida.

Nos dizeres de Antonio Junqueira de Azevedo, o princípio jurídico da dignidade, como fundamento da República Brasileira, exige como pressuposto a *intangibilidade da vida humana*: sem vida, não há pessoa, e sem pessoa, não há dignidade[658]. Inconcebível, portanto, atrelar o seu entendimento a critérios relativos e pessoais de qualidade de vida.

Há vinculação, ainda e como visto, ao tempo e ao grupo social em que feita a construção do termo plurívoco.

A fixação dos conceitos de estágio terminal e de doença incurável, por sua vez, também se mostra bastante tortuosa, na medida em que os avanços tecnológicos são cada vez mais céleres e inusitados, ainda que o progresso científico não venha sempre acompanhado do progresso ético esperado.

E a diferente percepção humana do sofrimento e da dor reflete também obstáculo intransponível. Com efeito, desgraça que para alguns é motivo suficiente para abandono da vida pode significar, para outros, instrumento de motivação e superação.

Em verdade, a própria vontade expressa em situações terminais merece ser encarada com prudência. "Uma vontade de morrer pode exprimir apenas a situação de desespero ou a depressão provocada pela irremediabilidade da doença e pelo abandono a que o paciente esteja (ou se sinta) voltado (...) Este aspecto, que é da maior importância, ultrapassa muito a cessação dos tratamentos em estado terminal. Abrange todos os pedidos que conduzam à morte (...). Em vez do exercício genuíno da autodeterminação, há com frequência apenas o reflexo duma situação de extrema vulnerabilidade psicológica e circunstancial, que pode ser totalmente diversa do que corresponderia A estrutura mental do paciente"[659].

Daí a necessidade de todo cuidado e de toda sensibilidade para se concluir pela genuinidade da vontade expressa, sem banalização da situação nem abertura para riscos maiores, inclusive de fraude.

Não se pode esquecer, ainda, que existem outros interessados no processo.

A família e as pessoas próximas do doente, por estarem envolvidas, possuem pontos de vista que também merecem respeito.

---

[658] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 97, 2002, páginas 107 a 125, a página 116.

[659] ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. A terminalidade da vida. Revista do TRF3 – Ano XXIV – n. 116 – janeiro/março de 2013, a página 50.

É justamente por meio deste processo que as pessoas próximas compreendem a situação, aceitam-na e libertam-se ao tempo da morte do ente querido – ainda que muitas se percam no caminho e não alcancem verdadeiro alívio.

Como se vê, o tratamento, o cuidado e a perda são as fases de uma verdadeira catarse. Agregar ao processo a possibilidade de interrupção do tratamento ou de facilitação da morte pode torná-lo mais tortuoso e sofrido, notadamente quando não há entendimento comum – diferentes visões, o que pode gerar mais conflito.

Quando se mencionou a necessidade de se impedirem riscos maiores, quis-se dizer qualquer possibilidade de dolo e má-fé, o que acrescenta mais um obstáculo à regulamentação ampla e tranquila da matéria.

Ora, não se pode desconsiderar que maior autonomia, embora garanta maior independência e liberdade ao homem, o coloca em situação de perigo face à ganância e à maldade de maus profissionais e familiares.

Com efeito, o médico pode encurtar indevidamente tratamento possível ou a família pode abandonar o doente, com vistas ao rápido recebimento de herança ou para evitar trabalho e custos.

Importante relembrar, também, a situação de desigualdade e carência que vige na sociedade brasileira, em que a mistanásia já é realidade corriqueira. A legalização da eutanásia neste contexto social, ao invés de servir como instrumento de exercício da autonomia privada, em respeito à dignidade humana, colocaria em maior risco a vida dos menos favorecidos.

Realidade triste esta que não pode ser desconsiderada: o homem ainda exercendo o papel de lobo de si mesmo!

Tais dificuldades confirmam o pensamento de Algirdas Julien Greimas, no sentido de que o discurso, em ciências humanas, longe de ser linear, aparece como se se desenvolvesse em vários níveis ao mesmo tempo, de forma que, tais ciências, embora possam ser reconhecidas como dotadas de autonomia formal, se interpenetram, se sucedem, se interpretam e se apoiam umas sobre as outras, garantindo assim a solidez e a progressão – relativas, evidentemente – de sua marcha à vocação científica[660].

[660] GREIMAS, Algirdas Julien. Introduction à l'analyse du discours en sciences sociales. Paris : Hachette Université, 1979, página 60: "Le discours en sciences humaines, loin d'être linéaire, apparait comme se déroulant sur plusieurs niveaux à la foi qui, tout en étant reconnaissables commes dotés d'une autonomie formelle, s'interpénètrent, se succèdent, s'interpretent et s'appuient les uns sur les autres, garantissant de ce fait la solidité e

Em outros termos, dura e penosa é a transformação em ciência de substrato tão sensível e tênue, que está conectado a diferentes ramos do conhecimento humano e que envolve centros de interesses muito próximos, mas colidentes.

Como já mencionado, ao iniciar este trabalho, firme era o propósito de se defender um maior espaço de aplicação da autonomia de vontade e da autonomia privada também no campo dos direitos da personalidade e, mais especificamente, é claro, no enfrentamento da doença e da morte.

Ansiava-se pela construção de uma hipótese jurídica por meio da qual seria possível reconhecer à pessoa a autonomia não só sobre sua vida, mas também sobre o seu processo de morrer.

Mas, no percurso e, ao enfrentar os diversos aspectos da questão, vimo-nos de frente com nossos próprios valores, refletindo os valores comuns de tantos outros com quem nos envolvemos no caminho de pesquisa, notadamente a sacralidade da vida, como barreiras para sustentar que a sociedade brasileira já está madura para que se reconheça como possível regulamentação mais ampla e liberal da matéria.

Afinal, como é possível separar normas internalizadas – o senso, profundamente enraizado em nós e pessoalmente sentido, do que é certo e adequado – das normas produzidas pela sociedade[661]?

Não há como negar que existem valores que decorrem de instintos morais universais, ou seja, de uma moralidade inata a todo ser humano: assim como nascemos com uma gramática universal, que nos força a analisar o diálogo em termos de sua estrutura gramatical, ainda que sem consciência das regras do jogo, por analogia, é possível reconhecer que nascemos com uma gramática moral universal, que nos força a analisar a ação humana em termos de sua estrutura moral, mesmo que sem total compreensão do assunto[662].

De fato, a ideia de que a natureza humana é composta de um senso moral inato não é inverossímil.

Muitos são os estudiosos que já realizaram estudos comprovando tal fato.

---

la progression – toutes relatives, évidement – de la démarche à vocation scientifique".

[661] MACNEIL, Ian R. Op. cit. The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil. Modern Legal Studies (editado por David Campbell). Londres: editora Sweet & Maxwell, 2001, página 137.

[662] PINKER, Steve. THE MORAL INSTINCT (artigo publicado no jornal The NY Times, no mês de janeiro de 2008, *in* http://www.nytimes.com/2008/01/13/magazine/13Psychology-t.html?pagewanted=all&_r=1&, com acesso em 31 de agosto de 2015).

O antropologista Donald E. Brown elaborou uma lista de instintos morais universais, a incluir a distinção entre certo e errado, a admiração pela generosidade, a noção de direitos e obrigações, bem como a necessidade de sanções por ilícitos, inclusive contra a comunidade, a consubstanciar um verdadeiro ideal de justiça ou *fairness*[663].

Tal realidade serve para confirmar que a sociedade muda o Direito, mas o Direito não muda a sociedade, embora imponha a ela padrões de comportamento. O Direito deve ser expressão da vontade social , de modo que a legislação deve apenas assimilar os valores positivos que a sociedade estima e vive[664].

Convicções ideológicas, por sua vez, sejam elas da maioria ou de uma minoria, não podem ser impostas, quanto mais juridicamente. Este é um dos primados da vida em democracia.

A propósito, Ronald Dworkin bem pontua que "apesar de acreditarmos frequentemente que alguém cometeu um erro ao avaliar quais são seus interesses, a experiência nos ensina que, na maioria dos casos, nós é que erramos ao pensar assim. A longo prazo, portanto, é melhor reconhecer o direito geral à autonomia e respeitá-lo sempre, em vez de nos reservarmos o direito de interferir na vida de outras pessoas sempre que acreditarmos que tenham cometido um erro"[665].

Traduzindo todo o exposto em termos jurídicos, pode-se afirmar que ainda não há maturidade social para consagração do direito à morte como um direito da personalidade. A sacralidade da vida, ou seja, o direito à vida enquanto direito fundamental e intangível é ainda valor que supera o valor da autonomia privada. Conclusão esta que se confirma pela falta de estrutura moral e ética para que se garanta maior liberdade em tal campo.

Mas o Direito é ordenação que, dia a dia, se renova, justamente porque suas diferentes partes "não se situam uma ao lado da outra, como coisas acabadas e estáticas"[666], mas se unem em esforço constante para que possam continuar fornecendo respostas adequadas às necessidades humanas.

O Direito, como processo de adaptação social e como instrumento que possibilita a

---

[663] Id.
[664] NADER, Paulo. Op. cit. Introdução ao estudo do direito. Rio de Janeiro, Forense, 37ª edição, 2015, página 18.
[665] DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: editora Martins Fontes, 2003, página 317.
[666] REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. São Paulo: editora Saraiva, 25ª edição, 2000, página 05.

convivência e o progresso social, corre para alcançar a sociedade e servir ao propósito para o qual foi criado, qual seja, atendê-la (*Ubi societas ibi ius:* onde está a sociedade, está o Direito).

Não há como negar, ainda, que "o *pensamento jurídico é um pensamento prático*, seu objeto é a *decisão concreta*, cabendo à teoria do direito civil a tarefa, também prática, de propor diretivas ou modelos jurídicos que proporcionem e justifiquem a resolução correta de problemas"[667], notadamente porque o mundo pós-moderno, nos dizeres de Antonio Junqueira de Azevedo, não mais tolera conteúdos vazios do ponto de vista axiológico e necessita de soluções expeditas para seus problemas. O paradigma do juiz, que teria substituído o paradigma da lei, fundando em conceitos jurídicos indeterminados e em cláusulas gerais, representados fundamentalmente pelo "bando dos quatro" (função social, boa-fé, ordem pública e interesse público), já não seria mais adequado. A consequência gravosa de sua inadequação estaria justamente na fuga do juiz: os conflitos são encaminhados a outras vias de resolução, como a arbitragem, a Comissão de Valores Imobiliários e os Conselhos de Medicina[668].

Sob a luz de tal alerta e, mais uma vez, considerando o atual estágio de desenvolvimento da raça humana, que fortaleceu de forma considerável a importância da pessoa como valor fundamental a ser respeitado em todos os campos de nossa existência, em reconhecimento da autonomia de vontade e da autonomia privada, ao mesmo tempo em que atingiu capacidade técnica e tecnológica diferenciada, com diversas implicações antropológicas, sociológicas, religiosas, jurídicas e morais, resta evidente que o reconhecimento do direito a uma morte digna como direito da personalidade já é possível, de modo que a regulamentação das diretivas antecipadas de vontade e da ortotanásia, por lei em sentido estrito, é medida premente.

Esta conclusão se reforça pelo fato de o Direito Brasileiro não poder mais se manter

---

[667] AMARAL, Francisco. Op. cit. Direito Civil: Introdução. Rio de Janeiro: editora Renovar, 8ª edição, 2014, a página 52.

[668] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. INSUFICIÊNCIAS, DEFICIÊNCIAS E DESATUALIZAÇÃO DO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL NA QUESTÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS. Revista dos Tribunais vol. 775, p. 11, maio de 2000, a página 15. Sobre os paradigmas mencionados, bem explica o doutrinador: "o primeiro paradigma do direito posterior à Revolução Francesa se baseava inteiramente na lei e na segurança da lei - naquela ideia de que a lei deve ser universal, geral, prever tudo com precisão e ser, tanto quanto possível, completa. O papel do Juiz nesse paradigma era o de um autômato. É o famoso Juiz "boca da lei", *la bouche de la loi*, na linguagem de Montesquieu. Esse paradigma, no começo do século XX, foi alterado, foi substituído pelo segundo paradigma, que hoje alguns estão chamando de "sistema aberto". Nesse sistema, o ponto central deixou de ser a lei e passou a ser o Juiz. Para isso, o direito passou a utilizar conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, que são "noções-quadros", nas quais o Juiz tem maior liberdade de decisão" (Id.).

silente diante da iniciativa tomada pelo Conselho Federal de Medicina, o qual, atento à insegurança gerada pela omissão do sistema jurídico em vigor, que não trata de direitos fundamentais dos pacientes nem de sua relação com a classe médica de forma satisfatória, bem como à nova realidade social, marcada pela revolução tecnológica, regulou as diretivas de última vontade e a ortotanásia.

Regulamentação esta que, como visto, já aparece consolidada também nos ordenamentos jurídicos de outros países que mantêm padrões relacionais e estrutura jurídica muito próximos dos nossos.

Com a finalidade, portanto, de garantir segurança à pessoa, seja na qualidade de titular de direitos da personalidade, seja no exercício da profissão médica, notadamente diante dos novos contornos da relação médico-paciente, este trabalho apresentou oito modificações ao Código Civil em vigor, o qual, com elas e a nosso ver, reuniria tratamento sucinto e suficiente da matéria para o nosso tempo.

A incorporação de tais regras também seria importante para fomentar reflexões mais concretas sobre o tema, possibilitando, quiçá, aprimoramento no futuro.

A expansão da consciência humana caminha, ainda que a passos lentos, devendo o Direito, como já exposto, acompanhá-la, fornecendo o regramento necessário para a garantia de direitos e para o melhor desenvolvimento das relações sociais.

Em um mundo cada vez mais evoluído tecnologicamente e interconectado, o tempo e sua passagem não são mais elementos tão facilmente percebidos[669].

A velocidade frenética dos fatos, a agitação do dia a dia, o considerável número de atividades e a grande gama de informações e descobertas disponíveis, porém, não nos tornam - ainda - imunes às doenças ou ao advento da morte.

Reflexão sobre tais temas, portanto, é necessária, assim como coragem para regulamentação da matéria na medida do necessário, de forma que cada um de nós possa ter garantido o pleno desenvolvimento de nossa personalidade em todos os âmbitos de nossa existência.

[669] Tempo que, para muitos, se trata de uma mera ilusão, uma impressão criada, em parte, por nossos cinco sentidos. Isto porque, na realidade, "ontem", "hoje" e "amanhã" estão englobados em um único todo unificado (Yehuda Berg, O poder da Kabbalah, 13 Princípios para Superar Desafios e Alcançar a Plenitude. Traduzido pela Equipe do Kabbalah Centre. São Paulo: editora Kabbalah Centre do Brasil, 2011, página 115).

Bibliografia.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, Revista de Direito do Estado 4 (2006), páginas 23 a 51.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC, Rio de Janeiro, ano 12, volume 45, páginas 91 a 110, janeiro/março de 2011.

ALEXANDRINO, José Alberto de Melo. Direitos fundamentais - introdução geral. Estoril: editora Princípia, 2007.

ALTAVILA, Jayme de. Origem dos Direitos dos Povos. São Paulo: editora Melhoramentos, 2ª edição.

ALVES, Daniela Ferreira Felix. Eutanásia e o desligamento de aparelhos em caso de morte encefálica diagnosticada. Artigo publicado no site Boletim Jurídico em 13 de dezembro de 2013, integrante da edição n. 1126, código da publicação 3100 (http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3100).

ALVES, Jonas Figueirêdo. A família no contexto da globalização e a socioafetividade como seu valor jurídico fundamental. 10 anos de vigência do Código Civil Brasileiro de 2002. Estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. Organização de Christiano Cassettari. São Paulo: editora Saraiva, 2013.

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. Rio de Janeiro: editora Forense, 2014, 16ª edição.

AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. Rio de Janeiro: editora Renovar, 8ª edição, 2014.

ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. O direito de morrer: o caso Eluana Englaro (http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/o-direito-de-morrer-o-caso-eluana-englaro).

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil. Teoria Geral. Introdução. As pessoas. Os bens. São Paulo: editora Saraiva, 3ª edição, 2010.

_____. Os direitos de personalidade no Código Civil Brasileiro, *in* http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-OS-DIREITOS-DE-PERSONALIDADE-NO-CODIGO-CIVIL-BRASILEIRO.pdf, com acesso em 23 de junho de 2015.

_____. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 103, jan./dez. 2008, páginas 277 a 299.

_____. A terminalidade da vida. Revista do TRF3 – Ano XXIV – n. 116 –

janeiro/março de 2013.
ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: editora Saraiva, 9ª edição, 2005.
AZEVEDO, Álvaro Villaça. Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue, mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros. Parecer. São Paulo, 08 de fevereiro de 2010.
AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 97, 2002, páginas 107 a 125.
_____. INSUFICIÊNCIAS, DEFICIÊNCIAS E DESATUALIZAÇÃO DO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL NA QUESTÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS. Revista dos Tribunais, vol. 775, p. 11, maio de 2000.
BARROSO, Luis Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010 (*in* http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf).
BLANCO, Jaime Zabala. Tesis Doctoral - Autonomía e Instrucciones Previas - Un análisis comparativo de las legislaciones autonómicas del Estado Español, Universidad de Cantabria, 2007, disponível em http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/10650/TesisJZB.pdf?sequence=1.
BERG, Yehuda. O poder da Kabbalah, 13 Princípios para Superar Desafios e Alcançar a Plenitude. Traduzido pela Equipe do Kabbalah Centre. São Paulo: editora Kabbalah Centre do Brasil, 2011.
BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Especial – Dos Crimes contra a Pessoa, volume 2. São Paulo: editora Saraiva, 15ª edição, 2015.
BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. São Paulo: editora Saraiva, 8ª edição, 2015.
BONAVIDES, Paulo. A quinta geração dos direitos fundamentais. Direitos Fundamentais – Justiça n. 3, abril e junho de 2008, páginas 82 a 93.
BONFANTE, PIETRO. Diritto Romano, Firenze: Casa Editrice Libraria “Fratelli Cammelli”, 1900.
_____. Historia Del Derecho Romano, volumen 1, Madrid: editora Revista de Derecho Privado, 1944.
BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada. São Paulo: editora Saraiva, 2ª edição, 2007.

_____. Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro, 04 de abril de 2005, Migalhas (*in* http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI11097,71043-Eutanasia+ortotanasia+e+distanasia+breves+consideracoes+a+partir+do).

BRITO, António José dos Santos Lopes de; RIJO, José Manuel Subtil Lopes. Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal. Direito sobre a vida ou direito de viver? Coimbra: editora Almedina, 2000.

BUNAZAR, Maurício. Obrigação *propter rem*. Aspectos teóricos e práticos. São Paulo: editora Atlas, 2014.

CAMPOS, Diogo Leite de. A capacidade sucessória do nascituro. Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas, v. 5, p. 1-8, 2013, ISSN 2175-4853 (*in* file:///F:/Mestrado/Direitos%20da%20Personalidade/Livros-junho/nascituro-diogo-de-campos.pdf, com acesso em 02 de junho de 2015).

_____. Os direitos da personalidade: categoria em reapreciação. Texto que serviu de base à conferência proferida na Faculdade de Direito de Santiago de Compostela, integrada na "Semana Jurídica Portuguesa", em 19 de abril de 1993 (*in* https://dspace.usc.es/bitstream/10347/2188/1/pg_063-076_dereito2-2.pdf, com acesso em 02 de junho de 2015).

_____. O Direito e os direitos da personalidade (*in* http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/LCampos93_2.pdf, com acesso em 08 de julho de 2015).

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, Lisboa: editora Fundação Calouste-Gulbenkian, 4ª edição, 2008.

CAROZZA, Paolo G. From Conquest to Constitutions: Retrieving a Latin American Tradition of the Idea of Human Rights, *in* http://www.lascasas.org/carrozo.htm, com acesso em 27 de maio de 2015.

CHINELLATO, Silmara. Direitos da personalidade: o art. 20 do Código Civil e a biografia de pessoas notórias, in 10 Anos de Vigência do Código Civil Brasileiro de 2002, coordenação Christiano Cassetari, ed. Saraiva, 2013.

CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil IV. Parte Geral: Pessoas. Coimbra: editora Almedina, 3ª edição, 2011.

_____. Tratado de Direito Civil Português, Coimbra: editora Almedina, 2001.

_____. Os direitos de personalidade na civilística portuguesa. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, volume 61, número 3, 2001, páginas 1229 a 1256.

COSTA, Ana da Cunha Gouvea. A violação positiva do contrato. Monografia apresentada para

conclusão do curso de pós-graduação lato sensu Ordem Jurídica e Ministério Público da FESMPDFT. Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ., Brasília, Ano 19, Edição Especial, novembro de 2011, páginas 07 a 99.

COSTA, Judith Martins. DIREITO E CULTURA: ENTRE AS VEREDAS DA EXISTÊNCIA E DA HISTÓRIA. Revista do Advogado n. 61, páginas 72 a 74.

_____ (Judith Hofmeister Martins). O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS n. 15. Porto Alegre: editora: UFRGS/Síntese, 1998, páginas 129 a 154.

COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. São Paulo: editora Martins Fontes, 1995.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. Rio de Janeiro: Cadernos de Saúde Pública, volume 22, número 8, agosto de 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. "Pluralismo e Liberdade" do Professor Miguel Reale. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 61, n. 1, dezembro de 1965.

CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e. El concepto constitucional del derecho a la propia imagen en Portugal, España y Brasil, *in* file:///F:/Mestrado/tese-direito-ppa-imagem-espanhol.pdf, com acesso em 13.05.2015.

CUPIS, Adriano De. Os Direitos da Personalidade. São Paulo: editora Quorum, 2ª edição, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: editora Saraiva, 2013, 32ª edição.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A "ajuda médica à morte": uma consideração jurídico-penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, volume 100, janeiro de 2013.

DIÉZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, volume I. Madrid: editora Tecnos, 1988.

DINIZ, Débora; LIONÇO, Tatiana. Direito à morte, direito ao luto. Boletim IBCCrim, ano 16, n. 197, abril de 2009. E, ainda, *in* http://alias.estadao.com.br/noticias/geral,morte-digna-e-luto-direitos-a-considerar,324173- com acesso em 05 de agosto de 2015.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil, volume 1, São Paulo: editora Saraiva, 2015, 32ª edição.

_____. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 6. São Paulo: editora Saraiva, 2007, 21ª edição.

_____. O Estado Atual do Biodireito. São Paulo: editora Saraiva, 9ª edição, 2014.

DONEDA, Danilo. Os Direitos da Personalidade no Código Civil, Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, N. 06, junho de 2005.

DUGUIT, Léon. Fundamentos do Direito. Tradução de Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: editora Sergio Antonio Fabris, 2005.

DURAN, Marcos. A morte e a ciência, in Morte: qual seu significado? Entre a medicina, a filosofia e a teologia. Organização de José Transferetti. Campinas: editora Alínea, 2007.

DWORKIN, Ronald. Los Derechos en Serio, Barcelona: Editorial Ariel, 1ª edição, 5ª reimpresión, 2002.

_____. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: editora Martins Fontes, 2003.

ECO, Umberto. Kant e o ornitorrinco, editora Record, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro: editora Renovar, 2a edição, 2006.

FERRI, Luigi. L'autonomia privata. Milão: editora Dott. A. Giuffré, 1959.

FESTAS, David de Oliveira. Do conteúdo patrimonial do direito à imagem- contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido e *inter vivos*. Lisboa: editora Coimbra, 2009.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Aspectos Gerais dos Direitos da Personalidade. Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 11, volume 1, julho/dezembro de 2011, páginas 33 a 52.

FIUZA, César. Direitos da personalidade, *in* http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7340&revista_caderno=7, com acesso em 04.09.2014.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato e Deveres de Protecção. Coimbra: editora G.C. – Gráfica de Coimbra, 1994.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade. Coordenadas Fundamentais. Revista do Advogado n. 36, março de 1992, páginas 05 a 13.

_____Manual de Direito Civil, v. 1, editora Revista dos Tribunais, 3ª edição.

GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. Tradução de Antônio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, 2001.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade. São Paulo: editora Atlas, 3ª edição, 2015.

GOGLIANO, Daisy. Direito civil sanitário o novo Código Civil. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 3, n. 2, julho de 2002, páginas 34 a 53.

_____. O consentimento esclarecido em matéria de bioética: ilusão de exclusão de responsabilidade. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 104, jan./dez. 2009, páginas 509 a 547.

_____. Pacientes Terminais – Morte Encefálica. Revista Bioética, disponível em

http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/493/310.
GOMES, Orlando. Direitos de personalidade. Revista de Informação Legislativa, volume 3, número 11, páginas 39 a 48, setembro de 1966.
_____. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Forense, 18ª edição, 2001.
GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume I, Parte Geral, São Paulo: editora Saraiva, 7ª edição, 2009.
GREIMAS, Algirdas Julien. Introduction à l'analyse du discours en sciences sociales. Paris : Hachette Université, 1979.
GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Celso Bastos Editor, 3ª edição, 2003.
GUIMARÃES, Alessandro de Araújo. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: a absolutização argumentativa da dignidade humana e o perigo da subtração do caráter normativo desse princípio, *in* Temas de Direito Constitucional: Estudos em homenagem ao Prof. Carlos Rebelo Júnior, org. de Ubirajara Coelho Neto, Aracaju: editora Evocati, 2013, páginas 17 a 40.
HIRONAKA, Giselda. Sucessão testamentária. Direito das Sucessões. Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2014.
HOBBES, Thomas. O Leviatã, *in* http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf, com acesso em 27 de maio de 2015.
KOVÁCS, Maria Júlia. Autonomia e o Direito de Morrer com Dignidade, *in* http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/326/394, com acesso em 30 de julho de 2015.
KUPFER, Pedro. Kant e o Dharma, 23 de agosto de 2011, *in* http://www.yoga.pro.br/artigos/1038/1/kant-e-o-dharma, com acesso em 14 de setembro de 2016.
LAFER, Celso. A reconstrução dos Direitos Humanos. São Paulo: editora Companhia das Letras, 6ª edição, 2006.
LAMA-Dalai. Minha autobiografia espiritual: ensinamentos, objetivos e discursos/Dalai-lama; transcritos, traduzidos, adaptados e editados por Sofia Stril-Rever; tradução Rejane Janowitzer. Rio de Janeiro: editora Bertrand Brasil, 2009.
LARA, Mariana. O Direito à Liberdade de uso e (auto) Manipulação do Corpo. Belo Horizonte: editora D'Plácido, 2014.
LELOUP, Jean-Yes. Além da luz e da sombra: sobre o viver, o morrer e o ser. Org. de Lise Mary Alves de Lima; tradução de Pierre Weil, Regina Fittipaldi. Petrópolis: editora Vozes, 9ª edição,

2011.
LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A Formação da Doutrina dos Direitos Fundamentais, in http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67595/70205, com acesso em 27 de agosto de 2015.
LIMA, Alvino. Da culpa ao risco, São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1938.
_____. Culpa e risco, São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1999.
LIPPMANN, Ernesto. Testamento vital: o direito à dignidade. São Paulo: editora Matrix, 2013.
LOPEZ, Angel M. Lopez y. Problemas jurídicos de los transplantes de tejidos e dos organos humanos, *in* http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1969-10014500162_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Problemas_jur%EDdicos_de_los_transplantes_de_tejidos_y_%F3rganos_humanos, com acesso em 13.05.2015.
LUTZ, D. African Ubuntu Philosophy and Global Management. Journal of Business Ethics, 84, 2009, pages 313-328.
MACNEIL, Ian R. The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil. Modern Legal Studies (editado por David Campbell). Londres: editora Sweet & Maxwell, 2001.
MAINE, Henry James Sumner. Ancient Law, its Connection with the Early History of Society, and its Relation to Modern Ideas. Tucson, Arizona: editor The University of Arizona Press, 1986, páginas 109 a 165.
MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Novas modalidades de família na pós-modernidade. Tese de doutorado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010, páginas 36 e 37. A tese está atualmente publicada em livro sob o mesmo título: São Paulo: editora Atlas, 2010.
_____. Curso de Bioética e Biodireito. São Paulo: editora Atlas, 2ª edição, 2013.
MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A responsabilidade civil na relação dos profissionais da área da saúde e paciente. In Direitos do Paciente, com coordenação de Álvaro Villaça Azevedo e Wilson Ricardo Ligiera. São Paulo: editora Saraiva, 2012, páginas 511 a 551.
MARTEL, Letícia de Campos Velho. Terminalidade da vida e limitação consentida de tratamento: um olhar jurídico sobre a Resolução 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina, *in* http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/leticia_de_campos_velho_martel.pdf, com acesso em 03 de agosto de 2015.
MARTIN, Leonard M. Eutanásia e distanásia, in

http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIIeutanasia.htm, com acesso em 05 de agosto de 2015.
MATTIA, Fábio Maria. Direitos da personalidade: aspectos gerais. Revista Forense, vol. 262, ano 74, abril a junho de 1978, páginas 79 a 88.
MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central (Tradução de Rita Dostal Zanini, do original: "Notes sur le respect de la dignité humaine... ou petite fugue inachavée autour d'un thème central", in SÉRIAUX, Alain e outros. Le Droit, le Médicine et L'être Humain, Aix-En-Provence: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1996, páginas 185-212). Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional / Béatrice Maurer ... (et al.); org. Ingo Wolfgang Sarlet; trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: editora Livraria do Advogado, 2005.
MENDES, Filipe Pinheiro. A tipificação da eutanásia no Projeto de Lei n. 236/12 do Senado Federal (novo Código Penal), disponível, a partir de 19 de dezembro de 2012, em http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/tipifica%C3%A7%C3%A3o-da-eutan%C3%A1sia-no-projeto-de-lei-n%C2%BA-23612-do-senado-federal-novo-c%C3%B3digo-penal.
MILLS, Susan. Death, dignity and discrimination: the case of Pretty v. United Kingdom. German Law Journal (*in* https://www.germanlawjournal.com/article.php?id=197, com acesso em 19 de agosto de 2015).
MIRANDA, Felipe Arady. O Direito Fundamental ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB), ano 2 (2013), n. 10, páginas 11175 a 11211.
MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado, Título I, Direito privado. Campinas: editora Bookseller, 2003.
_____. Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo LVI. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 3a edição, 1984.
MOLINARI, Mario. Eutanásia: análise dos países que permitem, disponível em http://mariomolinari.jusbrasil.com.br/artigos/116714018/eutanasia-analise-dos-paises-que-permitem.
MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. Curso de Direito Civil, volume 1. São Paulo: editora Saraiva, 42ª edição, 2009.
MORAES, Alexandre de. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: editora Atlas, 3ª edição, 1998.
_____. Constituição do Brasil interpretada. São Paulo: editora Atlas, 21ª edição, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Ingo Wolfgang Sarlet (Org). Porto Alegre: editora Livraria do Advogado, 2003.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem. Revista dos Tribunais, volume 443, ano 61, setembro de 1972, páginas 64 a 81, e Revista dos Tribunais, volume 444, ano 61, outubro de 1972, páginas 11 a 28.

MORATO, Antonio Carlos. Quadro Geral dos Direitos da Personalidade. Revista da Faculdade de Direito (USP), v. 106-107, p. 121-158, 2012.

MORATO, Antonio Carlos; REBELLO, Deise Carolina Muniz; CASSEB, Paulo Adib. A sociedade da Informação e os *reality shows*. *In* O Direito na Sociedade da Informação II, Liliana Minardi Paesani. (Org.), volume 2. São Paulo: editora Atlas, 2009, páginas 167 a 193.

NADER, PAULO. Introdução ao estudo do direito, Rio de Janeiro: editora Forense, 2015, 37ª edição.

NERY JUNIOR, Nelson. Escolha Esclarecida de Tratamento Médico por Pacientes Testemunhas de Jeová, como exercício harmônico de direitos fundamentais. Parecer. São Paulo, 22 de setembro de 2009.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Dano moral e patrimonial: fixação do valor indenizatório. Responsabilidade Civil, v. 2. Direito de obrigações e direito negocial. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery organizadores. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Nedy Cerqueira. Ética para os futuros médicos: é possível ensinar? Brasília : editor Conselho Federal de Medicina, 2006.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Método, 3a edição, 2009.

PENALVA, Luciana Dadalto. Declaração Prévia de Vontade do Paciente Terminal. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito Privado. Orientador: Professor-Doutor Walsir Edson Rodrigues Júnior. Belo Horizonte, 2009 (*in* http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PenalvaLD_1.pdf, com acesso em 28 de julho de 2015).

PEREIRA, Caio Mário Pereira da Silva. Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: editora Forense, 2001.

_____. Instituições de direito civil: Direito das sucessões. Atualizado por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: editora Forense, 19ª edição, 2012, volume 6.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil; tradução de Maria Cristina De Cicco, 1ª edição, ver. e ampl. Rio de Janeiro: editora Renovar, 1999.
PERREAU, M. E. H. Des Droits de la Personnalité. Revue Trimestrielle de Droit Civil, tome huitième, année 1909.
PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Problemas atuais de Bioética. São Paulo: editora Centro Universitário São Camilo: Loyola, 8ª edição revista e ampliada, 2007.
PESSINI, Léo. Morte, solução de vida? Uma leitura bioética do filme Mar Adentro. Artigo publicado na Revista Bioética 16 (1): 51 – 60, 2008, do Conselho Federal de Medicina.
PINKER, Steve. THE MORAL INSTINCT (artigo publicado no jornal americano The NY Times, no mês de janeiro de 2008, *in* http://www.nytimes.com/2008/01/13/magazine/13Psychology-t.html?pagewanted=all&_r=1&
.
PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Studia Iuridica, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, número 40 (Portugal-Brasil Ano 2000), 1999, páginas 149 a 246.
PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Privado. Coimbra: editora Coimbra, 4ª edição, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2005.
PRATA, Henrique Moraes. Enfermidade e Infinito: Direitos da Personalidade do Paciente Terminal. Projeto para qualificação ao título de Doutorado – Faculdade de Direito da USP. Orientadora: Professora Titular Silmara Juny de Abreu Chinellato (*in* http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15042013-111929/pt-br.php, com acesso em 25 de maio de 2015).
PUCA, Antonio. A morte cerebral é a verdadeira morte? Um problema aberto. Revista BIOETHIKOS – Centro Universitário São Camilo – 2012; 6(3):321-334.
RAIMUNDO, Ângela Oliveira Narciso. O direito a uma boa morte: a procura da justificação para a não punibilidade da eutanásia activa directa. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, 2014 (*in* https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/28496/1/O%20direito%20a%20uma%20boa%20morte.pdf, com acesso em 22 de julho de 2015).
RAINS, Ramona C. Planning Tools Available to the Elderly Client, in Aging and the Law: An Interdisciplinary Reader, edited by Lawerence A. Frolik. Philadelphia: Temple University Press, 1999.
REALE, Miguel. Pluralismo e Liberdade. São Paulo, editora Saraiva, 1963.
_____. Lições preliminares de Direito. São Paulo: editora Saraiva, 25ª edição, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: editora Forense, 6ª edição, 2011.
RODOTÀ, Stefano. Il terribile diritto – Studi sulla proprietà privata, Bologna: editora Il Mulino, 1990.
RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Testamento vital e seu perfil normativo (parte 1), *in* http://www.conjur.com.br/2013-ago-14/direito-comparado-testamento-vital-perfil-normativo-parte, com acesso em 01 de julho de 2015.
_____. Testamento vital e seu perfil normativo (parte 2), 11 de setembro de 2013, *in* http://www.conjur.com.br/2013-set-11/direito-comparado-testamento-vital-perfil-normativo-parte, com acesso em 28 de julho de 2015.
ROMANO, Santi. L'ordinamento giuridico, editora Firenze, 1977.
ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no Código Civil. São Paulo: editora Saraiva, 2005.
ROSS, Alf. Lógica de las normas – Estructura y Funcion (versão castelhana da obra Directives and Norms, editada por Routledge & Kegan Paul, Londres). Madri: Editorial Tecnos, 1971.
SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Da relação jurídica médico-paciente. Dignidade da pessoa humana e autonomia privada (*in* www.fmd.pucminas.br/.../Relação%20jurídica%20médico-paciente.doc).
SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Conceito Médico-Forense de Morte. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 92, 1997, 341-380.
SANTOS JÚNIOR, Eduardo. Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito. Coimbra: editora Almedina, 2003, páginas 446 a 510.
SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: editora Livraria do Advogado, 5ª edição, 2005.
SARMENTO, Daniel. Direito Administrativo e seus novos paradigmas, coordenação de Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte: editora Fórum, 2012.
SAUSSE, Henri. O que é o Espiritismo? Noções Elementares do Mundo Invisível, pelas manifestações dos espíritos, com o resumo dos princípios da Doutrina Espírita e resposta às principais objeções que podem ser apresentadas, contendo a biografia de Allan Kardec. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira. Departamento Editorial e Gráfico, Rua Souza Valente, 17, 20941-040, 14 de fevereiro de 2006.
SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade, ed. Atlas, 2ª edição, 2013.
SEIFERT, Josef M. IS 'BRAIN DEATH' ACTUALLY DEATH?, *in* https://www.academia.edu/6084436/IS_Brain_death_actually_death, com acesso em 12 de

agosto de 2015.
SILVA, Andréa Barroso. Direito à imagem: o delírio da redoma protetora, Direitos da Personalidade, organizadores Jorge Miranda, Otavio Luiz Rodrigues Junior e Gustavo Bonato Fruet, São Paulo: editora Atlas SA, 2012.
SILVA, Wilson Melo da. Responsabilidade sem culpa e socialização do risco. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.
SILVESTRE, Gilberto Fachetti; MAGIOLI, Guilherme Pratti dos Santos. Em Defesa dos Métodos de Abreviação da Vida no Direito Brasileiro. Lima, Peru: Derecho y Cambio Social, Revista 42, ano XII, 2015 (ISSN: 2224-4131 - Depósito legal: 2005-5822), com publicação em 01 de outubro de 2015, disponível em http://www.derechoycambiosocial.com/revista042/EM_DEFESA_DOS_METODOS_DE_ABREVIA%C3%87AO.pdf, com acesso em 15 de dezembro de 2015.
SIMÃO, José Fernando. A PEC do divórcio – a revolução do século em matéria de direito de família – a passagem de um sistema antidivorcista para o divorcista pleno. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Belo Horizonte. v. 17, páginas 14 a 26, ago./set. 2010.
SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: editora Coimbra, 1ª edição (Reimpressão), 2011.
STANCIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira; RIBEIRO, Daniel Mendes; LARA, Mariana Alves. O Sistema Nacional de Transplantes: saúde e autonomia em discussão. Revista de Direito Sanitário, volume 11, novembro de 2010/fevereiro de 2011, páginas 123 a 154.
SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
TARTUCE, Flávio. A questão do Testamento Vital ou Biológico. Primeiras Reflexões. Direito de Família, Novas Tendências e Julgamentos Emblemáticos. Caetano Lagrasta Neto, Flávio Tartuce e José Fernando Simão. São Paulo: editora Atlas, 2ª edição, 2012.
TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito civil: Direito das sucessões, volume 6. São Paulo, ed. Método, 2007.
TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: editora Saraiva, 6ª edição, 2008.
TELLES JR., Gofredo. Introdução à ciência do direito (apostila), fascículo 2, 1972.
_____. Direito Subjetivo I. Enciclopédia Saraiva de Direito, Coordenador Limongi França. São Paulo: editora Saraiva, 1977, v. 28.
TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coordenadores). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopías contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro:

editora Renovar, 2008.
TABORDA, Maren Guimarães. A afirmação do princípio da proteção à dignidade humana como componente da ordem pública. Rio Grande do Sul (Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do RS): Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça n. 5, outubro/dezembro de 2008, páginas 186 a 203.
TOMANIK, José Pompeu. Juramento de Hipócrates, in Revista da Associação Paulista de Médicos, n. 198, janeiro de 2009.
TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato. Conceito e critérios de aplicação. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v.42, n.168, páginas 197-213, outubro/dezembro de 2005.
_____. Boa-fé no Código Civil brasileiro: dez anos de experiência. 10 Anos de Vigência do Código Civil Brasileiro de 2002. Estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. Coordenação de Christiano Cassettari. São Paulo: editora Saraiva, 2013, páginas 308 a 323.
_____. Direito Civil entre a vida e a morte. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 100, jan./dez. 2005, páginas 433 a 471.
TORRES, José Henrique Rodrigues. Deixar morrer é matar? Revista Ser Médico, Cremesp, n. 43, abril a junho de 2008, página 15.
VASCONCELOS, Pedro Pais de. Teoria geral do direito civil. Coimbra: editora Almedina, 5ª edição, 1995.
VIEIRA, Tereza Rodrigues. Bioética e direito. São Paulo: editora Jurídica Brasileira, 1999.
VÍTOR, Paula Távora. Procurador para Cuidados de Saúde: importância de um novo decisor. Coimbra: Lex Medicinae: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 1, n. 1, 2004, páginas 121 a 134.
ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A modernização do Direito Civil e as cláusulas gerais, *in* http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130419180909.pdf, com acesso em 16 de setembro de 2015.

Endereços eletrônicos e notas.

- Acórdão proferido no julgamento da ADPF 54 – Supremo Tribunal Federal - http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334.
- Artigo: Pacientes poderão registrar em prontuário a quais procedimentos querem ser submetidos no fim da vida, disponibilizado em 30 de agosto de 2012, no portal do Conselho Federal de Medicina - http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23197:pacientes-poderao-registrar-em-prontuario-a-quais-procedimentos-querem-ser-submetidos-no-fim-da-vida&catid=3.
- Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo - http://www.direitoshumanos.usp.br.
- Bhuddism and Modern Psychology, by Robert Wright, Princeton University - https://pt.coursera.org/learn/science-of-meditation (Os ensinamentos de Budda, de forma condensada - http://www.buddhanet.net/e-learning/8foldpath.htm).
- Carta do Papa João Paulo II aos Bispos de todo o mundo - http://www.cin.org/jp2ency/aboreuth.html.
- Carta dos Direitos e Deveres dos Usuários da Saúde (CDDUS) - http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/livros/AF_Carta_Usuarios_Saude_site.pdf.
- Caso Pretty v. United Kingdom (2346/02) [2002] ECHR 423 (29 April 2002), disponível em http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":["ENG"],"appno":["2346/02"],"itemid":["001-60448"]} e http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Euthanasia_ENG.pdf.
- Caso Eluana Eglaro - http://milano.repubblica.it/cronaca/2016/04/07/news/eluana_englaro-137128623/?ref=search e http://video.repubblica.it/edizione/milano/testamento-biologico-beppino-englaro-dopo-la-morte-di-eluana-non-e-stato-fatto/231964/231472?ref=search.
- Catecismo da Igreja Católica – Compêndio, *in* http://www.vatican.va/archive/compendium_ccc/documents/archive_2005_compendium-ccc_po.html; - http://www.vatican.va/archive/cathechism_po/index_new/p3s2cap2_2196-2557_po.html e http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html.
- Código Civil Brasileiro - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.
- Código Civil português (http://www.cm-cascais.pt/sites/default/files/anexos/gerais/codigo_civil_atualizado_ate_a_lei_

59_99_.pdf).
- Código Civil Germânico traduzido para o inglês - http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p6472.
- Código Deontológico da Ordem Médica de Portugal - file:///C:/Users/leugenio/Downloads/Codigo_Deontologico_vf.pdf e http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/artigo2.htm.
- Código de Processo Civil Brasileiro - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.
- Constituição Federal do Brasil - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.
- Constituição Italiana - http://www.governo.it/costituzione-italiana/principi-fondamentali/2839.
- Convention on Human Rights and Biomedicine - http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164; Council of Europe, Bioethics - http://www.coe.int/en/web/bioethics/oviedo-convention.
- Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional, coordenação de Carla Câmara, série: Formação Contínua. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013, ISBN: 978-972-9122-34-7.
- Decisão nas mãos do paciente, Paulo de Tarso Lyra, Jornal do Brasil/RJ - http://www.portalmedico.org.br/artigos/artigo.asp?id=364.
- Diretivas Antecipadas no Canadá - http://www.cbc.ca/news2/background/wills/.
- Diretivas Antecipadas na Espanha:
a) Lei n. 21/2000 e Lei n. 41/2002, ao lado do Decreto n. 124/2007 - anexo 1 da Tesis Doctoral Autonomía e Instrucciones Previas - Un análisis comparativo de las legislaciones autonómicas del Estado Español, elaborada por Jaime Zabala Blanco, Universidad de Cantabria, 2007, disponível em http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/10650/TesisJZB.pdf?sequence=1;
b) Decreto n. 175/2002 - https://www.aecc.es/SobreElCancer/bibliotecadedocumentos/Documents/Catalu%C3%B1a/decreto%2025%20junio.pdf.
- Diretivas Antecipadas na França:
a) - Code de la santé publique - http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665;
b) Sénat, Droits de malades et fin de vie (Senado, Direitos dos doentes e em fim de vida), *in* http://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl04-090.html;
c) Pesquisa realizada pela BVA, a pedido das empresas Orange e Tele, março de 2015

(http://www.bva.fr/data/sondage/sondage_fiche/1678/fichier_bva_-_orange_-_i-tele_-_les_francais_et_la_fin_de_vie_-_mars_2015d3120.pdf.
- Diretivas Antecipadas – Modelo: 26º Tabelionato de Notas de São Paulo (https://www.26notas.com.br/blog/?p=6536, com acesso em 16 de março de 2016).
- Entrevista com Nelson Rosenvald em 09 de dezembro de 2014, feita pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, disponível em http://www.ibdfam.org.br/noticias/5509/Entrevista%3A+Nelson+Rosenvald.
- Estatuto do Idoso – Lei n. 10.741/2003 - http://www.planalto.gov.br/cCivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm.
- Eutanásia, Irany Novah Moraes, Folha de São Paulo, - http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/7/18/cotidiano/13.html.
- Eutanásia – Caso da mulher indiana - http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2015/05/apos-anos-em-coma-morre-indiana-que-gerou-debate-sobre-eutanasia.html.
- Eutanásia na Europa: L'euthanasie en Europe - http://www.touteleurope.eu/actualite/l-euthanasie-en-europe.html.
- Eutanásia na Bélgica: The Belgian Act on Euthanasia of May, 28th 2002 - http://www.ethical-perspectives.be/viewpic.php?TABLE=EP&ID=59 e http://diversityhealthcare.imedpub.com/children-and-euthanasia-belgiums-controversial-new-law.php?aid=3729.
- Eutanásia na Holanda - http://www.patientsrightscouncil.org/site/hollands-euthanasia-law/.
- Eutanásia em Luxemburgo – http://www.luxembourg.public.lu/en/vivre/famille/fin-vie/euthanasie-soinspalliatifs/index.html.
- Eutanásia no mundo - Euthanasia and assisted suicide laws around the world, https://www.theguardian.com/society/2014/jul/17/euthanasia-assisted-suicide-laws-world
- GOLDIM, José Roberto. Eutanásia em São Paulo, artigo publicado em 08 de março de 2004, no periódico Vidas em Revista - http://www.bioetica.ufrgs.br/casoeubr.htm.
_____. Caso Eutanásia no Rio de Janeiro, artigo publicado em 08 de março de 2004, no periódico Vidas em Revista - http://www.bioetica.ufrgs.br/casoeurj.htm.
- IBGE, Censo Demográfico 2010: Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência - http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_religiao_deficiencia/default_caracteristicas_religiao_deficiencia.shtm. E ainda: Censo, o perfil religioso do país - http://oglobo.globo.com/infograficos/censo-religiao/.

- Introduction aux droits de l'homme, Université de Genève, Semaines 1 et 4 - www.coursera.org.
- Lei de Transplantes, Lei n. 9.434/97 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm.
- Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art114.
- Manden Charter, proclaimed in Kurukan Fuga and inscribed in 2009, on the Representative List of the Intangible Cultural Heritage of Humanity - http://www.unesco.org/culture/ich/RL/00290.
- Morto, mas com o coração batendo?, Circe Bonatelli - *in* http://www.usp.br/espacoaberto/arquivo/2007/espaco80jun/0capab.htm.
- Parlamento Italiano - http://nuovo.camera.it/465?area=30&tema=122&Questioni+di+bioetica.
- Portaria n. 1.820/2009, do Ministério da Saúde - http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2009/01_set_carta.pdf.
- Provimento n. 18 do Conselho Nacional de Justiça, que criou a Central Notarial de Serviços Eletrônicos - http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100046577/provimento-n-18-do-cnj-cria-a-central-notarial-de-servicos-eletronicos-compartilhados-censec.
- Projetos de lei sobre a matéria:
a) Projeto de Lei n. 125/96 - http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:senado.federal:projeto.lei;pls:1996-06-05;125;
b) Projeto de Lei n. 5058/08 - http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=281681;
c) Projeto de Lei n. 236/12 - http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404; e http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1.
- O Significado do Alcorão Sagrado, tradução de Samir El Hayek - file:///C:/Users/Luciana/Downloads/Alcor%C3%A3o_Sagrado.pdf.
- Recomendação do Conselho da Europa n. R(99)4 - http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec(99)4E.pdf.
- Recomendação do Conselho de Europa n. R(90)22, de 18 de outubro de 1990 - https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=570832&SecMode=1&DocId=593426&Usage=2.
- Recomendações sobre a proteção jurídica dos adultos: implicações transfronteiriças do Parlamento Europeu, de 24 de novembro de 2008 -

http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2008-0460+0+DOC+XML+V0//PT.
- Resolução do CFM n. 1.805/2006 - http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm.
- Resolução do CFM n. 1.995/2012 - http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf.
- Resolução do CFM n. 1.480/97 - http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm.
- Revista Veja, editora Abril, edição 2495, ano 49, n. 37, 14 de setembro de 2016.
- Stanford Encyclopedia of Philosophy - http://plato.stanford.edu/.
- The Groningen Protocol — Euthanasia in Severely Ill Newborns, por Eduard Verhagen, M.D., J.D., and Pieter J.J. Sauer, M.D., Ph.D. The New England Journal of Medicine, março de 2005, in http://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMp058026.
- The Prolongation of Life: An Address of Pope Pius XII to International Congress of Anesthesiologists, The Pope Speaks, vol. 4.
- TV Cultura – Primeiro Transplante de coração (http://tvcultura.cmais.com.br/aloescola/historia/cenasdoseculo/internacionais/transplantecardiaco-primeiro.htm).