



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

ALYSSON OLIVEIRA MOREIRA

**PLENITUDE DA EXISTÊNCIA E A PROTEÇÃO DA  
INTEGRALIDADE DA PESSOA PELO DIREITO NEGOCIAL:  
A FUNÇÃO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E DOS  
CUIDADOS PALIATIVOS**

---

Londrina  
2021

ALYSSON OLIVEIRA MOREIRA

**PLENITUDE DA EXISTÊNCIA E A PROTEÇÃO DA  
INTEGRALIDADE DA PESSOA PELO DIREITO NEGOCIAL:  
A FUNÇÃO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E DOS  
CUIDADOS PALIATIVOS**

Dissertação apresentada ao Mestrado em  
Direito Negocial da Universidade Estadual  
de Londrina, como requisito parcial à  
obtenção do título de Mestre em Direito  
Negocial

Orientador: Prof. Dra. Rita de Cássia  
Resquetti Tarifa Espolador

Londrina  
2021

**Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL.**

Moreira, Alysson Oliveira.

Plenitude da existência e a proteção da integralidade da pessoa pelo Direito Negocial : A função das diretivas antecipadas de vontade e dos cuidados paliativos / Alysson Oliveira Moreira. - Londrina, 2021.  
173 f.

Orientador: Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2021.

Inclui bibliografia.

1. Morte digna - Tese. 2. Diretivas Antecipadas de Vontade - Tese. 3. Cuidados Paliativos - Tese. 4. Direito Negocial - Tese. I. Resquetti Tarifa Espolador, Rita de Cássia. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 34

ALYSSON OLIVEIRA MOREIRA

**PLENITUDE DA EXISTÊNCIA E A PROTEÇÃO DA  
INTEGRALIDADE DA PESSOA PELO DIREITO NEGOCIAL:  
A FUNÇÃO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E DOS  
CUIDADOS PALIATIVOS**

Dissertação apresentada ao Mestrado em  
Direito Negocial da Universidade Estadual  
de Londrina, como requisito parcial à  
obtenção do título de Mestre em Direito  
Negocial

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dra. Rita de Cássia Resquetti Tarifa  
Espolador  
Universidade Estadual de Londrina - UEL

---

Prof. Dra. Daniela Braga Paiano  
Universidade Estadual de Londrina - UEL

---

Prof. Dr. Cleber Affonso Angeluci  
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul -  
UFMS

Londrina, 03 de dezembro de 2021.

*Dedico este trabalho a memória do meu avô paterno, Orozino José Moreira, exemplo de uma pessoa justa e serena. E à memória do meu bisavô materno, Cândido Alves de Oliveira, exemplo de sensibilidade e amorosidade.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, acima de tudo e com amor pleno, aos meus pais, José Carlos Saraiva Moreira e Edinéia Alves de Oliveira Moreira, fundamento e origem de tudo. Que sempre me apoiaram nos estudos, oferecendo luz nos momentos de escuridão. Que me ensinaram a sempre buscar ser uma pessoa melhor, a nunca esquecer nossas origens. Que, com a sabedoria e a simplicidade da lida na roça me dão um exemplo de vida, do compartilhar e da caridade.

Agradeço a minha namorada, Ananda Hellen Figueiredo Moreira, pelo companheirismo na academia e na vida, com uma sensibilidade imensa me aturou nos momentos de crise, nos dias difíceis de dormir. Com um olhar manso da vida, me deu paz nos momentos necessários, e pulso firme para resistir em outros.

Agradeço a Professora Doutora Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador, que ao final dessa jornada, além de ter sido minha orientadora, passou a ser uma amiga. Agradeço profundamente o acolhimento no Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina de forma compreensiva e com uma sensibilidade e humanidade raras nos dias de hoje.

Agradeço a Professora Doutora Daniela Braga Paiano, que com muita gentileza e prontidão aceitou compor as bancas de qualificação e defesa de meu trabalho, trazendo considerações que puderam refinar o trabalho. Agradeço a leveza que trouxe não só para a dissertação, mas para minha vida acadêmica desde a minha banca de ingresso ao programa até a defesa.

Agradeço ao Professor Doutor Cleber Affonso Angeluci que me acompanha com uma amizade desde os bancos da graduação, o responsável pela paixão pelo Direito Civil e pelo estudo das interfaces com a existencialidade humana e que com satisfação aceitou o convite de compor a banca de defesa dessa dissertação.

Agradeço ao Professor Mestre João Francisco de Azevedo Barretto, que também sempre foi entusiasta e me apoiou em minha trajetória acadêmica durante a graduação e que, em uma conversa despreziosa nos corredores da UFMS me recomendou o programa de Mestrado em Direito Negocial da UEL, que com o passar de alguns dias eu viria a integrar.

Agradeço ao Secretário Executivo do Programa, Francisco Carlos Navarro, o Chico, pela ajuda e paciência em resolver as questões administrativas para realização das bancas. Sempre muito solícito e sereno.

Agradeço ao corpo docente da UEL em nome das professoras Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador, Daniela Braga Paiano, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Rozane da Rosa Cachapuz, dos professores Sergio Alves Gomes, Roberto Wagner Marquesi, Bianco Zalmora Garcia, Clodomiro José Bannwart Júnior, Elve Miguel Cenci, Marcos Antônio Striquer Soares e Tarcísio Teixeira, pelos ensinamentos compartilhados nos créditos cursados que permitiram uma expansão dos horizontes do meu conhecimento e, cada um da sua maneira, exerceram alguma influência nesse trabalho e na minha vida acadêmica.

Não sou nada.  
Nunca serei nada.  
Não posso querer ser nada.  
À parte isso, tenho em mim todos os  
sonhos do mundo.

Janelas do um quarto,  
Do meu quarto de um dos milhões do  
mundo que ninguém sabe quem é  
(E se soubessem quem é, o que  
saberiam?)

(Fernando Pessoa – Tabacaria)

MOREIRA, Alysson Oliveira. **Plenitude da existência e a proteção da integralidade da pessoa pelo Direito Negocial: a função das diretivas antecipadas de vontade e dos cuidados paliativos.** 2021. 173f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2021.

## RESUMO

A morte e o bem morrer são fatos da existência que permeiam a trajetória humana desde tempos imemoriais. Porém, a consciência e a reflexão sobre as circunstâncias que o fato morte ocorre na vida de cada indivíduo têm sido deixados de lado, como se o pensar sobre a morte adiantaria a sua chegada. O bem viver, contudo, inevitavelmente, exige uma consciência sobre a condição de ser mortal que cada pessoa o é para definir os valores de uma vida boa e digna de ser vivida. Nesse passo, os conceitos fundamentais para esse desenvolvimento são a ideia de dignidade, liberdade, autonomia existencial e livre desenvolvimento da personalidade, que formam o alicerce da construção do próprio ser enquanto se vive e vai se realizando o projeto existencial. Dessa inconsciência do morrer, ou do deixar de lado o pensar sobre uma vida toda qualificada pela dignidade humana desde o nascer até o enfrentamento do processo de morte, surgem problemas como a redução da vida aos aspectos biológicos técnicos, desconsiderando a pessoa que aquela ser que se aproxima da terminalidade de fato é, além de uma valorização quase irracional da quantidade de vida vivida apoiada em suportes tecnológicos oriundos da medicina contemporânea, importando em práticas distanásicas que possuem um potencial grande de violação da essência da dignidade humana daquele ser, quando contrário ao seu projeto de vida. Dentro desse contexto, objetiva-se apresentar uma releitura dos institutos clássicos do direito negocial, nomeadamente da relação e da situação jurídica sob um viés existencial, além do próprio conceito de negócio jurídico com o consequente desdobramento para o negócio biojurídico como garantia de exercício da autonomia existencial. Ainda se tem como objetivo demonstrar que as diretivas antecipadas de vontade, no contexto do biodireito, são um instrumento jurídico apto a permitir a expressão personalíssima dos valores existenciais do declarante, estabelecendo os parâmetros da essência da sua compreensão de dignidade e do seu projeto de vida. Por derradeiro, apresenta-se os cuidados paliativos como uma abordagem que considera a pessoa na sua totalidade, cuidando dela em múltiplas dimensões com a finalidade de aliviar o sofrimento e permitir que essa pessoa possa continuar a realizar seu projeto de vida de forma plena até os últimos instantes de vida. Metodologicamente, utiliza-se método dedutivo e interpretativo, em um viés predominantemente qualitativo por meio de revisão bibliográfica de doutrina nacional e estrangeira, das áreas jurídica, das ciências biológicas, e da filosofia; de legislação nacional e internacional, além de algumas inserções de viés qualitativo por meio de dados estatísticos.

**Palavras-chave:** Biodireito; Autonomia Existencial; Morte Digna; Diretivas Antecipadas de Vontade; Cuidados Paliativos.

MOREIRA, Alysson Oliveira. **Fullness of the existence and de protection of integrality of person by business law: the function of advance directive of will and palliative care.** 2021. 173f. Dissertation (Master's degree in Business Law) – State University of Londrina, Londrina, 2021.

## ABSTRACT

Death and dying well are facts of existence that permeate the human trajectory since immemorial times. However, awareness and reflection of the circumstances in which the fact of death occurs in each individual's life has been left aside, as if thinking about death would advance its arrival. The good life, however, inevitably requires an awareness of the condition of being mortal that each person is, in order to define the values of a good and worthy life. In this step, the fundamental concepts for this development are the idea of dignity, freedom, existential autonomy and free development of the personality, which form the foundation for the construction of one's own being while the existential project is being lived and carried out. From this unconsciousness of dying, or leaving aside the reflection about a whole life qualified by human dignity from birth until facing the process of death, problems arise such as the reduction of life to technical and biological aspects, disregarding the person than that being who is approaching terminality in fact is, in addition to an almost irrational valuation of the amount of life lived supported by technological supports from contemporary medicine, resulting in dysthanasic practices that have a great potential to violate the essence of that being's human dignity, when contrary to his project of life. Within this context, the objective is to present a reinterpretation of the classic institutes of business law, namely the relationship and the legal situation under an existential perspective, in addition to the very concept of legal business with the consequent development for the biolegal business as a guarantee of exercise of existential autonomy. It also aims to demonstrate that advance directives of will, in the context of biolaw, are a legal instrument capable of allowing the very personal expression of the declarant's existential values, establishing the parameters of the essence of his understanding of dignity and his life project. Finally, palliative care is presented as an approach that considers the person, taking care of him in multiple dimensions in order to alleviate suffering and allow that person to continue to carry on their life project fully until the last moments of life. Methodologically, it uses a deductive and interpretive method, with a predominantly qualitative bias, through a bibliographic review of national and foreign doctrine, from the legal, biological sciences and philosophy areas; national and international legislation, in addition to some insertions of a qualitative bias through statistical data.

**Key words:** Biolaw; Existential Autonomy; Dignified Death; Advanced Directives of Will; Palliative Care.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC/02	Código Civil de 2002
CEM	Código de Ética Médica
CFM	Conselho Federal de Medicina
CP	Cuidados Paliativos
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DAV	Diretivas Antecipadas de Vontade
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
QV	Qualidade de vida
TV	Testamento Vital
UTI	Unidade de Terapia Intensiva
WHO	<i>World Health Organization</i>

# SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>14</b>
<b>2</b>	<b>CONCEITOS JURÍDICOS BASILARES PARA PLENITUDE DA EXISTÊNCIA HUMANA .....</b>	<b>17</b>
2.1	DA DIGNIDADE HUMANA.....	36
2.1.1	A Ortotanásia.....	52
2.1.2	A Violação Da Dignidade Pela Distanásia .....	57
2.2	DA LIBERDADE EXISTENCIAL .....	61
<b>3</b>	<b>O DIREITO NEGOCIAL CONTEMPORÂNEO: OS BONEGÓCIOS E AS SITUAÇÕES JURÍDICAS NA TUTELA DA EXISTENCIALIDADE HUMANA.....</b>	<b>71</b>
3.1	DO FATO JURÍDICO AO NEGÓCIO BIOJURÍDICO EM RELAÇÃO ÀS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE .....	89
3.2	A (IN)SUFICIÊNCIA DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PARA AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: A VIRADA DA SITUAÇÃO JURÍDICA SUBJETIVA .....	106
<b>4</b>	<b>A TERMINALIDADE DA VIDA E O DIREITO: UMA LEITURA INTERDISCIPLINAR PARA UMA MORTE PLENA.....</b>	<b>113</b>
4.1	DA TEORIA GERAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE À PROTEÇÃO DA INTEGRALIDADE DA PESSOA .....	124
4.2	AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO INSTRUMENTO DE EXERCÍCIO DA AUTONOMIA EXISTENCIAL.....	135
4.3	A FUNÇÃO DOS CUIDADOS PALIATIVOS NA PRESERVAÇÃO DA PERSONALIDADE ATÉ A MORTE .....	147
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>163</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>167</b>

# 1 INTRODUÇÃO

*Deixe-me ir  
Preciso andar  
Vou por aí a procurar  
Rir pra não chorar  
Se alguém por mim perguntar  
Diga que eu só vou voltar  
Depois que me encontrar  
(Cartola – Preciso me encontrar).*

A vida contemporânea parece ser melhor do que a vida que era vivida no passado. Vive-se mais tempo, com mais tecnologia e mais conforto disponível. Com os avanços diuturnos na biotecnologia e na medicina, a qualidade de vida teve um salto considerável e não se padece mais de moléstias que antes eram uma sentença de morte. A vida, também, passou a ser mais complexa, mais técnica, mais dominada com esse caminhar e, no mesmo sentido, a doença também foi mais ou menos domada pela ciência.

Ao passo reverso, a morte e o morrer parecem ter saído do centro da pauta das preocupações humanas e, paradoxalmente, consubstancia a única certeza que um ser humano tem durante sua existência. A morte simboliza o fracasso da técnica e da ciência moderna – ou pós-moderna?! – demonstra a fraqueza, ou a vulnerabilidade da condição humana. Mas, a morte e o morrer simbolizam o aspecto mais essencial da existência humana: a capacidade de transformar o interregno entre o nascimento e o ocaso um acontecimento único em razão da possibilidade de o animal humano *ser humano, ser pessoa*.

Ao fim, a morte se refere muito mais a tudo que aconteceu nesse período de existência de um ser humano na constância do tempo-espço. Nesse existir, a arte do bem viver está umbilicalmente ligada ao bem morrer. O fato de que hoje se vive mais do que no passado, isto é, que a expectativa de vida atual é consideravelmente maior do que em um passado recente – sem antibióticos eficazes, sem analgésicos capazes de aliviar o sofrimento físico da dor – não necessariamente significa que todo esse tempo de vida a mais conquistado é vivido de forma plena.

A mesma medicina que trouxe amparo e alívio para doenças simples e complexas, em certos momentos, se perde na complexidade da ciência e da técnica contemporânea, podendo causar mais dor e sofrimento – sofrimento muito além do

corpóreo, resultante da degradação do corpo pelo tempo e pela doença que sempre existiu e sempre existirá, englobando dimensões, de certa forma, desconsiderados, como a espiritual, emocional, social, familiar. Resgatar a reflexão sobre o bem morrer corresponde a uma ode a sacralidade da vida em um profundo respeito por quem foi aquele ser humano, aquela pessoa real que sofre e está próxima de encerrar sua existência, em proteção à sua essência, à sua personalidade.

Na oposição às práticas distanásicas da medicina contemporânea, da técnica e da tecnologia, surge a ideia de plenitude da existência. Em outras palavras, busca-se meios para garantir que o ser humano tenha sua dignidade e sua personalidade preservadas na possibilidade de realização do seu projeto de vida até o morrer, em consonância com as suas concepções de bem viver e bem morrer, ou seja, do que significa a existência para ele. A oposição se justifica em razão desse tempo a mais barganhado com a morte pelo progresso técnico-científico, muitas vezes, não faz sentido para um paciente que já está em processo de terminalidade, acometido de mal grave e incurável cujo único resultado possível é a morte, mais ou menos próxima e, não é possível curar a morte, apenas garantir que esse lapso temporal seja vivido da melhor forma possível, com o maior respeito a todas as dimensões daquela pessoa.

As discussões sobre os negócios biojurídicos relacionados à terminalidade, como as Diretivas Antecipadas de Vontade, bem como o repensar de um sistema de direito e de suas concepções tradicionais, como os fundamentos axiológicos e principiológicos do ordenamento, as teorias clássicas, como a teoria geral do negócio jurídico nas relações e situações jurídicas, podem representar um ponto de ancoragem para proteção do bem viver e do bem morrer na sociedade contemporânea.

Nesse mister, serão feitas análises sobre as bases principiológicas e axiológicas que fundamentam o ordenamento brasileiro e sua influência no direito a morte digna. Assim, será tratado sobre os conceitos de dignidade humana, sobre as interfaces da liberdade existencial e da evolução do conceito de autonomia junto ao caminhar do direito privado, desde um viés patrimonialista até o biodireito contemporâneo.

Dentro desse contexto, faz-se um estudo da teoria do fato jurídico, do próprio fato jurídico em si ao negócio biojurídico, revisando os conceitos da doutrina clássica e procurando adequá-los à realidade atual da biotecnologia e dos negócios

jurídicos existenciais – onde estão inseridos os negócios biojurídicos. Para esse exame, será utilizado como exemplo fático as diretivas antecipadas de vontade e a sua finalidade precípua de proteção às disposições personalíssimas daquela pessoa em relação à sua morte, aos cuidados e tratamentos que deseja ou não receber.

Explorar-se-á a insuficiência da teoria da relação jurídica para os negócios biojurídicos e disposições existenciais. Na dinamicidade da vida contemporânea, fatos relevantes para uma vida digna e para uma morte digna acontecem diuturnamente, ficando a descoberto pelo direito subjetivo tutelado em uma relação jurídica. Nesse sentido, pretende-se demonstrar a adequação da teoria das situações subjetivas existenciais para garantir a efetividade da tutela da pessoa em sua integralidade pretendida pelo ordenamento contemporâneo.

Será feito, então, um estudo sobre a teoria geral dos direitos da personalidade e o seu caminhar para a proteção da integralidade do ser humano. Isto é, pretende-se demonstrar que a personalidade não é um conceito estático, sendo, então, construído diariamente com a vivência e com o experimentar do mundo e das relações intersubjetivas. Nesse contexto, demonstrar-se-á que a formação da personalidade depende, inexoravelmente, da autonomia existencial para que cada pessoa possa dar significado e ressignificado quotidiano para sua dignidade e para sua existência.

No diapasão da medicina invadida pela biotecnologia e pela tendência da prática distanásica, por derradeiro, demonstra-se que os cuidados paliativos podem ser a alternativa mais razoável, junto à ortotanásia, para plenitude da existência. Na era da pressa em viver e da fuga do destino inevitável do ser humano, isto é, da morte, uma abordagem que permita à pessoa manifestar sua essência até o seu ocaso definitivo parece ter a mais premente urgência.

## 2 CONCEITOS JURÍDICOS BASILARES PARA PLENITUDE DA EXISTÊNCIA HUMANA

*Oh take your time, don't live too fast  
Troubles will come and will pass (...)  
And be a simple kind of man  
Oh be something you love and understand  
(Lynyrd Skynyrd – Simple Man)*

*Ó leve o seu tempo, não viva tão rápido  
Problemas virão e irão passar (...)  
E seja um homem simples  
Ó, seja alguém que você ama e entenda  
(tradução livre)*

A ideia de plenitude da existência, em um primeiro momento, pode parecer uma defesa quase poética de uma vivência em um mundo contemporâneo tão conturbado. Contudo, quando se pensa nos aspectos mais simples e essenciais das trajetórias pessoais no desenvolvimento da ciência, inseridos aí o Direito e a Medicina, momentos como o nascimento e a morte, que outrora eram carregados de uma simbologia completamente transcendente de admiração ao mistério do viver, passaram por um processo de dominação técnico-científica.

Por questões de pertinência temática, as vicissitudes que acinzentam os meandros da incidência das normas jurídicas no nascimento do ser humano não serão aqui tratadas. O foco se repousa sobre o extremo oposto da vida, isto é, aos momentos que precedem a morte. Em outras palavras, aqui a defesa da plenitude da existência será em relação ao processo de terminalidade. Desde já, nesses primeiros momentos, deve-se destacar que a terminalidade não deve ser associada única e exclusivamente a um critério temporal do quanto de vida ainda resta para o doente terminal, mas sim da forma como esse período tão complexo – se não o mais complexo da existência humana – é vivido pela pessoa.

No contexto contemporâneo, dominado pela técnica e pelo cientificismo, a morte, assim como outros aspectos da vida humana, foi reduzida a dimensões funcionais, isto é, fisiológicos e biológicos de um corpo humano. A tecnologia se apossou do processo do morrer, exercendo um certo domínio sobre o momento em que a morte passará a tomar aquele ser definitivamente. Vive-se em um estado

suspenso entre uma vida desprovida de potência pela proximidade com um fim que antes já teria sido findado.

Ao seu turno, o Direito, em especial o Direito Civil, também passou por momentos de afastamento da essência humana que lhe dá causa. Conforme se verá, na evolução dos contornos da dignidade humana, a preocupação doutrinária partiu de aspectos meramente patrimoniais, seguindo tradições do Direito Romano, relegando aspectos existenciais à esfera privada, dentro do ambiente familiar.

Contudo, em um movimento humanista, assim como a medicina o tem trilhado, o Direito contemporâneo voltou a se preocupar com a pessoa e a proteção das dimensões existenciais da vida humana. Em especial, o Direito Constitucional e o Direito Civil trouxeram a pessoa ao centro do ordenamento. O primeiro, em razão das influências da principiologia dos Direitos Humanos, principalmente no pós-Guerras Mundiais; o segundo pelo desenvolvimento da teoria geral dos direitos da personalidade e pelo movimento de repersonalização iniciado na escola italiana, também influenciados pelo contexto histórico do pós-Guerras.

Conforme se verá ao longo deste trabalho, quando se falar em plenitude da existência, o significado dessa expressão deve ser entendido como uma tentativa de reconhecimento da essência que consubstancia aquela pessoa que está vivendo seu processo de terminalidade. Isto é, que ela seja capaz de ser o protagonista do rumo da sua vida no momento mais decisivo para completar o significado da sua história de vida e do seu *ser humano*.

Nessas primeiras considerações antes de se aprofundar no estudo do substrato jurídico e axiológico que permeia esse extremo da vida humana, faz-se necessário algumas advertências. Apesar do início das críticas à abordagem tecnocientificista da vida humana pela medicina contemporânea, não se pretende desconsiderar a relevância dos avanços nos tratamentos médicos para a qualidade de vida das pessoas; também não se deixa de lado a reverência à quantidade de vidas salvas nas Unidades de Terapia Intensiva (UTI) em que as pessoas continuam a viver as suas vidas de forma plena, na sua mais sublime potência.

Outro ponto a ser sublinhado de antemão se refere às interferências que a medicina pode causar no processo de terminalidade por um conjunto de atitudes de determinadas abordagens, a saber: a eutanásia, a distanásia, a mistanásia e a

ortotanásia<sup>1</sup>. Quando se falar em plenitude da existência, considerando as bases que seguirão, jamais se pretende defender a eutanásia – de forma simples, se trata do adiantamento da morte de uma pessoa com doença grave e incurável que morreria em curto espaço de tempo (BARROSO, MARTEL, 2010, p. 238).

Isto se deve ao fato de se partir de uma premissa: a pessoa que é cuidada em sua integralidade, considerando aspectos emocionais, psicológicos, espirituais e familiares, além somente da dimensão da sua doença, vive o morrer em sua plenitude, de forma tranquila, com qualidade e conforto, de forma a não desejar adiantar o seu fim para colocar cabo em um sofrimento antes insuportável. Fica assente, desde então, a opção pela defesa da ortotanásia – a morte no tempo certo, natural – e dos cuidados paliativos.

Esse paradigma de cuidado se embasa no reconhecimento da dignidade humana inerente à cada pessoa que vive, seja ela uma criança ou um jovem saudável que começa a descobrir o mundo, seja um adulto que vive em sua mais plena potência, sejam idosos ou moribundos que já se aproximam do fim de suas existências. Inexoravelmente, as duas outras bases para construção da ideia de plenitude da existência, que de certa forma decorrem da dignidade humana ou estão umbilicalmente vinculados a ela, são a liberdade e a autonomia. Todos esses conceitos jurídicos basilares serão alvo de estudo nos próximos tópicos deste capítulo.

Conforme se salientou nesses parágrafos introdutórios do capítulo, o movimento de humanização da medicina e da repersonalização do direito têm uma forte influência axiológica. Principalmente na tentativa de delinear um conceito de dignidade humana, recorre-se a base principiológica da Constituição (art. 1º, III, da CRFB/88), do processo de repersonalização das codificações civis e da influência dos princípios das cartas de Direitos Humanos – em destaque à menção da dignidade humana no preâmbulo e logo no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (ONU, 1948), já destacando o recorte temporal do pós-II Guerra Mundial. Assevera Bruno Miragem (2021, p. 86) que

O desenvolvimento do direito civil ao longo do tempo ocupou-se, sobretudo, da proteção dos aspectos patrimoniais da vida cotidiana. Nesta perspectiva desenvolveram-se institutos como os contratos, a responsabilidade civil, a propriedade e das sucessões. Mesmo no

---

<sup>1</sup> Esses conceitos relacionados com a abordagem médica da morte serão oportunamente bem definidos ao longo do trabalho.

direito de família, em que se destacam interesses existenciais nas relações familiares, mais importância se deu aos aspectos patrimoniais do casamento e as decorrentes do parentesco (para efeito de sucessão). Apenas a partir do segundo pós-guerra (1945) é que se opera a transição da ênfase ao patrimônio para a valorização da pessoa humana e tutela de interesses que se lhe reconheçam a partir de então, como tônica do direito privado contemporâneo.

Nesse ínterim, antes de buscar delinear um esboço do conceito de dignidade humana, faz-se necessário uma definição do que se entende por norma e princípio no Direito. Além disso, deve ser feita uma pequena análise do contexto da teoria geral do Direito em que esse aspecto principiológico se insere. A brevidade da análise se deve ao fato de não ser objeto da pesquisa, mas pela imprescindibilidade para uma melhor compreensão de como as normas e os princípios se amoldam e se relacionam para resultar em um ordenamento coeso, onde os conceitos não se compartimentalizam e se isolam em segmentações, justamente pela relevância que o princípio da dignidade humana tem em todos os ramos do direito e, em especial, na tutela da integralidade da personalidade e da vivência humana, desde o nascimento até a morte, de forma a garantir que esse interregno seja vivido com plenitude.

Para diferenciação entre princípio e norma, utilizar-se-á a própria dignidade humana, embora ainda sem um conceito definido, em razão de, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2019, p. 271), ora ela incidir como princípio, ora como norma ou regra jurídica de direito material constitucionalizado. Segundo o autor

Num primeiro momento – convém frisá-lo –, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente dotado de eficácia e aplicabilidade, alcançando, portanto, também a condição de valor jurídico fundamental da comunidade (SARLET, 2019, p. 271 – grifo no original).

Conforme a lição de Humberto Ávila (2005, s/p) “os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação

da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”<sup>2</sup>.

Nesse sentido, a partir da ideia de Ingo Wolfgang Sarlet (2019, p. 271) trazida acima, a dignidade humana teria a dimensão principiológica formada ao passo que indica um comando “ético e moral”, isto é, tem sua aplicação vinculada a uma realidade fática cujo direcionamento principiológico visa aperfeiçoar. Para fins exemplificativos, quando se fala da plenitude da existência na terminalidade da vida, a dignidade humana surge como uma diretriz ética e moral, portanto, dotado de abstração e generalidade, de respeito inexorável à personalidade e às concepções essenciais que aquela pessoa construiu ao longo da sua vida, para que, então, possa morrer com dignidade.

Já as regras, segundo Humberto Ávila (2005, s/p),

são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Novamente, aplicando esse conceito à ideia de Ingo Wolfgang Sarlet (2019, p. 271), e ao movimento entre a abstração e a concretude de uma vida vivida apresentada no parágrafo anterior, a dignidade humana assume a dimensão de regra no momento em que descreve uma situação fática e retrospectiva à vida daquele paciente que está morrendo, ao permitir que seja tomada uma decisão em conjunto pelo paciente, pela família e pela equipe médica, dos tratamentos que melhor se adequem à perspectiva de vida plena para aquela pessoa, naquele momento, não reduzindo-a a um esquema formal.

---

<sup>2</sup> Jorge Miranda (2019, p. 386) traz uma síntese do que a doutrina entende como características dos princípios: “a) A maior aproximação da ideia de Direito ou dos valores do ordenamento; b) A amplitude ou a maior generalidade frente às normas-regras; c) A irradiação ou projeção para um número vasto de regras em sensível heterogeneidade; d) A adstrição a fins, e não a meios ou à regulação de comportamentos; e) A versatilidade, a suscetibilidade de conteúdos com densificações variáveis ao longo dos tempos e das circunstâncias; f) A abertura, sem pretensão de regulamentação exaustiva ou em plenitude, de todos os casos; g) A expansibilidade perante situações ou factos novos, sem os absorver ou neles se esgotar; h) A relatividade ou a virtualidade de harmonização, sem revogação ou invalidação recíproca; i) A virtualidade de oferecer critérios de solução a uma pluralidade de problemas”.

A dignidade humana, nesse contexto de terminalidade assume, mais nitidamente, a dualidade entre sua dimensão de princípio e regra. Como se demonstrou, ela não perde totalmente a abstração de um comando axiológico de aperfeiçoamento do ordenamento jurídico<sup>3</sup> e, por consequência, da qualidade de vida dos jurisdicionados. Mas, ao mesmo tempo, ela assume uma perspectiva imediatamente descritiva quando permite uma concepção de dignidade e respeito formada pela pessoa cuja decisão tomará sobre os cuidados a receber no seu processo de terminalidade, sempre tendo como referência a concretude dessa vida e a dimensão ética e moral superior.

Nas lições de Ronald Dworkin (2002, p. 39-42) os princípios se diferenciam das regras pela lógica decorrente da aplicabilidade ou não de cada um deles. As regras, segundo Dworkin (2002, p. 39) são aplicáveis por uma regra de “tudo ou nada”. Nas palavras do autor

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (DWORKIN, 2002, p. 39).

Desta primeira distinção, pode-se concluir que Dworkin considera os princípios e as regras como espécies de uma mesma categoria: as normas jurídicas. Nessa senda, a dualidade do princípio da dignidade humana anteriormente apresentado também continua tendo sentido dentro do pensamento dworkiniano em razão de se adequar a lógica do tudo-ou-nada no contexto das decisões de fim de vida. Isto é, a dignidade humana terá caráter de regra quando a própria pessoa decide sobre os tratamentos que considera dignos ou indignos, tornando-os válidos ou inválidos, conseqüentemente.

---

<sup>3</sup> Jorge Miranda (2019, p. 386), lembrando as lições de Robert Alexy, afirma que para este “os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes; são mandados de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus. As regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então tem de fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. As regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível. A diferença entre princípios e regras é *qualitativa*, e não de grau”.

Entretanto, também terá natureza de princípio quando no momento de a decisão entrar em conflito com outros princípios, como a liberdade e a autonomia existencial do paciente. Dworkin (2002, p. 42) explica que

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (...), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é <sup>4</sup>.

Dentro desse contexto e destas distinções, o aspecto principiológico do direito tem relevância para o estudo das imbricações entre o mundo jurídico e o mundo de fato, onde as pessoas se desenvolvem em um movimento multiforme e singular de cada indivíduo, porém, com pontos em comum, como o destino inexorável de cada pessoa: a morte. Assim, limitar-se a normas positivadas ou a esquemas jurídicos formais não sustenta uma proteção adequada e efetiva da personalidade, da individualidade de cada ser até o momento do seu morrer, em respeito aos seus valores e vicissitudes<sup>5</sup>.

Jorge Miranda (2019, p. 385), nessa direção, ressalta a característica eminentemente ordenadora dos princípios, que na sua concepção

---

<sup>4</sup> Segue Dworkin (2002, p. 43) afirmando que “as regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são *funcionalmente* importantes ou desimportantes (...). Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se as duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes”.

<sup>5</sup> Jorge Miranda (2019, p. 385) relembra a lição de Castanheira Neves sobre o movimento do ordenamento jurídico acompanhar também o movimento da realização humana: “Como escreve Castanheira Neves, o sistema jurídico tem a sua unidade não numa coerência conceitual, não a tem também numa norma que institua uma lógica de poder, não a tem ainda numa coordenação social de cibernética operatória, tem-na na solidariedade dialética com que nós, homens-pessoas em diálogo comunitário, vivemos a nossa axiológico-social realização. A unidade não é algo de que pura e simplesmente se parta ou se pré-defina como um axioma, mas algo que se postula como intenção e a que em grande medida se procurará chegar, constituindo-a”.

Inerente ao homem, condição e expressão da sua experiência convivencial, o Direito nunca poderia esgotar-se nos diplomas e preceitos mutáveis, constantemente publicados e revogados pelos órgãos do poder. Mesmo para quem não adira às escolas institucionalistas ou às estruturalistas, forçoso se torna reconhecer existir algo de específico e de permanente no sistema que permite (e só isso permite) explicar e fundar a validade e a efetividade de todas e cada uma das suas normas. O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é ordenamento ou conjunto significativo, e não conjunção resultante de vigência simultânea; implica coerência ou, talvez mais rigorosamente, consistência; projeta-se em sistema; é unidade de sentido, é valor incorporado em norma. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos.

Em um cenário contemporâneo, onde há uma miscigenação das culturas e, por consequência, do Direito que rege os relacionamentos entre particulares, também deles com o Estado, existe um certo dinamismo à semelhança das vicissitudes da vida. Nesse sentido, conforme a lição de Jorge Miranda (2019, p. 135) supracitada, a unidade sistemática e lógica do Direito igualmente têm um viés humanista supranacional.

A afirmação anterior se sustenta na adesão de vários países com culturas completamente distintas à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o caráter renovador da proteção de direitos humanos ao ter conduzido o indivíduo como um sujeito de direitos no plano internacional (MIRAGEM, 2021, p. 86). No que pese a interpretação distinta da Declaração por esses países, destaca-se o “caráter comum dos princípios e das fórmulas adotadas” (MIRAGEM, 2021, p. 86), em especial, a menção da dignidade humana como princípio norteador dos ordenamentos jurídicos.

Esse movimento, segundo Bruno Miragem (2021, p. 86) é operacionalizado pela

revalorização ética do Direito, que tem seu marco na promulgação de uma segunda Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), assentada no protagonismo da dignidade da pessoa humana. Na lição reconhecida de Radbruch, ‘uma consideração do direito cega aos valores é inadmissível (...) Se o direito se reduzisse ao imperativo da força coercitiva da sociedade, os atentados à dignidade humana praticados nos campos de concentração seriam juridicamente inatacáveis’.

Justamente nesse movimento de revalorização ética do direito que o estudo aqui proposto da principiologia jurídica, em uma preparação para o delineamento de um esboço conceitual de dignidade humana, que se faz o recorte temático da terminalidade da vida e, por consequência, também uma inserção bioética pautada nos negócios biojurídicos a serem examinados no segundo capítulo. O princípio ético insculpido na dignidade humana, dentro desse quadro delimitado, busca repouso no mais profundo respeito aos valores essenciais que definem o que essa pessoa entende sobre o viver e o morrer.

Por derradeiro, Jorge Miranda (2019, p. 390), explicita a última função dos princípios dentro da nova teoria constitucional. Defende o autor que os princípios têm uma função prospectiva, dinamizadora e transformadora da realidade e do próprio sistema jurídico, principalmente em razão da generalidade, indeterminação e força expansiva que eles possuem (MIRANDA, 2019, p. 390). Nessa tensão, os princípios se revestem de uma interpretação evolutiva (MIRANDA, 2019, p. 390), acompanhando a constância do tempo no espaço e, também, do caminhar inexorável da vida humana do nascimento ao morrer.

No mesmo sentido, Bruno Miragem (2021, p. 87), traz uma concepção sobre o que seria uma nova visão do Direito em virtude da centralidade dos direitos humanos nos ordenamentos e os impactos daí consequentes. Conforme o autor

A noção de universalidade da pessoa humana, neste aspecto, acaba por propor um novo paradigma à cultura jurídica dos países signatários, influenciando de resto, em diferentes graus, toda a comunidade internacional. Esta nova visão sobre o Direito e a centralidade dos direitos humanos causa impacto, inicialmente, no direito constitucional, a partir do denominado constitucionalismo de valores que vai operar profundas transformações no próprio modelo de Constituição e o incremento dos direitos fundamentais que passam a ser assegurados. E é por força desta mudança na Constituição, que passa a ocupar um lugar central no sistema jurídico, a partir do qual se articulam os demais Códigos e Leis, passa-se a observar uma influência das normas e princípios constitucionais sobre diversas relações jurídicas disciplinadas em nível infraconstitucional, inclusive as relações de direito privado.

Esse novo olhar sobre o direito pode ser abalizado, dentro da teoria constitucional, na escola pós-positivista, último aspecto a ser abordado antes de se adentrar especificamente no esboço conceitual da dignidade humana. Entretanto,

cumpra definir em linhas gerais o que se entende por positivismo jurídico para, então, melhor assimilar o que se define por pós-positivismo.

Em uma definição simples, o positivismo jurídico centra o objeto do direito nas normas postas, isto é, nas normas positivadas em diplomas legais – como os códigos, as constituições e demais legislações esparsas. Tudo o que não se encontra nessas categorias formais não seria considerado direito. Albert Calsamiglia (1998, p. 209 – tradução livre) explica de maneira sintética que “a teoria positivista do direito sustenta basicamente que o único objeto da ciência do direito é o direito ditado pelos homens e que, além disso, a teoria possui os métodos adequados para determinar o que é que estabelece o direito”<sup>6</sup>. Remete ainda que o enfoque clássico do positivismo repousa na tese kelseniana metodológica ao restringir o objeto único da ciência do direito ao direito positivado (CALSAMIGLIA, 1998, p. 209).

De acordo com as lições de Paulo Bonavides (2003, p. 262), no positivismo clássico os princípios eram relegados à um caráter supletivo da lei posta. O autor, se apoiando em Gordillo Cañas (apud BONAVIDES, 2003, p. 262), afirma que a principiologia jurídica fora inserta nas codificações apenas como uma “válvula de segurança”, isto é, para que as regras ali contidas pudessem ser expandidas na sua eficácia e, por consequência, não deixar um vazio normativo<sup>7</sup>.

Para estabelecer um conceito do que seria o pós-positivismo, uma primeira advertência se faz necessária: ao contrário do que a terminologia conota, o pós-positivismo não visa a eliminação do positivismo jurídico em si, mas a sua superação, criando um sistema mais complexo e tendente a completude em contraposição à rigidez formalista positivista. O pós-positivismo, então, é marcado pela reaproximação do Direito com a Moral, dotando-o de uma carga axiológica com a finalidade de atingir as finalidades ínsitas ao direito, isto é, à realização da justiça de acordo com valores

---

<sup>6</sup> No original: “La teoría positivista del derecho sostiene basicamente que el único objeto de la ciencia del derecho es el derecho dictado por los hombres y que, además, la teoría posee los métodos adecuados para determinar qué es lo que establece el derecho” (CALSAMIGLIA, 1998, p. 209).

<sup>7</sup> Paulo Bonavides (2003, p. 263) traz ainda a lição de Flórez-Valdés que “sustenta basicamente que os princípios gerais de Direito equivalem aos princípios que informam o Direito Positivo e lhes servem de fundamento. ‘Estes princípios – acrescenta literalmente o mesmo autor – se introduzem por via de abstração ou de sucessivas generalizações, do próprio Direito Positivo, de suas regras particulares (...). Os princípios, com efeito – prossegue – já estão dentro do Direito Positivo e, por ser este um sistema coerente, podem ser inferidos do mesmo. Seu valor lhes vem – conclui – não de serem ditados pela razão ou por constituírem um Direito Natural ou ideal, senão por derivarem das próprias leis”.

axiológicos constantes com o centro de referência na pessoa concreta, dotada de dignidade.

Segundo Antonio Carlos Diniz (2006, p. 651), para considerar uma teoria pós-positivista devem de ser atendidos dois requisitos de ataque aos pilares do positivismo clássico: i) a defesa da teoria das fontes sociais do Direito – os princípios jurídicos são oriundos de noções de natureza moral, consagrando constantes axiológicas, e não de fatos sociais da vida coletiva; ii) a separação entre direito, moral e política – o pós-positivismo tem uma visão complementar e interdisciplinar do direito, buscando suas fundamentações em todas essas áreas, conjugando-as por meio da argumentação jurídica para fundamentar as decisões e dar aplicação concreta aos princípios não positivados expressamente (DINIZ, 2006, p. 651).

Esse ataque aos pilares do positivismo clássico se oriunda de um problema dessa teoria, resumido, segundo Albert Calsamiglia (1998, p. 211) aos limites que o direito encontra ante a complexidade da vida quotidiana. O autor demonstra essa incoerência a partir da teoria das fontes sociais de Hart (CALSAMIGLIA, 1998, p. 211 – tradução livre), de forma que ele “sustentou que o direito pode se identificar como um feito social e que o núcleo do direito se encontra nessas fontes sociais”. Tomando por base essas fontes, as decisões de direito seriam tomadas com base na construção passada do direito, isto é “que as decisões do passado determinam qual é a resposta que deve se dar juridicamente” e, em certos casos, o juiz poderia decidir como se fosse um legislador substituto” (CALSAMIGLIA, 1998, p. 211)<sup>8</sup>.

A teoria pós-positivista muda esse enfoque formalista estrito do positivismo jurídico e também busca abalizar a discricionariedade das decisões por meio da aplicação principiológica através de um esquema de argumentação jurídica. Albert Calsamiglia (1998, p. 211) destaca que o pós-positivismo modifica a agenda de problemas porque dá uma atenção especial ao caráter essencialmente indeterminado do direito.

Essa nova perspectiva trazida pela virada de agenda do pós-positivismo assume alguma relevância para defesa da plenitude da existência, à medida que uma

---

<sup>8</sup> No original: “Hart, por ejemplo, sostuvo que el derecho se puede identificar como un hecho social y que el núcleo del derecho se encuentra en estas fuentes sociales. Hart no sólo defendió la teoría de las fuentes – es decir que las decisiones del pasado determinan cuál es la respuesta que debe darse jurídicamente – sino que además añadió la tesis – en su teoría de la adjudicación – de que pueden existir casos difíceles y, portanto, el juez puede ser un legislador intersticial” (CALSAMIGLIA, 1998, p. 211).

estrutura normativa legalista positivista estrita não é capaz de responder de forma segura aos problemas enfrentados na complexidade do viver e, principalmente do morrer, em razão da dinamicidade que esses momentos se realizam. Talvez, também, esse descompasso entre o direito e a vida quotidiana esteja relacionado com a velocidade que a medicina contemporânea, em conjunto com a ciência, se revoluciona diuturnamente, e por conseguinte, gera uma plêiade de novos tratamentos e novas situações que podem manipular o momento da morte.

Desse avanço e dessa manipulação que começam a surgir problemas para o direito, cujas respostas dirão respeito à própria dignidade e existência daquele ser humano. De outra forma, o direito não pode reduzir um momento de complexidade que beira ao ininteligível e incompreensível que é a morte a um esquema formal de um diploma legal. A principiologia que ganha força no pós-positivismo, em conjunto com a reaproximação do direito com a ética e a moral parecem oferecer uma reação mais adequada ao universo complexo do viver e do morrer.

Na definição de Albert Calsamiglia (1998, p. 212)

O pós-positivismo não presta atenção somente ao passado, mas também ao futuro e, neste caso, o que interessa é persuadir os destinatários – normalmente os juízes – de que suas soluções propostas é a mais correta. Neste sentido, poderíamos assinalar que as doutrinas pós-positivistas estão mais interessadas nos problemas que originam a indeterminação do direito do que em descrever as convenções do passado. Não ignoram a institucionalização do direito, mas o que interessa está mais para lá dos limites estritamente institucionalizados. O centro de atenção foi modificado para a indeterminação e à solução dos casos indeterminados. Os casos difíceis não seriam vistos como casos excepcionais para o estudo do direito senão que ocupam o centro da agenda da teoria do direito (tradução livre)<sup>9</sup>.

Nos dizeres de Antonio Carlos Diniz<sup>10</sup> (2006, p. 650-651)

---

<sup>9</sup> No original: “el postpositivismo no presta sólo atención al pasado sino también al futuro y, em este caso, lo que interesa es persuadir a los destinatarios – normalmente jueces - de que su solución o propuesta es lá mas correcta. En este sentido, podríamos señalar que las doctrinas postpositivistas están más interesadas en los problemas que origina la indeterminación del derecho que em describir las convenciones del pasado. No ignoran la institucionalización del derecho pero lo que interesa es lo que está más allá de los limites estrictamente institucionalizados. El centro de atención se ha desplazado a la indeterminación y a la solución de los casos indeterminados. Los casos dificiles ya no serían vistos como casos excepcionales para el estudio del derecho sino que ocupa el centro de la agenda de la teoría del derecho” (CALSAMIGLIA, 1998, p. 212).

<sup>10</sup> “O pós-positivismo se insere no contexto de uma renovação recursiva ou virada paradigmática proporcionada por tendências e elementos encontrados genuinamente no interior do próprio sistema

A mola-mestra da atividade jurídica não deve estar orientada – ou pelo menos não totalmente – pela obtenção de êxito ou vantagem, mas por uma aspiração moral, uma pretensão de justiça. Diante das crescentes exigências e demandas típicas das complexas sociedades contemporâneas resulta claro para muitos juristas a necessidade de impulsionar a integração e a rearticulação entre as diferentes esferas da razão prática como direito, moral e política.

Esse movimento de reaproximação do direito com outros ramos do conhecimento das humanidades – na busca de compreender no que ou onde reside a humanidade do “ser” humano – tem importância inevitável para construção de um sistema de proteção integral à pessoa considerada em toda sua existência e integralidade. Buscar respostas para impasses existenciais vitais, como as decisões de fim de vida, em um direito encastelado em seus diplomas legais e teorias jurídicas estritas, sem considerar outras dimensões e aspectos do conhecimento humano, como a medicina e a psicologia, para buscar alguma compreensão sobre a vivência do sofrimento humano, não obter-se-iam soluções capazes de preservar a autonomia existencial, a personalidade e a história daquela pessoa que está *sendo* humana até a morte. Por isso, trazer para dentro do raciocínio jurídico, além da principiologia jurídica encapsulada na dignidade humana e na liberdade, noções de psicologia e medicina se faz um imperativo na era da edificação do biodireito.

O pós-positivismo assim o faz, por permitir uma leitura interdisciplinar da vivência humana em uma tentativa de entender parte da complexidade do fenômeno do viver e oferecer a possibilidade de as pessoas viverem uma vida plena, com sua personalidade e sua autonomia protegidas até o derradeiro momento. Embora, dentro do escopo deste trabalho se assumam dimensões metafísicas da existência<sup>11</sup>, como a dimensão emocional e espiritual das pessoas em processo de fim de vida, a proposta de estudo do direito pelo pós-positivismo não retoma essa perspectiva.

---

jurídico. Ao passo que a abertura do orbe jurídico para influxos advindos do movimento *pós-moderno* se situa num contexto ainda mais amplo, de rompimento com um certo insulamento tradicional com outras áreas das humanidades e ciências sociais. (...) Nessa nova etapa, a razão jurídica não mais é identificada exclusivamente com a racionalidade formal, instrumental, dirigida-a-fins, passando a incorporar também a razão prática”. No terceiro capítulo será explorado alguns aspectos da racionalidade habermasiana no caminhar entre o cientificismo estrito e o processo de humanização da medicina contemporânea ao se retomar a pessoa como centro da atenção, e não a doença ou as disfunções fisiológicas que devem ser curadas a qualquer custo.

<sup>11</sup> O assunto será devidamente desenvolvido no tópico sobre cuidados paliativos no terceiro capítulo.

Assim assinala Antonio Carlos Diniz (2006, p. 651) que “advogar um enfoque pós-positivista não significa defender (...) um retorno às posições jusnaturalistas devedoras de concepções metafísicas incompatíveis com o atual estágio de compreensão científica” em razão de que “as duas principais referências filosóficas ensejadoras do quadro no qual se desenvolve o travejamento teórico do pós positivismo, Jürgen Habermas e John Rawls, operam no âmbito pós-metafísico” (DINIZ, 2006, p. 651).

Os princípios, para o pós-positivismo alcançam toda potência da sua eficácia normativa. Em contraste com o positivismo clássico, aqui os princípios funcionam como um elemento de coerência e orientação do sistema jurídico, enquanto fontes primárias e basilares de todo ordenamento jurídico (DINIZ, 2006, p. 653). Assim

O sistema jurídico traduz-se num modelo esquemático composto não apenas de regras pontuais (como nos moldes positivistas), mas de normas-regras e normas-princípios<sup>12</sup>, é intuitivo que os princípios, por sua conformação estruturalmente mais elástica e aberta, atingem espectros mais amplos de incidência fática e cobrem hipóteses desafiadoras não alcançadas de ordinário por um sistema exclusivamente baseado em regras (DINIZ, 2006, p. 653).

A principiologia pós positivista assume um caráter ordenador, conforme anteriormente destacado, para garantir coerência dentro do ordenamento jurídico, contudo, sem deixar a descoberto situações oriundas da complexidade da vida contemporânea. Nesta senda, a argumentação jurídica ganha relevância como meio para permitir que as diversas situações tuteladas pelo direito sejam coerentes, mesmo com a elasticidade dos princípios. Isso se deve ao fato de a argumentação jurídica permitir que, na aliança entre teoria e prática, a aplicação dos princípios – como é o caso da dignidade humana – estejam abalizados dentro do sistema jurídico.

Essa possibilidade reside no fato de que, com esses aspectos conjugados, as respostas obtidas a partir dos problemas jurídicos, desde que bem fundamentadas, podem ser verificáveis e controláveis (DINIZ, 2006, p. 652) pela própria compreensão do sistema daquilo que seria ético ou não pela compatibilidade com as constantes axiológicas internas ao ordenamento. Essa valoração de constantes axiológicas busca combater atrocidades causadas por um positivismo jurídico fundamentado na estrita

---

<sup>12</sup> À semelhança do que fez Dworkin (2002, p. 39) ao afirmar que regras e princípios são espécies de uma mesma categoria: a das normas jurídicas.

obediência ao texto legal, ao juiz boca da lei, conforme propunha Montesquieu – frise-se, nesse contexto, o flagelo humano causado pelo regime nazista que, embora estivesse formalmente positivado como direito, estava infinitamente distante do que é de fato o *dever ser* do direito (SARMENTO, p. 116-117).

Dentro da racionalidade do pós-positivismo, os princípios devem amoldar o sistema jurídico de uma forma coerente com a realidade quotidiana da vida das pessoas. No recorte temático feito pelo trabalho – qual seja, uma adequação do direito à medicina contemporânea e a proteção da integralidade das dimensões do ser humano – o princípio da dignidade humana assume um papel controverso quando ele é utilizado para defesa da vida de um paciente terminal a qualquer custo – em um aspecto quantitativo –, mas também por aqueles que defendem a dignidade no morrer em reconhecimento à autonomia existencial e às concepções essenciais do que aquela determinada pessoa tem sobre o viver e o morrer.

Neste ponto, parece adequada a teoria proposta por Dworkin (2007, p. 271-275) do direito como integridade. Ora, como se vem argumentando, se os princípios têm uma função de conferir coerência e ordenação ao sistema jurídico, qual o sentido de se defender uma vida digna e não uma morte digna? Em um primeiro contorno trazido por Dworkin (2007, p. 271)

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico<sup>13</sup>, voltados para o futuro. Insiste em que as manifestações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento.

Desde já é possível afirmar que a teoria do direito como integridade não se amolda perfeitamente ao contexto pós-positivista. A principal razão desse distanciamento relativo diz respeito à influência do convencionalismo jurídico para construção da referida teoria, pois, de certa forma, é um recurso às fontes sociais do

---

<sup>13</sup> Para Dworkin (2007, p. 272) “o pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro. Esse exercício pode pedir a interpretação de alguma coisa que extrapola a matéria jurídica: um pragmático utilitarista talvez precise preocupar-se com a melhor maneira de entender a ideia de bem-estar comunitário, por exemplo. Uma vez mais, porém, um juiz que aceite o pragmatismo não mais poderá interpretar a prática jurídica em sua totalidade”.

direito. Segundo Dworkin (2007, p. 272) “o convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo”.

Isto é, no direito como integridade, as decisões passadas e o contexto sociopolítico em que o direito se manifestaram importam para conferir coerência às decisões do presente. Conforme a definição trazida acima, essa característica se deve ao fato dessa teoria considerar o direito como um universo em certa medida paradoxal, ao ponto que já está relativamente construído, mas também se encontra em um processo de desenvolvimento, à semelhança do que acontece com a personalidade humana. Nesse sentido, a teoria do direito como integridade se aproxima da escola pós-positivista por considerar o direito como um objeto mais ou menos indeterminado.

Consideradas essas premissas essenciais, o direito como integridade busca fundamento na prática jurídica da comunidade. Isto é, a comunidade exerce uma função na construção do próprio direito, por efeito de as proposições jurídicas serem verdadeiras se constarem ou derivarem “dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2007, p. 272).

Contudo, em situações peculiares como são as decisões de fim de vida, o papel do que a comunidade considera como justo e adequado deve ser mitigado. O direito como integridade serve, nesse caso específico, para dar coerência e um fundamento social de validade para todo ordenamento, mas não se aplica total e diretamente às decisões individuais sobre o próprio viver e morrer, sob a pena de reduzir as concepções pessoais, isto é, a sua personalidade, ao consciente coletivo. Até mesmo Dworkin considera uma decisão forçada pelo Estado – representado pelo parlamento – ou pelo consciente coletivo – personificado na função da comunidade na construção do direito – nessa seara como uma forma de tirania, conforme defende em *Domínio da Vida* (2009, p. 307).

O sentido do direito como integridade na defesa da plenitude da existência, ou seja, o nascer, viver e morrer qualificado pela dignidade, está justamente na capacidade de integrar uma perspectiva histórica que dá fundamento aos princípios e às decisões, a uma dimensão contemporânea e futura, de modo a caminhar em um movimento quase humano. Nos dizeres de Dworkin (2007, p. 273) “o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio

afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como a origem das interpretações mais detalhadas que recomenda”.

Assim como cada pessoa deve ter o direito de desenvolver livremente sua personalidade e formar o cerne da sua identidade essencial e da sua concepção de mundo, do significado da vida e da morte, o direito como integridade caminha de forma holística com as bases do passado e a realidade fática atual.

Essa visão complementar entre passado, presente e futuro tem um papel indispensável para compreensão de como os princípios jurídicos que coordenam o ordenamento jurídico se conformam à realidade desde a sua origem até o momento factual da decisão. Além disso, o aspecto principiológico do direito como integridade o aproxima dos fundamentos teóricos da escola pós-positivista justamente pela função que eles têm em conferir sentido e coerência para um sistema complexo e indeterminado.

A exemplo disso, tem-se o próprio princípio da dignidade humana, que em sua origem foi encarado como uma resposta às atrocidades das grandes guerras. Com a sua evolução, influenciou as constituições e codificações modernas a considerarem a pessoa como ponto de inflexão das normas jurídicas, tornando-a o objeto de maior relevância e proteção em toda sua integralidade. Nesse mesmo sentido, a historicidade também serve de fundamento<sup>14</sup> para aquilo que não deve se repetir, seja na esfera do direito, seja no mundo fático, como o ensinamento clássico da doutrina ao recordar o direito nazista e o holocausto.

Escreve Dworkin (2007, p. 273) que

A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade (...) como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar.

---

<sup>14</sup> Assevera Dworkin (2007, p. 273-274) que a integridade em relação aos princípios “insiste em que o direito – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa. A história é importante porque esse sistema de princípios deve justificar tanto o *status* quanto o conteúdo dessas decisões anteriores”.

Aplicando essa afirmação à realidade brasileira contemporânea nas reflexões sobre a morte e o morrer, a comunidade em geral, a classe médica e jurídica demonstram alguma imaturidade na tomada de consciência sobre a condição humana. Ainda em 2004, o bioeticista Leo Pessini (2004, p. 40-41) afirmava que

No Brasil, a tradição da ética médica codificada tem a tendência de respaldar intervenções distanásicas. Por exemplo, um dos primeiros códigos brasileiros de ética médica, o de 1931, reprovava a eutanásia “porque um dos propósitos mais sublimes da Medicina é sempre conservar e prolongar a vida” (art. 16/31). Se aceitamos que a finalidade da medicina “é sempre conservar e prolongar a vida” – e os códigos subsequentes também vão nessa mesma direção – estaremos claramente deitando as raízes da justificação da distanásia com seu conjunto de tratamentos que não deixam a pessoa, na fase final da vida, morrer em paz.

É importante destacar que o Código de Ética Médica (CEM) atualmente em vigor, editado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) em 2018 e atualizado em 2019, avança em reconhecer a autonomia do paciente na decisão sobre o fim de vida<sup>15</sup>, porém ainda deixa reminiscências de uma posição paternalista que eventualmente pode justificar condutas distanásicas, conforme a redação dos art. 41, parágrafo único<sup>16</sup> e art. 32<sup>17</sup> (CFM, 2019, p. 27-28), respectivamente.

No mesmo sentido, afirma a médica paliativista Ana Cláudia Quintana Arantes (2019, p. 186-187), os cuidados de fim de vida que consideram a pessoa em sua integralidade, isto é, os cuidados paliativos, ainda são tímidos no Brasil. Segundo a médica

A imaturidade tem sido a justificativa mais comentada para isso. Mas, revisando o passado, entendo que nossa sociedade é feita basicamente de descendentes de imigrantes, já que os brasileiros nativos eram os índios, e entre estes a preservação da cultura de

---

<sup>15</sup> Conforme o art. 1º da Resolução 1.805 de 2006 do CFM “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” (CFM, 2006).

<sup>16</sup> Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal (CFM, 2019, p. 28).

<sup>17</sup> Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de promoção de saúde e de prevenção, diagnóstico e tratamento de doenças, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente (CFM, 2019, p. 28).

origem é bem mais respeitada. Esses imigrantes vieram para o Brasil em busca de oportunidades que não foram capazes de encontrar em seu país de origem. Fugindo de guerras, fome, escravidão e morte, atravessaram o oceano para se encantar com esta terra “quase” prometida, farta de beleza, de espaço, de fertilidade. Assim, aprenderam a reconstruir as expectativas de uma vida feliz. Como fugiram da morte, esse tema ficou impossibilitado de reinar em seus pensamentos durante a vida por aqui. Penso que, por isso, nossa brasilidade não nos permite conversar sobre o assunto. Os que permaneceram em seu país de origem souberam que a morte chega, mas a vida prevalece. Vieram guerras, recessão, fome, mas também veio a reconstrução, o renascimento da esperança de cada dia de luta e permanência na regeneração do dia a dia. Por aqui, os que chegaram conseguiram perpetuar o legado de manter sempre o olhar no horizonte, que não permite pensar na morte como possibilidade mais real do desfecho da vida humana. E assim seguimos, com nosso jeitinho brasileiro de sempre saber como controlar as dificuldades e sorrir cada vez que conseguimos driblar os problemas.

Dentro do lapso temporal entre a publicação de Leo Pessini em 2005 e da médica Ana Cláudia Quintana Arantes, fica evidente a influência da historicidade no caminhar do direito e da sociedade. Porém, a reflexão sobre a morte ficou mais ou menos estacionada nesse período, o que consubstancia uma das razões da defesa feita neste trabalho. Some-se à essa conjuntura o avanço biomédico e científico nesse mesmo interregno com as consequentes transformações na qualidade de vida, mas também, na sua quantidade – o que beira o inimaginável há alguns anos atrás.

Considerando esse panorama, a proposta de certa indeterminação do direito feita pelos pós-positivistas, com a principiologia como norte do ordenamento jurídico e, em cotejo com a historicidade do direito como integridade podem apontar para uma tutela abrangente da dignidade humana e, portanto, permitir uma proteção dos mais diversos projetos de vida. Nesse sentido, arremata Dworkin (2007, p. 274) que

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (...) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.

Esse futuro honrado reside em uma garantia de que todas as pessoas, independente das suas crenças espirituais e das suas concepções sobre o viver e o morrer possam, de fato, perpassar por uma existência e uma morte qualificada pelos atributos da dignidade. Em síntese

O princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência do princípio que a integridade requer. O otimismo do direito é, nesse sentido, conceitual; as declarações do direito são permanentemente construtivas, em virtude de sua própria natureza (DWORKIN, 2007, p. 274).

Essa coerência principiológica é o que se busca ao defender a plenitude da existência: não deve existir distinção lógica entre a dignidade no viver e no morrer, pois ambas as situações dizem respeito ao mesmo fenômeno, qual seja, da existência humana. E o otimismo do direito talvez resida justamente na sua indeterminação, na capacidade que a manifestação jurídica tem de se construir diuturnamente, em sincronia com a complexidade da vida humana. O princípio da dignidade humana deve se ajustar, nesta senda, ao enredamento da prática jurídica ao mesmo caminhar do livre desenvolvimento da personalidade humana, protegendo-a em suas diversas manifestações. É dentro desse contexto que se delineará um esboço de conceito de dignidade humana que segue.

## 2.1 DA DIGNIDADE HUMANA

A Dignidade Humana é conceito caro às ordens jurídicas contemporâneas, mas de certa forma, consubstancia assunto de reflexão pela filosofia há tempos. A ideia de dignidade humana caminha desde as origens do pensamento humano em torno da questão do que é a pessoa? Partindo desse questionamento, buscar-se-á delinear um esboço conceitual da dignidade humana como fundamento de um direito existencial à morte digna que ampare a pluralidade de projetos de vida inerentes à um Estado Democrático de Direito.

Opta-se aqui por usar a expressão “dignidade humana” e não “dignidade da pessoa humana” para se evitar uma construção pleonástica, pois pressupõe-se que todas as pessoas têm dignidade, embora o próprio conceito varie conforme as experiências de mundo de cada uma delas.

A pedra fundamental da construção desse conceito está em estudos jusfilosóficos e antropológicos cujos objetos consistem na análise da pessoa e da sua natureza. Isto é, tenta-se compreender a sua existência na constância do espaço-tempo e na sua função histórica para oferecer alguma resposta para a pergunta “o que é o homem?” (OLIVEIRA, 1993, p. 119). Em uma perspectiva contemporânea e inclusiva, cambia-se a pergunta “o que é o homem?” para “o que é a pessoa”? e como reconhecer a sua dignidade.

Ademardo Serafim de Oliveira (1993, p. 121-125) busca fazer uma análise sobre a natureza humana em uma dimensão histórica com foco em três grandes marcos histórico-teóricos do pensamento da antropologia filosófica: a visão racional; a visão religiosa; e a visão científica. A essas três dimensões apresentadas pelo autor, voltando o olhar para o pensamento jusfilosófico, pode-se acrescentar uma perspectiva hermenêutica e outra personalista – embasada nos direitos da personalidade – ambas fruto do desenvolvimento da ideia de dignidade humana ao longo do curso do Direito na história.

A primeira delas, a visão racional, pode ser considerada a questão originária do pensamento filosófico antropológico mais clássico. Remonta à filosofia grega revisitada no período renascentista, tendo como traço característico dessa visão a centralidade da racionalidade humana. Isto é, o que torna o animal humano uma pessoa, o que o separa dos demais seres vivos, é o fato da sua capacidade de raciocínio lógico-formal (OLIVEIRA, 1993, p. 121).

Conforme cita o autor, o pensamento desse marco histórico-teórico pode ser exemplificado em seu auge por Aristóteles, que coloca o traço distintivo da humanidade na razão, de forma que ela se torna a mais elevada faculdade da alma (OLIVEIRA, 1993, p. 121). Seria, então, a pessoa ideal aquela capaz de se libertar das paixões e dos instintos naturais e determinar os rumos da sua vida pela razão (OLIVEIRA, 1993, p. 121).

Na interpretação clássica, segundo Ademardo Serafim de Oliveira (1993, p. 121-122), a natureza racional humana se alicerça no fato de que

o homem deve ser compreendido primeiramente do ponto de vista da natureza e de seus poderes racionais. O espírito é o princípio unificador e, como tal, é distinto do corpo. A razão é o orgulho e a glória do homem. Para Sócrates, Platão e seus discípulos, o homem inteligente é o homem virtuoso. Conhecer o que é certo é praticá-lo. O vício é o resultado da ignorância. As metas dos esforços humanos e o

sentido do progresso constituem o desenvolvimento harmonioso de todas as funções e capacidades humanas através da supremacia e da perfeição da razão no homem e na sociedade.

Segundo Bruno Miragem (2021, p. 89) o conceito jurídico atual de pessoa é legado dessa perspectiva racionalista. Para o autor “a construção do conceito jurídico de pessoa tal qual ele se apresenta no direito atualmente, de que todos os seres humanos são pessoas, e que, portanto, são titulares de direitos subjetivos e demais projeções do Direito, resulta, sobretudo, de legado do humanismo jurídico e do jusracionalismo, e a partir do século XVIII, nas declarações de direitos” (MIRAGEM, 2021, p. 89). Justamente nessa nova perspectiva das declarações de direitos que a dignidade humana ganha relevo para defesa de uma vida e morte dignas.

Voltando à perspectiva de Ademardo Serafim de Oliveira (1993, p. 121-122), a interpretação da humanidade sobre o motivo de sua existência e sobre seu traço distintivo dos demais seres que vivem em no mundo com ela são permeadas pelo racionalismo. De fato, é incontestável a capacidade humana de formar redes de relacionamentos complexos no corpo social em razão da dimensão intersubjetiva da dignidade humana.

Também deriva dessa dimensão humana extremamente racional a capacidade de produção técnico-científica – vide o exemplo recente das vacinas para *covid-19*, cujos estudos avançaram em tempo recorde (GALLAGHER, 2020) – em razão da acumulação de conhecimento ao longo do tempo<sup>18</sup> de produção científica. Dentro do campo do viver e do morrer com dignidade a racionalidade também surte efeitos com a inserção de tecnologias capazes de conduzir e alterar o ciclo natural da terminalidade, podendo abreviar ou prolongar desarrazoadamente o tempo de vida das pessoas que se encontram nessa condição.

---

<sup>18</sup> Em relação ao exemplo utilizado, essa dimensão racional fica evidente na história por trás da vacina contra a covid-19: “O maior equívoco sobre a vacina é achar que o trabalho começou no início da pandemia — na verdade, foi antes. O maior surto de ebola do mundo, em 2014-2016, foi uma catástrofe. A resposta foi muito lenta e cerca de 11 mil pessoas morreram. ‘O mundo deveria ter se saído melhor’, diz a professora Sarah Gilbert, a idealizadora da vacina Oxford. Nas análises que a comunidade científica e de saúde fez após o episódio, surgiu um plano de como enfrentar o próximo grande problema. No final de uma lista de ameaças conhecidas estava a ‘doença X’ — nome sinistro de uma nova infecção até então desconhecida que pegaria o mundo de surpresa. O Instituto Jenner da Universidade de Oxford — batizado em homenagem ao cientista que realizou a primeira vacinação em 1796 e agora lar de alguns dos maiores especialistas do mundo — projetou uma estratégia para derrotar o inimigo desconhecido. ‘Estávamos planejando como podemos desenvolver uma vacina no menor tempo possível’, diz Gilbert. ‘Não tínhamos concluído o plano, mas nos saímos muito bem’” (GALLAGHER, 2020).

A dualidade das consequências do racionalismo humano fica expressa nas palavras de Leo Pessini (2016, p. 55): “De um lado, estamos diante de expressões magníficas do progresso técnico-científico da medicina, que realiza verdadeiros “milagres” ao salvar vidas que até há muito pouco tempo era simplesmente impossível fazer, a não ser em sonho! Por outro, assombra e assusta o fato de podermos ser obrigados a passar por prolongado, sofrido e inútil processo de morte”. No mesmo sentido assevera Luciana Dadalto (2019, p. 1) que

O aumento da expectativa de vida da população mundial, aliado ao desenvolvimento tecnológico e farmacológico, tem provocado uma mudança nas causas e nas formas de morrer. Doenças que causavam uma morte rápida até o século passado adquirem, no século XXI, o status de doenças crônicas, com sobrevida de décadas. Assim, as discussões sobre terminalidade da vida têm se modificado diuturnamente, alcançando os complexos status de dilema bioético, problema moral, demanda jurídica, questão médica e assunto comercial. Nesse contexto, a expressão morte digna tem sido usada por diferentes setores para justificar diferentes perspectivas. É importante ressaltar, contudo, que o conceito de morte digna é subjetivo, forjado segundo valores individuais e coletivos, e a utilização desse conceito para legitimar instituições, crenças ou práticas configuram verdadeira mercantilização do direito fundamental à morte digna.

Nesse contexto dicotômico, resgatar uma leitura da dignidade humana sob um prisma da filosofia antropológica e sob influência das teorias principiológicas dos direitos humanos se apresenta como uma alternativa que reconduz o olhar para o outro como um ser digno de respeito em suas concepções fundamentais. Isto é, a partir de um olhar intersubjetivo, ambas pessoas podem se reconhecer como dignas e que suas concepções sobre o viver e o morrer, mesmo que possam ser divergentes, podem conviver. No final, essa relação reconstruída sobre os alicerces da dignidade humana e da alteridade permite que ambos possam desenvolver sua personalidade e dar significado para suas existências.

Outro impacto que o racionalismo pode trazer para o arcabouço conceitual da dignidade humana se materializa no individualismo excludente. Isto é, pode ser capaz de transformar as pessoas em ilhas de conhecimento técnico e científico, sem a habilidade de sentir e compreender o sentimento do outro, a essência da existência e o sentido de existir corporificados pela dignidade daquela outra pessoa com quem se relaciona.

Conforme já alertou Sergio Alves Gomes (2008, p. 65), ao refletir sobre o que torna o ser humano uma pessoa, a dimensão relacional dos indivíduos é imprescindível para construção da própria identidade pessoal e do “ser” do humano de modo que

*Homem algum é uma ilha. O viver humano é conviver, isto é, viver ‘com o outro’. Este outro é sócio de cada um na empreitada que compartilham: a experiência da vida. É no espaço da convivência que o homem desenvolve seu projeto existencial, sujeito a circunstâncias, riscos e perigos de múltiplas espécies. Pensar e falar sobre o homem é refletir sobre o significado e as possibilidades deste convívio. É perguntar, por exemplo, como este deve ser ordenado a fim de melhor corresponder ao modo de ser do homem. Mas isso já supõe um certo conhecimento a respeito deste ‘modo de ser’ do homo sapiens. Tanto de sua natureza quanto da sua condição. Falar do homem é pensar sobre suas possibilidades e seus limites. Não do homem isolado, mas de todos os seres humanos. Reconhece-se em cada um deles uma exclusiva singularidade, contextualizada no tempo e no espaço: um ser real, de carne e osso e não mera abstração (GOMES, 2008, p. 65 – grifos no original).*

Na seara do morrer dignamente, esse isolamento causado pelo encastelamento dos indivíduos em suas ilhas de conhecimento técnico e científico se torna um caminho perigoso para humanidade, ao passo que gera a incompreensão do outro. Em outras palavras, a pessoa se torna incapaz de reconhecer e respeitar o outro em todas suas dimensões – física, espiritual, emocional etc. – por reduzi-lo à esquemas lógico-formais, reduz-se a própria vida a funções fisiológicas, bioquímicas, a sinais vitais em um aparelho, invés de considerar toda a história e o sentido de viver corporificado naquela personalidade que está prestes a terminar.

A anulação dos mais diversos projetos de vida por essa tecnicização do mundo da vida causado pelo racionalismo estrito pode se converter em uma forma de tirania pela imposição unilateral de uma ideia de dignidade ou do que seria uma morte boa, conforme a expressão de Dworkin (2009, p. 307) em *Domínio da Vida*. Em uma ótica hermenêutica, a tecnicização do mundo da vida e o exílio de cada pessoa em sua individualidade, em si mesmo, já foi objeto de reflexão por Hans-Georg Gadamer (2000, p. 129) como consequência do modo de pensar técnico-científico da humanidade contemporânea.

Sob a concepção da filosofia política, Jürgen Habermas demonstra os efeitos deletérios de uma verticalização da essência humana na racionalidade e no

pensamento técnico, apontando, inclusive, interferências na autocompreensão ética dos indivíduos (HABERMAS, 2001, p. 56). Reflete o autor que

As estruturas do mundo da vida carregadas de tecnologia exigem de nós, laicos, agora como antes, a relação inocente com aparelhos e dispositivos enigmáticos, uma confiança habitual no funcionar de técnicas e comutadores *opacos* [*undurchschaut*]. Em sociedades complexas todo especialista torna-se um laico diante de todos os demais especialistas. Já Max Weber descreveu aquela 'inocência secundária' que não nos abandona no manejo do rádio transistor e do celular, da calculadora, do vídeo ou *laptop* – ao manipular aparelhos eletrônicos familiares em cuja fabricação aplicou-se o saber acumulado de muitas gerações de cientistas. Apesar das reações de pânico diante das informações sobre os perigos e dos casos de pane, essa assimilação pelo mundo da vida do incompreendido que se torna familiar é abalada, apenas provisoriamente, pela dúvida alimentada pelos jornais quanto à confiabilidade no saber dos especialistas e na tecnologia avançada. A crescente consciência do perigo não desestabiliza a rotina quotidiana (HABERMAS, 2001, p. 57).

Em derradeira consideração sobre o racionalismo clássico puro sobre a consciência conceitual da humanidade e da dignidade assumida por cada pessoa funciona como uma compensação ao ideal aristotélico da pessoa racional e dominadora das suas emoções e sentimentos. Grande parte do sentido da vida, principalmente quando se foca na terminalidade, encontra-se no mistério sobre a razão primeira da existência humana.

Nesse sentido, ressalta-se que o objetivo dessas considerações não é a destruição dessa dimensão racional da essência humana, mas o revés, em razão da sua evidente função no progresso técnico e científico que garante a melhoria diuturna na qualidade de vida, procura-se oferecer um equilíbrio com as outras dimensões da humanidade do ser. Por isso que se retoma uma reflexão sobre a importância do relacionamento interpessoal, da capacidade de alteridade e dos sentimentos para a compreensão da dignidade em cada ser humano.

Isto é, cada ser se realiza ao passo que reconhece e é reconhecido pelo outro, não superando e aniquilando a razão, mas sim a utilizando para compartilhar e não isolar. Gadamer assim demonstra a importância das emoções e da racionalidade para compreensão do outro

Como aí se pode alcançar o compreender e ao final até o consenso no plano prático ou também no diálogo pessoal ou teórico, pode bem ser um símbolo do fato que, também onde parecer faltar a linguagem,

pode alcançar-se o entendimento mediante a paciência, a sensibilidade, a simpatia e a tolerância, e mediante a confiança incondicional na razão que todos nós partilhamos. Nós vivenciamos continuamente que, também entre temperamentos diferentes e de opiniões políticas diferentes, o diálogo é possível (GADAMER, 2000, p. 140).

Dentro desse viés emocional reside a segunda visão proposta por Ademardo Serafim de Oliveira (1993, p. 122-123) sobre o que é a pessoa: a dimensão religiosa ou espiritual. De acordo com ele, a compreensão ocidental da essência da dignidade humana na seara religiosa se oriunda da filosofia judaico-cristã e suas derivações. Dessa forma, a ideia de humanidade e pessoalidade se vincula à origem divina do ser humano, isto é, a imagem e semelhança de Deus (OLIVEIRA, 1993, p. 122). A ideia religiosa sobre o humano reside, fundamentalmente, na transcendência da natureza em razão da sua dimensão espiritual, explicação para sua singularidade.

Em contraste com a percepção da existência por um olhar científico-tecnista, a visão religiosa vem oferecer um significado e uma expressividade para a vida humana<sup>19</sup> e, de certa forma, aliviar a angústia provocada pela existência finita tensionada pela constância infinita do tempo. Em síntese

Para a tradição judeu-cristã, o homem é tido como um fim em si mesmo e jamais deve ser usado como um mero meio. Sua consciência está sempre lhe lembrando que ele deve e é capaz de produzir o bem, pois o bem é aquilo que tem valor para a pessoa. A distinção entre o certo e o errado é uma distinção factual, e não simplesmente uma questão de opinião, tradição ou costume. O homem é uma criatura de possibilidades quase ilimitadas para o bem ou para o mal. Em sua fraqueza ele pode cair ao nível dos animais e viver como um deles, mas na sua força ele pode erguer-se até as maiores alturas. O homem tem liberdade moral e responsabilidade. O fim último do homem é, na tradição judeu-cristã, a sua entrega a Deus (OLIVEIRA, 1993, p. 123).

---

<sup>19</sup> Segundo Ademardo Serafim de Oliveira: “Essa compreensão do homem [a religiosa] o coloca em um Universo repleto de significado e expressividade. O homem é uma expressão da inteligência e do propósito moral presente no Universo. Ele transcende as condições naturais da vida; não se torna plenamente pessoa até o momento em que ele devota e se entrega inteiramente ao conhecimento de Deus. O homem é, por natureza, imperfeito e, assim, capaz de resistir ao chamado para a livre obediência e companheirismo com Deus. Sua conduta moral o leva à prática da injustiça e o faz um ser egoísta e orgulhoso. Uma conduta injusta é aquela em que certos privilégios ou ‘segurança’ são conseguidos às expensas dos outros. Orgulho, que é a tentativa humana de usurpar o lugar de Deus, é visto como um desejo insaciável por poder e glória. O orgulho do homem pode ser o orgulho dos seus conhecimentos ou mesmo o de suas virtudes. O homem cai nestes erros quando ele recusa fazer de Deus o centro de sua existência. O Ser não-teocêntrico se transforma naturalmente em um Ser egocêntrico” (OLIVEIRA, 1993, p. 122).

Essas potencialidades humanas representadas pelas possibilidades ilimitadas que o ser lançado no mundo assume no processo de se tornar humano fazem sentido ao se falar em uma morte digna ante a finitude da impossibilidade de transformar o ser. Em outras palavras, o morrer é o ser definitivo, obra completa e acabada de uma existência em que foi capaz de construir sua personalidade e dar significado à dignidade humana.

Sérgio Alves Gomes (GOMES, 2008, p. 60) entende a essência do ser humano justamente na autodeterminação racional diante às infinitas possibilidades que a vida impõe a ele e, cuja decisão de assumir uma delas responsabilmente na construção do seu ser lhe cabe. De certa forma, a essência da humanidade, da consubstanciação da característica de pessoa no animal humano repousa na sua capacidade de escolha e autodeterminação.

O autor destaca, contudo, que o ser humano pode assumir possibilidades construtivas ou destrutivas (GOMES, 2008, p. 60), à semelhança da concepção religiosa da essência humana entre a devoção à Deus e ao pecado das paixões mundanas. Nas palavras do autor, serão

*Construtivas* quando realizam potencialidades criadoras de um desenvolvimento contínuo do *ser humano*, num convívio em que prepondere a harmonia entre os sujeitos envolvidos nas miríades de relações intersubjetivas possíveis. Convívio este que se torna frutífero e realizador para todos os sujeitos envolvidos na construção de um ambiente social adequado à *natureza* de que são dotados e capaz de atender às especificidades configuradoras de cada sujeito como um *ser único e diferente*, embora *semelhante* a todos os demais. *Destrutivas* quando preponderam as tendências negativas do ser humano, isto é, aquelas que se contrapõem ao desabrochar de suas potencialidades e o conduzem à frustração, à 'perda de si mesmo', pela não realização do *projeto* em que consiste toda pessoa quando chega ao mundo. Ninguém é mais dependente de cuidados do que o ser humano, já desde a concepção. E, quando vem à luz, evidencia pelo seu modo de ser que tudo nele carece de evolução, a começar por sua dimensão física (GOMES, 2008, p. 60 – grifos no original).

Essa visão hermenêutico-filosófica da essência do ser humano em razão das suas possibilidades, ou seja, da própria formação da sua individualidade e personalidade importa para uma ideia de dignidade humana em razão do segundo grande giro provocado pela filosofia religiosa cristã. A fundamentação dessa filosofia repousa justamente na individualidade e nas alternativas de escolha das filosofias de vida adotadas e suas conseqüentes possibilidades destrutivas ou construtivas. A

função da dignidade aqui é justamente oferecer um parâmetro para que as possibilidades de uma pessoa não sejam destrutivas para outra em aspectos essenciais da existência, como vivenciar a finitude com dignidade e de acordo com a personalidade do paciente.

Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 112) afirma que o cristianismo foi responsável por conceber a ideia de dignidade pessoal corporificada em cada indivíduo. Essa ideia da pluralidade de possibilidades de cada ser humano também busca fundamento no livre arbítrio religioso e, de certa forma, este pode ser entendido como uma reformulação da visão racional do ser humano dentro da tradição judaico-cristã.

Segundo a autora, o pensamento cristão contribuiu para construção do conceito de dignidade humana sob dois fundamentos: “o homem é um ser originado por Deus para ser o centro da criação; como ser amado por Deus, foi salvo de sua natureza originária através da noção de liberdade de escolha, que o torna capaz de tomar decisões contra o seu desejo natural” (MORAES, 2006, p. 113). Talvez essa aproximação ao racionalismo clássico seja oriunda do resgate feito por São Tomás de Aquino da tradição racionalista aristotélica refletida em Boécio, moldando-a ao mistério da Trindade e caracterizando o homem como “substância individual de natureza racional” (MORAES, 2006, p. 113).

A última perspectiva sobre a essência humana e a sua dignidade apresentada por Ademardo Serafim de Oliveira (1993, p. 123). é a científica, diametralmente oposta à percepção religiosa e descolada de qualquer valor moral ou filosófico. Neste ponto já é possível se vislumbrar uma incompatibilidade com o delineamento teórico aqui traçado desde o início em razão da dissociação com os valores ético e morais – fundamento do direito civil constitucionalizado e das escolas pós-positivistas; além da base ética das declarações de direitos humanos e da abstração filosófica da principiologia que envolve o tratamento jurídico da dignidade humana – e, por consequência, do alijamento de influências emocionais e sentimentais na concepção de dignidade. A completude de uma pessoa não pode ser simplificada às suas funções expressas pela ciência estrita – pelas funções biológicas – e tampouco sobre aspectos comportamentais e psicológicos, desconsiderando as dimensões sentimentais e espirituais.

Nessa interpretação sobre o ser humano, a sua existência e a sua atuação devem ser entendidas estritamente em razão das determinações das leis da física e

da química, sendo, portanto, a mais complexa forma de vida existente (OLIVEIRA, 1993, p. 123). Contudo, ao deixar de lado a dimensão espiritual e moral do ser humano, a interpretação científica da essência humana deixa de lado o que talvez seja o mais importante traço distintivo da pessoa: a construção da sua personalidade, da sua cultura e da sua liberdade de escolha entre as inúmeras possibilidades nos mais diversos projetos de vida.

Essa constatação vem ao encontro da visão científica moderna proposta pelo behaviorismo ao passo que essa interpretação psicológica da pessoa nega qualquer essência humana ao ser (OLIVEIRA, 1993, p. 124). Em uma percepção mecânica, “o behaviorista, na maior parte das vezes, vê o homem como um robô, já que todos os homens são naturalmente equipados com o mesmo potencial para virem a ser manipulados e ‘ajustados’ aos mesmos valores e padrões do mundo ao seu redor” (OLIVEIRA, 1993, p. 124).

É precisamente contra essa manipulação à uma cultura individualista, massificada e despersonalizante que uma interpretação da essência humana segundo a autodeterminação individual e a pluralidade deve ser densificada e defendida. Isto é, deve-se defender a possibilidade de todo ser humano viver e morrer conforme suas concepções de uma vida e morte digna, desde que com isso não anule a dignidade de outrem.

Hannah Arendt (2007) parte de uma ideia de humanidade condicionada nas suas reflexões filosóficas sem, contudo, submeter a pessoa a uma objetificação mecanicista nos moldes anteriormente destacados. A análise proposta por Hannah Arendt sobre a essência humana e, portanto, da base da dignidade, se pauta pelo racionalismo e pela tensionamento entre as possibilidades de vida que propulsionam o desenvolver humano. Isto é, embora as pessoas sejam de fato condicionadas às circunstâncias ambientais e culturais do espaço e da sociedade em que nasceram, em razão da sua potencialidade de agir e se construir, elas também se autocondicionam. Afirma Hannah Arendt (2007, p. 17) que

Além das condições nas quais a vida é dada ao homem na Terra e, até certo ponto, a partir delas, os homens constantemente criam as suas próprias condições que, a despeito de sua variabilidade e sua origem humana, possuem a mesma força condicionante das coisas naturais. O que quer que toque a vida humana ou entre em duradoura relação com ela, assume imediatamente o caráter de condição da existência humana. O impacto da realidade do mundo sobre a

existência humana é sentido e recebido com força condicionante. A objetividade do mundo – o seu caráter de coisa ou objeto – e a condição humana complementam-se uma à outra; por ser uma existência condicionada, a existência humana seria impossível sem as coisas, e estas seriam um amontoado de artigos incoerentes, um não-mundo, se esses artigos não fossem condicionantes da existência humana.

Essa força condicionante e mutável de acordo com cada existência humana é fruto de outro conceito fundamental para o entendimento da filosofia de Hannah Arendt, qual seja, a ideia de *vita activa*. Conforme Hannah Arendt (2007, p. 191)

O fato de que o homem é capaz de agir significa que se pode esperar dele o inesperado, que ele é capaz de realizar o infinitamente improvável. E isto, por sua vez, só é possível porque cada homem é singular, de sorte que, a cada nascimento, vem ao mundo algo singularmente novo. Desse alguém que é singular pode-se dizer, com certeza, que antes dele não havia ninguém. Se a ação, como início, corresponde ao fato do nascimento, se é a efetivação da condição humana da natalidade, o discurso corresponde ao fato da distinção e é a efetivação da condição humana da pluralidade, isto é, do viver como ser distinto e singular entre iguais.

Em um aprofundamento dessas considerações, pode-se buscar um conceito de dignidade humana que seja mais ou menos aberto com a finalidade de abarcar a pluralidade de projetos de vida, no sentido da capacidade de reconhecer que as compreensões sobre o viver e o morrer de cada pessoa dão significado fático à sua vida. Isto é, a dignidade humana não é passível de uma conceituação concreta, mas reside na possibilidade de que cada pessoa possa realizar seu projeto de vida individual sem anular os projetos de vida dos outros, que as possibilidades inerentes à condição humana sejam possibilidades construtivas.

Nesse contexto de potencialidades da atuação humana peculiares à essência humana e à proteção resultante da tutela constitucional da dignidade humana que deve se lançar a sua conceituação. O aspecto convivencial outrora demonstrado se revela nas dimensões da solidariedade e da alteridade da dignidade humana na tutela jurídica das diferentes filosofias do viver e do morrer.

Não obstante a individualidade e as escolhas feitas dentro das infinitas possibilidades inexoráveis à essência humana serem fundamentais no processo de solidificação da personalidade de cada pessoa, exige-se certa cautela para não se conduzir a um racionalismo individualista egocêntrico em um movimento de

isolamento dos indivíduos em si mesmo a pretexto de uma proteção distorcida dispensada pela dignidade humana <sup>20</sup>. Sergio Alves Gomes já asseverava que “nenhuma genialidade poderia manifestar-se no isolamento. Ela ocorre no contexto de uma época e no âmbito de certa cultura, conforme registra a história” (GOMES, 2008, p. 77). No mesmo sentido, Ana Carolina Brochado Teixeira destaca a importância da intersubjetividade <sup>21</sup> para construção da dignidade

Porque o ser humano só se faz digno se tratado com igualdade pela sociedade e por seus pares, ou seja, sem discriminação por suas escolhas, sejam elas quais forem, sendo-lhe resguardado o direito de ser diferente; a pessoa só constrói sua autonomia na interação com o outro, na troca de experiências, no processo dialético do seu amadurecimento e aprendizado de vida, pois, afinal, são nesses espaços de intersubjetividade que ela edifica sua personalidade (TEIXEIRA, 2018, p. 98).

Hans-Georg Gadamer demonstra a importância do diálogo pela resultante do choque entre duas personalidades singulares que se reconhecem e se compreendem, compreendido na dimensão da solidariedade que a dignidade humana apresenta:

E é verdade que cada ponto de vista humano tem em si algo de acidental. O modo como cada experiência, o mesmo mundo ao vê-lo, ouvi-lo e sobretudo saboreá-lo permanece o seu segredo próprio ineliminável. ‘Quem pode indicar um odor com o dedo?’ (Rilke). Como nossa percepção sensível do mundo é privada de um modo ineliminável, assim também os nossos impulsos e interesses nos individualizam, e a razão, que é comum a todos e capaz de detectar o que é comum a todos, se mostra impotente ante às ilusões que a nossa singularidade nutre em nós. Por isso, o diálogo com o outro, suas objeções ou sua aprovação, sua compreensão ou também seus mal-entendidos significam um modo de ampliação da nossa singularidade e um experimentar da possível comunhão à qual a razão nos encoraja (GADAMER, 2000, p. 133).

---

<sup>20</sup> Sergio Alves Gomes lembra que a única interpretação possível da dignidade humana para uma vida autônoma é aquela que permita que “esta seja vivida de modo correspondente à dignidade inerente a todo ser humano. Para isso, só há um modelo de sociedade viável e coerente com a busca de compatibilização entre as múltiplas liberdades conflitantes: é o modelo de sociedade que adota os valores democráticos como lema para reger a convivência humana, tanto no âmbito local ou regional como global. Isso porque, somente no seio deste tipo de sociedade pode o ser humano ser visto e compreendido como *ser social de múltiplas dimensões* e equivalentes *necessidades*. Um ser que traz em si, juntamente com suas tantas incertezas, uma miríade de *possibilidades*” (GOMES, 2008, p. 81).

<sup>21</sup> Hans-Georg Gadamer lembra que “quando duas pessoas se encontram e se comunicam entre si, e não são sempre como que dois mundos, duas perspectivas de mundo e duas imagens de mundo se confrontam” (GADAMER, 2000, p. 133).

Em um contexto histórico associado ao nascimento do conceito contemporâneo de dignidade humana originário no período pós-II Guerra Mundial e de elaboração dos grandes documentos de direitos humanos, a dimensão da solidariedade da dignidade humana ganhou nova repercussão. Nos dizeres de Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 139)

De fato, uma parcela relevante do que acontece em nossos dias teve origem nos efeitos da criação e da assimilação do conceito de 'humanidade', elaborado para dar resposta aos crimes praticados no período de 1933 a 1945, pelo regime nazifascista. Foi a noção de 'crime contra a humanidade', até então inexistente, que possibilitou que se começasse a pensar na humanidade como uma coletividade, merecedora, enquanto tal, de proteção jurídica. (...) Na expressão de um civilista francês, a humanidade se apresenta como o conceito jurídico adequado para combater todas as formas de barbárie moderna, originadas pelo Estado ou pela tecnociência.

No cenário das discussões sobre a morte digna, as ameaças à dignidade se originam na abordagem puramente técnica pela medicina da pessoa do doente ou da imposição a ele de uma visão do consciente coletivo ou de outro indivíduo do que seria morrer com dignidade. A resposta interdisciplinar à essas ameaças se fundamentam essencialmente em um conceito elástico da dignidade humana para permitir uma tutela ampla por meio desse macroprincípio de toda a complexidade e integralidade do ser humano.

É nesse sentido que a médica Ana Claudia Quintana Arantes (2019, p. 76) enxerga a realização da dignidade humana:

o ser humano, quando cuidado com dignidade e respeito até os momentos finais e, consciente da sua finitude, se constrói até a morte definitiva. Isto é, a gente está 'sendo', e a completude de 'ser' humano só se dá quando sabemos qual é a finalização desse processo. Cada um de nós se organiza, se descobre, se realiza para ser humano até o dia em que a morte chega.

Em um viés personalista, Anderson Schreiber (2014, p. 6) reconduz a dignidade à personalidade em razão de um do seu aspecto objetivo. Segundo o autor, a personalidade objetivamente analisada deve ser entendida "como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico". A dignidade humana se expressa na

personalidade justamente como um dos atributos da pessoa e da sua centralidade na proteção dispensada pelo ordenamento jurídico.

Assim como a dignidade, uma primeira ideia dos direitos da personalidade se oriunda dos eventos ocorridos no período das grandes guerras e o contexto que se sucedeu. Principalmente em razão das atrocidades do holocausto nazista, da utilização da bomba atômica no interregno breve entre 1914 e 1945 (SCHREIBER, 2014, p. 6). A importância desses eventos históricos para os contornos do princípio da dignidade humana – fala-se em contornos aqui em razão de não se poder dar um conceito finalizado do que seria a dignidade humana, pois se entende que ele está em construção de forma ininterrupta e diuturna – se relaciona ao fato de transparecer por meio da repercussão dessas desumanidades “uma sensação tão generalizada de fragilidade”, de forma que, “em toda parte, despertaram os anseios por uma nova ordem de valores, apta a proteger a condição humana na sua redescoberta vulnerabilidade” (SCHREIBER, 2014, p. 6).

Segue o autor dizendo que “a dignidade humana tem sido o valor-guia de um processo de releitura dos variados setores do direito, que vão abandonando o liberalismo e o materialismo de outrora em favor da recuperação de uma abordagem mais humanista e mais solidária das relações jurídicas” (SCHREIBER, 2014, p. 8). E finaliza com um conceito nos seguintes moldes

a dignidade humana é o valor-síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana. Seu conteúdo não pode ser descrito de modo rígido; deve ser apreendido por cada sociedade em cada momento histórico, a partir de seu próprio substrato cultural. (...) A dignidade humana não consiste em um conceito de aplicação matemática. A própria percepção do que é ou não é essencial ao ser humano varia conforme a cultura e a história de cada povo, e também de acordo com as concepções de vida de cada indivíduo (SCHREIBER, 2014, p. 8).

Anderson Schreiber (2014, p. 8) adverte que, a despeito da elasticidade do conceito de dignidade humana necessário para sua aplicabilidade, deve-se ter um critério de ponderação. O alerta por ele feito tem pertinência para não se conduzir à banalização do próprio princípio, com malabarismos e elasticsmentos demasiados para justificar qualquer situação. Por isso, o próprio conceito por ele dado leva em

consideração aspectos culturais e históricos<sup>22</sup> como valores de referência daquilo que seria ou não aceito pelo Direito, mas também com as concepções individuais de cada pessoa.

Bruno Miragem (2021, p. 89) ao analisar o conceito jurídico de pessoa destaca a influência filosófica kantiana no ordenamento jurídico contemporâneo, em razão do imperativo categórico de não instrumentalização de nenhum homem. Assevera que essa filosofia exerceu influência até na personalização do direito civil e da sua aproximação com a Constituição (MIRAGEM, 2021, p. 89). Sintetiza o autor que

A compreensão kantiana da pessoa como fim e detentora de dignidade, estará no centro da compreensão atual da proteção da pessoa como finalidade do direito e, por isso, centro do ordenamento jurídico atual. É esta noção de intangibilidade da pessoa, e seu reconhecimento jurídico por intermédio da proteção dos direitos humanos, que repercute no direito privado, dando causa ao que se reconhece como a personalização do direito civil, marcado pela maior vinculação entre o direito privado e a Constituição.

---

<sup>22</sup> Ingo Wolfgang Sarlet (2021, p. 117) destaca o percurso histórico da dignidade humana: “juntamente com a Constituição de Weimar (1919), a Constituição portuguesa de 1933 e a Constituição da Irlanda (1937), a Constituição brasileira de 1934 se situa entre as poucas que fizeram expressa referência à dignidade (da pessoa) humana antes da viragem provocada pela Segunda Guerra Mundial, quando, como reação às graves e invidáveis atrocidades cometidas especialmente pelos regimes totalitários, tanto a Declaração dos Direitos Humanos da ONU (1948) quanto uma série de constituições nacionais, com destaque para a Lei Fundamental da Alemanha (1949), passaram a proclamar e garantir a dignidade da pessoa humana, incluindo a Constituição Federal brasileira de 1988, que justamente constitui o objeto da presente análise. Por outro lado, assim como a dignidade humana ganhou em representatividade e importância no cenário constitucional e internacional, portanto, numa perspectiva tanto quantitativa quanto qualitativa, também se verificou, no plano da literatura (e não apenas no campo do direito) e da jurisprudência, uma crescente tendência no sentido de enfatizar a existência de uma íntima e, por assim dizer, indissociável ligação entre dignidade da pessoa humana e os direitos humanos e fundamentais reconhecidos e protegidos na esfera do direito internacional e do direito constitucional, muito embora não exista – precisamente em virtude do relativamente recente reconhecimento da dignidade humana como valor de matriz constitucional! – na perspectiva da evolução histórica do constitucionalismo, uma relação necessária entre direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Por tal razão, também é verdadeiro que, na quadra atual da trajetória do Estado Constitucional, o reconhecimento da íntima e indissociável vinculação entre a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos e fundamentais e a própria Democracia, na condição de eixos estruturantes deste mesmo Estado Constitucional, constitui um dos esteios nos quais se assenta tanto o direito constitucional quanto o direito internacional dos direitos humanos. Nessa perspectiva, tal a expansão e a trajetória vitoriosa da dignidade humana no âmbito da gramática jurídico-constitucional contemporânea, que chegou ao ponto de afirmar que “o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano”. Tal abertura, mas também e de certo modo o “diálogo” propiciado pelo amplo reconhecimento da dignidade como princípio jurídico fundamental, guarda relação com a expansão universal de uma verdadeira “crença” na dignidade da pessoa humana que, por sua vez, também pode ser vinculada aos efeitos positivos de uma globalização jurídica”.

Nesse mesmo diapasão, Ingo Wolfgang Sarlet (2021, p. 121) estabelece que

Com efeito, verifica-se que na sua atuação como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade constitui o fundamento e conteúdo de direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a ameaças e riscos, no sentido de posições subjetivas que têm por objeto a não intervenção por parte do Estado e de terceiros no âmbito de proteção da dignidade. Como tarefa o reconhecimento jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana implica deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção, sem prejuízo da existência de deveres fundamentais da pessoa humana para com o Estado e os seus semelhantes. (...) Com efeito, verifica-se que na sua atuação como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade constitui o fundamento e conteúdo de direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a ameaças e riscos, no sentido de posições subjetivas que têm por objeto a não intervenção por parte do Estado e de terceiros no âmbito de proteção da dignidade. Como tarefa o reconhecimento jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana implica deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção, sem prejuízo da existência de deveres fundamentais da pessoa humana para com o Estado e os seus semelhantes.

Essa concepção da dignidade no sentido de proteção de posições subjetivas serve de inspiração para o movimento de repersonalização do direito civil, bem como da superação dos conceitos clássicos de relação jurídica dentro da teoria geral do negócio jurídico, com a ideia de situações subjetivas existenciais a serem exploradas no próximo capítulo. As posições subjetivas também têm relevo no recorte da terminalidade da vida e do morrer com dignidade ao passo que a ideia da morte digna diz respeito única e exclusivamente a quem irá vivenciá-la.

Nesta senda, Dworkin (2009, p. 337) pondera que

Uma pessoa se preocupa com seus interesses críticos porque lhe parece ser importante o tipo de vida que tem levado; importante por si mesmo e não simplesmente pelo prazer experiencial que o fato de levar uma vida valiosa (ou de acreditar em seu valor) poderia ou não tê-la levado a sentir. Quero agora sugerir que o direito de uma pessoa a ser tratada com dignidade é o direito a que os outros reconheçam

seus verdadeiros interesses críticos: que reconheçam que ela é o tipo de criatura cuja posição moral torna intrínseca e objetivamente importante o modo como sua vida transcorre. A dignidade é um aspecto central do valor que examinamos ao longo de todo este livro: a importância intrínseca da vida humana.

Esclareça-se com as próprias palavras do autor que a “importância intrínseca da vida humana” cuja defesa por ele é feita não quer dizer a aspectos quantitativos de vida e nem à uma obrigação de viver a qualquer custo pelo uso da tecnologia contemporânea:

Uma vida boa não precisa ser especialmente reflexiva; em sua maioria, as vidas mais proveitosas são aquelas que foram vividas, não as que resultaram de projetos e fórmulas. (...) São convicções dignas de respeito [as convicções pessoais sobre o viver e o morrer], e os que as defendem devem viver e morrer de acordo com o que defendem. (...) O maior insulto à santidade da vida é a indiferença ou a preguiça diante de sua complexidade (DWORKIN, 2009, p. 343).

Esses são os contornos da dignidade humana na defesa da plenitude da existência. Restou demonstrado que um conceito jurídico inflexível da dignidade humana não atende e jamais será capaz de atender às diversas situações subjetivas existenciais em razão da complexidade da vida. Assim, um esboço de conceito de dignidade para fins deste trabalho seria um valor universal peculiar à espécie humana que, individualizado, permite que seja possível a cada pessoa construir o seu ser e o seu vir a ser durante toda existência e, portanto, que a morte seja o último elemento para tornar o ser completo, em coerência com aquilo que ele foi e agora será na constância do tempo.

### 2.1.1 A Ortotanásia

A ortotanásia se relaciona diretamente com a plenitude da existência graças a sua abordagem voltada para a pessoa do paciente dentro do curso natural da vida, isto é, quando a pessoa se encontra já em estado de terminalidade, a ortotanásia vem para permitir somente tratamentos adequados para garantir conforto e a evolução natural do mal grave e incurável que a ela afeta. Segundo Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel (2010, p. 240), a ortotanásia se caracteriza por ser uma prática onde a morte não é

combatida com os métodos extraordinários e desproporcionais utilizados na distanásia, nem apressada por ação intencional externa, como na eutanásia. É uma aceitação da morte, pois permite que ela siga seu curso. É a prática sensível ao processo de humanização da morte, ao alívio das dores e não incorre em prolongamentos abusivos com a aplicação de meios desproporcionados que imporiam sofrimentos adicionais (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 240).

Luciana Dadalto relembra o conceito de ortotanásia de Oscar E. Garay (apud DADALTO, 2019, p. 5) que por sua precisão merece ser citado, onde se tem uma “morte que não se busca (pois o que se pretende é humanizar o processo de morrer, sem prolongá-lo abusivamente) nem se provoca (já que resultará da própria enfermidade de que o sujeito padece)”.

A ortotanásia se vincula com a proteção da personalidade dos pacientes em virtude de permitir que cada pessoa tenha considerada sua concepção de dignidade. Em outras palavras, por permitir que seja reconhecida a autonomia do paciente em morrer de acordo com aquilo que ele defendeu em vida, por um curso natural e em consonância com a sua personalidade, sem o reduzir a números estatísticos das funções vitais ou mero objeto de aplicação de tecnologia.

A dignidade se associa ao processo de morrer pelas razões expostas no tópico anterior, em destaque à afirmação de Dworkin (2009, p. 337) que a vida é importante em si desde que vivida sem preguiça e, a morte completa e dignifica esse interregno existencial quando se morre de acordo com o que se viveu. O santificar da vida, nos termos dworkinianos pode ser entendido justamente no sentido de permitir que a vida daquela pessoa transcorra de acordo com os seus interesses críticos e, por consequência, siga um curso natural e tranquilo.

A ideia de plenitude da existência se realiza quando se reconhece o valor intrínseco daquela vida humana que está prestes a se findar e, nesse sentido, permite-se que o ocaso seja vivido de acordo com esses valores. De certa forma, a ortotanásia consubstancia a máxima realização da autonomia e da liberdade, dimensões imbricadas na dignidade humana por autorizar um encarar da morte mais ou menos flexível, à semelhança da elasticidade inerente ao princípio da dignidade humana. Nesse sentido, a plenitude da existência pode expressar uma dimensão dessa dignidade na autonomia, nas palavras de Cleber Affonso Angeluci (2019, p. 41), pois

cada ser-no-mundo deve ter respeitado seu projeto de vida, sua concepção de existir, permitindo-se, com isso, a máxima expressão da

peessoa como ente dotado de aptidão para criar a sua própria história, deixando gravados os tons de sua aquarela mundana, respeitando sua crença, seus dogmas, enfim, os sinais da sua própria diferença que ao fim e ao cabo permitem a busca pela igualdade.

O autor menciona a igualdade no fim dos projetos existenciais por ser o destino inexorável que todos irão chegar, tenha sido a vida bem vivida ou não. O que importa, de fato, é garantir que essas pessoas tenham o mínimo de cuidado e respeito pelas suas concepções existenciais e pelo significado que dão ao seu viver e morrer. Afirma Cleber Affonso Angeluci (2019, p. 48) que

Na existência humana, é necessário consciência, no final não há feridos, nem sobreviventes; a existência é, de fato, uma aventura, um salto ao desconhecido, cuja única certeza é o seu fim: a morte. Talvez a morte seja, para o direito, o melhor e mais efetivo exemplo de igualdade, afinal todos, sem qualquer exceção, são por ela encontrados em determinado momento.

O Manual sobre os Direitos dos Pacientes para a Equipe de Saúde da Argentina (2020) relaciona o morrer com dignidade e a ortotanásia precisamente por garantir que todo paciente terá suas convicções pessoais respeitadas e a ele não será imposto nenhum tratamento ou técnica que reduza a sua qualidade de vida e a potência do seu ser. Nos dizeres do manual argentino

A morte digna tem o sentido de ‘morte a seu tempo’ (ortotanásia), sem abreviações taxativas (eutanásia) nem prolongações irrazoáveis (distanásia) do processo de morrer, concretizando-se essa morte correta mediante a abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento fútil, extraordinário ou desproporcional ante a iminência da morte do paciente – morte a qual não se busca (pois o se pretende é humanizar o processo de morrer, sem o prolongar abusivamente) nem a provocar (já que resultará da própria enfermidade que o sujeito padece) – até mesmo dos tratamentos relativos a eventuais complicações agudas, é necessário uma ponderação quando o prognóstico seja de irreversibilidade e sempre que o paciente moribundo não tenha que sofrer dor, outros sintomas, nem sobretudo, fome e sede. A situação ideal que hoje a medicina tem que integrar são o duplo valor da vida humana e o direito de morrer dignamente. Assim se acode de todas as medidas razoáveis – respiração assistida, alimentação pelas vias aconselháveis, a posição mais cômoda possível na cama, o uso de antibióticos etc. –, mas não ao encarniçamento terapêutico<sup>23</sup> que nesse momento somente dariam

---

<sup>23</sup> A expressão “encarniçamento terapêutico” é a expressão hispânica da “obstinação terapêutica” da língua portuguesa.

uma remota esperança de sobrevida com pouca qualidade (ARGENTINA, 2020, p. 77-78).<sup>24</sup>

A situação no Brasil caminha em direção a ortotanásia, apesar de ainda haver uma tendência para prática da distanásia. Embora não haja normas de direito tratando sobre o tema, o CFM já começava a direcionar a classe médica ao reconhecimento da ortotanásia como uma forma de morte digna e em atenção às convicções dos pacientes. Apesar de não utilizar diretamente o termo ortotanásia, a Resolução 1.805 de 2006 do CFM, em seu art. 1º dispõe que “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” (CFM, 2006).

O Código de Ética Médica (CFM, 2019) aparentemente apresenta uma certa contradição entre as vedações do art. 32 e dos artigos 24 e 41, parágrafo único, com as seguintes redações:

É vedado ao médico:

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de promoção de saúde e de prevenção, diagnóstico e tratamento de doenças, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

Art. 41, Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

---

<sup>24</sup> No original: “La muerte digna tiene el sentido de “muerte a su tiempo” (ortotanasia), sin abreviaciones tajantes (eutanasia) ni prolongaciones irrazonables (distanasia) del proceso de morir, concretándose esa muerte “correcta” mediante la abstención, supresión o limitación de todo tratamiento fútil, extraordinario o desproporcionado ante la inminencia de la muerte del/la paciente —muerte a la que no se la busca (pues lo que se pretende es humanizar el proceso de morir, sin prolongarlo abusivamente) ni se la provoca (ya que resultará de la propia enfermedad que el sujeto padece)— aún de los tratamientos relativos a eventuales complicaciones agudas, temperamento que se justifica cuando el pronóstico sea de irreversibilidad y siempre que el/la paciente muriente no haya de sufrir dolor, otros síntomas, ni sobre todo, hambre ni sed. La situación ideal a que hoy tiende la medicina es la de integrar el doble valor de vida humana y el derecho a morir dignamente. Así, se acude a todas las medidas razonables — respiración asistida, alimentación por las vías aconsejables, posición lo más cómoda posible en la cama, uso de antibióticos, etc. —, pero no al encarnizamiento terapéutico que en ese momento sólo darían una remota esperanza de sobrevida apenas de calidad mínima” (ARGENTINA, 2020, p. 77-78).

Os artigos 41, parágrafo único e 24 têm uma orientação clara para a aplicação ética da ortotanásia, em que pese, mais uma vez, não utilizar diretamente o termo. Contudo, a vedação do art. 32 parece dar espaço para uma prática distanásica, enraizada na cultura bioética brasileira demonstrada por Leo Pessini (2004, p. 40-41)<sup>25</sup> e com reflexos na população em geral, que tem uma certa tendência em optar pelo prolongamento da vida, ainda que a custo de uma qualidade de vida baixa.

Em um estudo realizado pelo Instituto Kaiser em 2017 (HAMEL; WU; BRODIE, 2017, p. 7), os pesquisadores fizeram a seguinte pergunta aos entrevistados: “O que você pensa ser mais importante nos cuidados de saúde no fim da vida das pessoas?”<sup>26</sup>; obtendo as seguintes respostas: 50% da população brasileira prioriza o prolongamento da vida o máximo possível, contra 42% que priorizam o morrer sem dor, desconforto ou estresse; 3% optariam, paradoxalmente, por ambos; e 4% não tem certeza ou não responderam. Em comparação, no Japão as estatísticas obtidas foram, respectivamente, 9%, 82%, 1% e 5; na Itália 13%, 68%, 7% e 10%; por fim, nos Estados Unidos 19%, 71%, 1% e 7% (HAMEL; WU; BRODIE, 2017, p. 7).

Talvez essa discrepância possa ser relacionada às reflexões de Ana Cláudia Quintana Arantes (2019, p 186-187) da imaturidade do brasileiro em lidar com a morte e das influências culturais da população que formou a sociedade brasileira, oriunda de imigrantes que fugiram da guerra e da miséria. Também se pode dizer que faz parte do imaginário brasileiro o jeitinho de driblar as dificuldades e viver com esperança de dias melhores, a morte fica para depois. Porém a que custo humanitário?

O resultado brasileiro demonstra um aspecto paradoxal quando confrontado com o que as pessoas pensam ser extremamente importante acerca da própria morte. No mesmo estudo (HAMEL; WU; BRODIE, 2017, p. 8), o item mais

---

<sup>25</sup> Apesar de já citado anteriormente, reitere-se as considerações de Leo Pessini (2004, p. 40-41): “No Brasil, a tradição da ética médica codificada tem a tendência de respaldar intervenções distanásicas. Por exemplo, um dos primeiros códigos brasileiros de ética médica, o de 1931, reprovava a eutanásia “porque um dos propósitos mais sublimes da Medicina é sempre conservar e prolongar a vida” (art. 16/31). Se aceitamos que a finalidade da medicina “é sempre conservar e prolongar a vida” – e os códigos subsequentes também vão nessa mesma direção – estaremos claramente deitando as raízes da justificação da distanásia com seu conjunto de tratamentos que não deixam a pessoa, na fase final da vida, morrer em paz”.

<sup>26</sup> No original: “Which do you think should be more important when it comes to health care at the end of people’s lives?”

importante para os brasileiros no momento da sua própria morte é estar em paz espiritualmente (40%) – o que demonstra a importância da dimensão espiritual no morrer com dignidade; em segundo lugar, estar confortável e sem dor (32%); ter as pessoas amadas ao redor (30%); viver o máximo possível (26%); não condenar financeiramente a família (24%); ter certeza que seus desejos de cuidados sejam atendidos (24%) e que a família não seja sobrecarregada com as decisões de cuidado (22%). Curiosamente, viver o máximo possível aparece em último lugar nos outros três países. Os dois primeiros colocados no ranking dos outros países são, de forma geral, ter as convicções pessoais respeitadas; estar em paz e não sobrecarregar as famílias financeiramente.

Além desses dados, 64% dos brasileiros preferem morrer em casa, contra 14% que prefeririam morrer no hospital (HAMEL; WU; BRODIE, 2017, p. 8). O cenário parece contraditório ao passo que os aspectos mais importantes para a morte com qualidade no Brasil conflitam com a opção pela vida mais longa possível, já que provavelmente para alcançar esses objetivos, essas pessoas deveriam ser levadas ao hospital e até à UTIs. Demonstra, também, certo egoísmo, pois quando se trata da própria morte, prefere-se conforto, quando a pergunta era generalista, preferiu-se o tempo de vida, isto é, quando se trata da própria pessoa ela deseja que seja tratada de tal forma que possa morrer com conforto, ao revés de que quando se trata dos outros, prefere-se que vivam mais, ainda que desconfortáveis ou sob sofrimento.

A consciência da condição humana inevitável, isto é, que ao fim de uma vida vivida com plenitude ou não, todos morrerão, sejam eles cuidados com qualidade ou sejam relegados à própria sorte. Pretende-se reforçar aqui a importância de pensar no morrer para que se viva de forma plena e, por consequência, tenha-se uma morte digna. Em outras palavras, busca-se demonstrar que a consciência da mortalidade permite uma reflexão sobre as convicções pessoais do sentido de viver e morrer, para que se morra tendo respeitado essa essência pessoal.

### 2.1.2 A Violação Da Dignidade Pela Distanásia

A distanásia se encontra diametralmente oposta à ortotanásia, tanto na abordagem do morrer quanto na preservação da plenitude da existência e da dignificação do processo de morrer. Em uma conceituação técnica, a distanásia se

caracteriza pela tentativa de afastar a morte dentro do processo de terminalidade, independente dos custos financeiros ou humanitários, utilizando-se de

Todos os meios médicos disponíveis, 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, mediante conduta na qual 'não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 239).

A obstinação terapêutica é indissociável da distanásia por ser o comportamento médico de estar acima da morte e tentar a combater de todas as formas, como se fosse possível evitá-la (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 239-240). A obstinação terapêutica desconsidera completamente a dignidade do paciente, mesmo que a sua opção seja pelo prolongamento da vida, pelo fato de tratar dos sintomas e não da pessoa do paciente em si. A pessoa é reduzida à sua doença.

Juntamente com ela, está o tratamento fútil, realizado por meio da utilização de métodos extraordinários e desproporcionais de tratamento médico, sem perspectiva de serem eficazes e eficientes, pois o processo de morte já está consumindo aquela pessoa e, contra a morte não há tratamento e, a resultante dessa prática é a dor e o sofrimento prolongados (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 249).

A plenitude da existência depende do reconhecimento da inevitabilidade da morte, ou em outras palavras, não é possível curar a morte em andamento. Essa dependência está ligada à qualidade de vida dos pacientes terminais que, conscientes da sua finitude, aceitam-na e vivem de forma tranquila, sem tratamentos que são ineficazes na cura do mal que lhes acomete. A cura pretendida, então, é do espírito e da consciência, que com os tratamentos adequados e proporcionais, desabrocham ao ápice da sua potência antes do fim.

Pode ser que quando esse processo de morte se inicie, ainda existam recursos médicos aptos a proporcionar a manutenção da vida biológica daquela pessoa. No que pese essa existência, decide-se não os utilizar (LIMA, 2019, p. 554) com a finalidade de garantir que aquele paciente continue vivendo dentro da sua rotina, com as limitações inevitáveis da doença. Ou seja, que ele desfrute dos últimos momentos de acordo com as suas concepções.

Em uma análise analógica dessas decisões em fim de vida, recorre-se à teoria do direito como integridade anteriormente apresentada. Para fazer sentido, as decisões e interpretações feitas pelo juiz, no caso do texto original, serão comparadas com as decisões do médico e da equipe de cuidados. Nesse sentido

O Direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo. Nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege a comunidade (DWORKIN, 2007, p. 294)

Ora, se o ordenamento jurídico brasileiro tem como centro de tutela a dignidade humana e, por consequência, de cada pessoa em sua integralidade; e, as normativas deontológicas do CFM apontam para o reconhecimento das posições fundamentais da pessoa do paciente, seria incoerente atribuir a um terceiro a decisão do que seria uma morte digna. Além disso, dentro dessa perspectiva de coerência sistêmica, o artigo 32 do CEM supramencionado parece incongruente com o direcionamento da principiologia que permeia o meio jurídico e médico brasileiro.

Além desse ponto, mais à frente, Dworkin (2007, p. 297) segue dizendo que “as opiniões judiciais formalmente anunciadas nos repertórios jurídicos são, em si mesmas, atos da comunidade personificada que, sobretudo quando recentes, devem ser incluídos na esfera da integridade”. Apesar desse requisito de adequação da decisão à política e à moral social, algumas questões são indecidíveis por terceiros, ou não se pode deixar a cabo do judiciário decidir sobre aspectos fundamentais da compreensão do mundo pelo sujeito, como é o caso dos questionamentos envolvendo a morte digna.

Nesse sentido, Stefano Rodotà (2018, p. 141), ao comentar os artigos 13<sup>27</sup> e 32<sup>28</sup> da Constituição Italiana, defende que as escolhas que afetam o núcleo duro da existência de cada pessoa, isto é, aquilo que ela entende sobre o viver e o morrer

---

<sup>27</sup> Art. 13: A liberdade pessoal é inviolável. (...) É punida toda violência física e moral contra as pessoas que sejam de qualquer modo submetidas a restrições de liberdade (ITÁLIA, 2018, p. 10).

<sup>28</sup> Art. 32: A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, e garante tratamentos gratuitos aos indigentes. Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, salvo disposição de lei. A lei não pode, em hipótese alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana (ITÁLIA, 2018, p. 17).

dignamente e ao significado de sua existência, está-se diante de uma decisão impossível por terceiros. Nas palavras do jurista

Quando se chega ao núcleo duro da existência, à necessidade de respeitar a pessoa humana como tal, estamos diante da impossibilidade de decidir [*indecidibile*]. Nenhuma vontade externa, mesmo aquela expressa em unísono por todos os cidadãos ou por um Parlamento unânime, pode tomar o lugar da vontade do interessado. Estamos diante de uma espécie de nova declaração de *habeas corpus*, diante de uma autolimitação do poder. O corpo intocável torna-se salvaguarda de uma pessoa humana perante a qual, 'em nenhum caso', se pode faltar com o respeito. O soberano democrático, uma assembleia constituinte, renova a todos os seus cidadãos a sua promessa de intocabilidade: 'não poremos as mãos sobre vós', nem mesmo com o instrumento graças ao qual, na democracia, se exprime legitimamente a vontade política, isto é, com a lei. Até a linguagem exprime a singularidade da situação, pois é a única vez que a Constituição italiana qualifica um direito como 'fundamental', abandonando a habitual referência à inviolabilidade (RODOTÀ, 2018, p. 141).

Dentro desse contexto, qualquer decisão médica sobre os tratamentos aplicados em pacientes terminais, independentemente das convicções pessoais dos próprios médicos sobre a sua morte ou a morte do outro, só se legitimam se tomadas em conformidade com as escolhas do próprio paciente. A prática da distanásia, muitas vezes feita para evitar acusações de omissão de socorro, viola a dignidade humana no momento em que desconsidera esse núcleo duro existencial e ameaça a qualidade de vida do doente.

Ameaça, também, a plenitude da existência por impedir que a pessoa viva a morte na mais plena potência do seu ser. Isto é, a distanásia impede que a pessoa em terminalidade leve uma vida consciente e ressignificada a cada dia, pois a transforma em uma vida artificializada, automatizada em razão de que

No extremo da existência humana, a medicina moderna permite sejam artificialmente prolongadas, por tempo indeterminado, as vidas de pacientes que estariam fadados à morte iminente. A terminalidade se torna uma condição superável com o uso de suportes vitais, aparelhos de respiração artificial e medicamentos especializados. A medicina se apropria do término da vida (LIMA, 2019, p. 553).

Em uma última análise, a distanásia além de colocar em dúvida a concepção de dignidade daquela pessoa, acaba por tentar adiar o inadiável, conforme

outrora disse Cleber Affonso Angeluci (2019, p. 48) ao considerar que na existência em si não há nada que seja tão absoluto quanto a própria morte.

Aplicar a distanásia a alguém que não a deseja pode ser a maior violação da dignidade da existência dele. Por mais contraditório que pareça, afastar a morte de uma pessoa, submetendo-a a tratamentos que lhe causam dor e sofrimento, mas que aumentam seu tempo de vida, viola a santidade da vida dessa pessoa em um momento em que não resta mais tempo para reparar o erro. Assevera Dworkin (2009, p. 307) que “levar alguém a morrer de uma maneira que outros aprovam, mas que para ele representa uma terrível contradição de sua própria vida, é uma devastadora e odiosa forma de tirania”.

Nesse cenário, reconhecer os valores fundamentais de uma pessoa é respeitar a sua própria existência. Deixar com que uma pessoa morra de acordo com as suas concepções e com qualidade, em um ambiente de tranquilidade física e espiritual, ressignifica a sua vida e permite a conclusão de uma história coerente. É nesse sentido que a distanásia viola a dignidade humana: causa uma perturbação emocional, espiritual e física para uma vida artificial, com um custo humano significativamente maior do que a quantidade de vida estendida.

Mas, para formação desses valores, é imprescindível que o indivíduo tenha a possibilidade de viver de forma livre e autônoma para, durante esse processo, ir construindo sua personalidade e definindo os significados do viver e do morrer, conforme se verá a seguir.

## 2.2 DA LIBERDADE EXISTENCIAL

Quando se fala em morrer com dignidade a liberdade tem uma função indispensável para que o ser humano possa desenvolver livremente sua personalidade. Somente em um ambiente que a miríade de possibilidades apresentadas ao ser, sejam elas construtivas ou destrutivas, seja uma realidade de fato se torna plausível se falar na formação das convicções críticas e na significação do viver e do morrer. Uma pessoa que não tem a liberdade necessária para experimentar situações, de certa forma, corriqueiras, como refletir sobre a própria vida e o próprio morrer, impulsionado pela terminalidade de alguém próximo, não saberá com clareza o que realmente significa a vida e a morte para ela.

Assim, com essas premissas, faz-se necessário um breve estudo dos conceitos de liberdade em uma perspectiva histórica e as suas variações entre as Cidades-estados gregas e a República Romana até se chegar na concepção moderna e contemporânea. Percebe-se, de início, que o ideal de liberdade em cada momento histórico depende, essencialmente, em razão do que aquela sociedade considerava como importante para uma vida plena.

Essa breve análise sobre a correlação entre liberdade e individualidade será pautada pela ligação indissolúvel que elas têm para a formação da personalidade e da consciência de cada pessoa sobre o seu existir singular. As ideias sobre o conteúdo da liberdade influenciarão, também, a concepção contemporânea da autonomia existencial, da alteridade e da solidariedade, cujas considerações já começaram a ser feitas quando da análise do questionamento da antropologia filosófica sobre “o que é a pessoa?”, e as influências na compreensão do viver e do morrer.

A ideia de compreensão do mundo e da existência acompanha a humanidade desde os seus primórdios. Perpassa toda história do ser humano busca pelo significado da vida e da morte, mas esses questionamentos ganham relevo com o início da construção do conceito de individualidade a partir do marco cartesiano que concentra a verdade no sujeito atuante (SOARES, 2017, p. 348). Nesse contexto de construção da noção de individualidade que interpreta o mundo, a forma de liberdade vigente no contexto em que o ser se encontra inserido tem grande influência na sua percepção do significado da existência.

Este contexto de liberdade individual está presente no ordenamento constitucional contemporâneo ao estabelecer a Dignidade Humana como fundamento do Estado e do próprio ordenamento jurídico em sua completude (art. 1º, III, CRFB/88). Assim, coloca-se a pessoa como centro do ordenamento jurídico e provoca uma repersonalização do Direito Civil, como defende Maria Celina Bodin de Moraes (MORAES, 2006, p. 108), ponto nevrálgico de proteção da individualidade e da liberdade de desenvolvimento do ser.

Dentro da esfera do macroprincípio da Dignidade Humana, encontram-se constitucionalizados os direitos da personalidade como uma cláusula geral de proteção à pessoa (SARLET, 2019, p. 450), na construção de uma vida digna como um todo, desde o início da formação da personalidade com o nascimento até o derradeiro momento da morte, que também deve ser digna e compatível com o projeto

de vida de cada indivíduo. Assim, entende-se que o momento da morte guarda maior relação com a trajetória de vida do ser – enquanto processo que agracia de significado a sua existência – do que com a própria falência física da pessoa. Entretanto, a liberdade é o núcleo inexorável de atuação do ser para compreender a vida e a morte e, ao fim desse processo, guiado pela autonomia existencial, ter uma existência com início, meio e fim coerentes com a sua compreensão.

Mas, para tanto, é necessário fazer uma breve digressão sobre a construção do conceito de individualidade e da função da liberdade para ela, contudo, sem pretensão de exaurir esse conceito, pois ela é diuturnamente ressignificada enquanto se vive.

Assim, no mundo antigo clássico, principalmente no período da democracia ateniense e espartana, a pessoa tinha a sua individualidade reprimida, a vida, de fato, acontecia nos espaços públicos. A percepção do mundo e da existência se restringia ao espaço público e à vontade dos deuses que cultuavam, havendo uma

submissão completa do indivíduo à autoridade do todo. (...) Todas as ações privadas estão sujeitas a severa vigilância. Nada é concedido à independência individual, nem mesmo no que se refere à religião. A faculdade de escolher seu culto, faculdade que consideramos como um de nossos mais preciosos direitos, teria parecido um crime e um sacrilégio para os antigos (CONSTANT, 1985, p. 11).

A noção de autonomia existencial, da formação da personalidade e da individualidade era praticamente inexistente. Isto é, a pessoa se encontrava submissa ao ordenamento cósmico e ao interesse da comunidade, à prosperidade coletiva, à guerra e à sobrevivência; a construção da personalidade era, então, moldada pelo ideal coletivo.

Essa percepção de submissão do indivíduo ao público, ao consciente coletivo fica evidente nas reflexões de Benjamin Constant (1985, p. 11) sobre a liberdade dos antigos:

Entre os antigos, o indivíduo, quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos seus assuntos privados. Como cidadão, ele decide sobre a paz e a guerra; como particular, permanece limitado, observado, reprimido em todos seus movimentos; como porção do corpo coletivo, ele interroga, destitui, condena, despoja, exila, atinge mortalmente seus magistrados ou superiores; como sujeito ao corpo coletivo, ele pode, por sua vez, ser privado de sua

posição, despojado de suas honrarias, banido, condenado, pela vontade arbitrária do todo ao qual pertence.

Dentro desse contexto, a construção da personalidade do indivíduo, enquanto condicionada ao consciente coletivo, era mero reflexo seu. A sua percepção sobre o significado da vida e da morte, sobre as experiências de vida são resultado de uma edificação comunitária, compartilhada da vida pública e privada, se é que é possível se falar em vida privada propriamente no mundo antigo.

Essa subjugação ao coletivo, a supressão das individualidades, se devia, principalmente a fatores políticos e geopolíticos, dos quais dependia a própria sobrevivência e existência daqueles povos. A limitação territorial e tecnológica das repúblicas e das cidades-estados antigas forçavam ao prevalecimento da unidade do povo e de valores para garantir os recursos mínimos para se viver. Conforme assevera Benjamin Constant (1985, p. 12), o espírito desses povos era belicoso e instintivo para sobrevivência, ora atacavam, ora se defendiam de ataques que buscavam a dominação do outro povo para obter mão-de-obra escrava, alimentos e matéria-prima para manutenção da coesão social e para os próximos episódios de guerra.

Com a derrocada das cidades-estados e das repúblicas antigas, inicia-se uma sensível mudança nos parâmetros da liberdade e da percepção do eu e do mundo. Essa mudança de paradigma tem uma contribuição grande da suplantação das crenças religiosas antigas pelo cristianismo. Assevera Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 112-113) que “Foi o cristianismo que, pela primeira vez, concebeu a ideia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo. O desenvolvimento do pensamento cristão sobre a dignidade humana deu-se sob um duplo fundamento”, quais sejam, a centralidade do homem na criação divina e a concepção de livre arbítrio, isto é, a liberdade de escolhas contra seus instintos (MORAES, 2006, p. 113).

Benjamin Constant (1985, p. 10) segue delineando o parâmetro de liberdade dos modernos como

O direito de não se submeter senão às leis, de não poder ser preso, nem detido, nem condenado, nem maltratado de nenhuma maneira, pelo efeito da vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. (...) Seja simplesmente para preencher seus dias e suas horas de maneira mais condizente com suas inclinações, com suas fantasias.

É nesse contexto de liberdade que a individualidade, segundo as percepções subjetivas sobre o significado da existência, do viver e do morrer, influenciam a construção da personalidade. É, também, a posição da Constituição da República Federativa do Brasil, ao estabelecer o pluralismo de valores, de interpretações do mundo, do sentido da vida, do viver e morrer dignamente que, conseqüentemente gera o delineamento da individualidade e a noção do que é bom para si.

A preocupação contemporânea com a morte é resultado, principalmente, do avanço das técnicas e tecnologias médicas que muitas vezes se desviam da promoção da vida com qualidade e passam a ser uma prorrogação do processo de morrer. Quando se diz que o momento da morte tem muito mais relação com a vida em si, deve-se entender o processo existencial como um todo, íntegro e uno, onde a morte confere o significado final para a vida daquele ser.

A ausência de regulamentação de direito sobre as diretivas antecipadas de vontade, entendidas como o documento hábil de manifestação de vontade sobre tratamentos médicos que a pessoa deseja ou não se submeter, onde também pode designar um representante para decidir em casos omissos, quando não for mais capaz de se expressar (DADALTO, 2013, p. 464), pode gerar uma redução significativa, se não anular a individualidade e a personalidade do ser. Isso porque, muitas vezes no término da vida, em razão da fragilidade física e emocional, a pessoa se torna refém do tecnicismo médico e da vontade dos familiares.

As questões envolvendo a liberdade na construção da personalidade ganham esse novo contorno na contemporaneidade em razão da preocupação de se viver e morrer com dignidade. Ronald Dworkin (2009, p. 307) deixa claro essa necessidade dessa liberdade na vivência para definição do significado da existência e dos valores associados à santidade da vida<sup>29</sup>, percebida no cerne da personalidade de cada indivíduo em contraste com um ideal coletivo:

A questão colocada pela eutanásia não é saber se a santidade da vida deve ceder espaço a algum outro valor, como a humanidade ou a compaixão, mas de que modo a santidade da vida deve ser entendida

---

<sup>29</sup> É necessária uma advertência: embora para a análise do conceito de santidade da vida Ronald Dworkin tome como referência a eutanásia, a defesa desta não é objetivo do trabalho. Deve-se ressaltar que a defesa aqui feita é no sentido de a pessoa completar seu ciclo natural de existência, sem sofrer em razão do tecnicismo médico moderno no fim da vida ou ter sua autonomia tolhida em razão da vontade coletiva ou da própria família.

e respeitada. As grandes questões morais (...) que dizem respeito à vida em seu início e seu fim, têm uma estrutura semelhante. Cada uma envolve decisões não apenas sobre direitos e interesses de pessoas em particular, mas sobre a importância intrínseca e cósmica da vida humana em si. Em cada caso, as opiniões se dividem não porque alguns desprezem valores que para outros são fundamentais, mas, ao contrário, porque os valores em questão encontram-se no centro da vida de todos os seres humanos e porque nenhuma pessoa pode tratá-los como triviais a ponto de aceitar que outros lhe imponham seus pontos de vista sobre o significado desses valores. Levar alguém a morrer de uma maneira que outros aprovam, mas que para ele representa uma terrível contradição de sua própria vida, é uma devastadora e odiosa forma de tirania (DWORKIN, 2009, p. 307).

Nesse sentido, Isaiah Berlin passa a entender a liberdade sobre um viés negativo. A ideia de liberdade negativa por ele defendida consubstancia um certo limite mínimo onde outros não podem interferir, sob pena de tornar o homem coagido ou até escravizado (BERLIN, 1981, p. 136). Assim, essa área de livre atuação do homem para seu desenvolvimento deve ser limitada apenas pela lei, para permitir que todas as pessoas possam se desenvolver igualmente (BERLIN, 1981, p. 137). Em caso contrário, isto é, com a sua violação, restaria ao indivíduo um espaço demasiadamente limitado para se construir (BERLIN, 1981, p. 137), concretamente considerada dentro das suas potencialidades.

Essa perspectiva de desenvolvimento pleno das personalidades plurais, das diferentes visões de mundo, além da proteção constitucional atual conforme outrora ressaltado, também parte do liberalismo igualitário contemporâneo, desenvolvido principalmente por John Rawls. Embora a teoria de Rawls se desenvolva sobre uma teoria política de justiça, essa ideia pode ser adaptada ao contexto do desenvolvimento da personalidade e da interpretação do mundo, do significado da vida e da morte numa dimensão pluralista ao defender a construção de um sistema equitativo embasado na cooperação social, com a possibilidade de todos terem os recursos básicos para se desenvolverem (RAMOS, 2005, p. 231; 237).

Em contraste com o posicionamento mais recente de Dworkin sobre a imposição da vontade coletiva como uma forma de tirania (DWORKIN, 2009, p. 307), o conceito de liberdade negativa de Berlin (1981, p. 140) traz uma perspectiva de “mediocridade coletiva” com a violação do espaço de liberdade individual: “a defesa da liberdade consiste na meta ‘negativa’ de contrapor-se à interferência” e continua com a consequência dessa violação “é pecar contra a verdade segundo a qual ele é um homem, um ser com uma vida própria a ser vivida”. Assim, a falta de liberdade

para o desenvolvimento das personalidades, moduladas pela alteridade e solidariedade na perspectiva existencial, conduz à essa “mediocridade coletiva”, isto é, engessa-se toda a potência de agir segundo as aptidões e propensões pessoais por um padrão imposto.

Em contraste com esse espaço de liberdade negativa, isto é, embora exista esse espaço de não interferência de nenhuma fonte de poder estatal ou de outro particular, existe um condicionamento inexorável imposto ao indivíduo, teorizado por Hannah Arendt. Essa ideia de condição humana pode ser entendida como circunstâncias que o mundo e a vida impõem ao homem de forma a moldar e influenciar suas interpretações, mas ao mesmo tempo, como em uma relação simbiótica o homem também a molda e se autocondiciona. Essa relação dinâmica ocorre no espaço da ação humana e, inexorável e paradoxalmente, deve ter um espaço de liberdade para esse caminhar, condicionado e autocondicionante pela própria atuação. O exemplo mais claro de condicionamento humano é a consciência da finitude e da mortalidade, nas palavras de Hannah Arendt (2007, p. 27-28):

A mortalidade dos homens reside no fato de que a vida individual, com uma história vital identificável desde o nascimento até a morte, advém da vida biológica. Essa vida individual difere de todas as outras coisas pelo curso retilíneo de seu movimento, por assim dizer, intercepta o movimento circular da vida biológica. Isto é a mortalidade: mover-se ao longo de uma linha reta num universo em que tudo o que se move o faz num sentido cíclico.

A tarefa e a grandeza potencial dos mortais têm a ver com a sua capacidade de produzir coisas – obras e feitos e palavras – que mereceriam pertencer e, pelo menos até certo ponto, pertencem à eternidade, de sorte que, através delas, os mortais possam encontrar o seu lugar num cosmo onde tudo é imortal exceto eles próprios. Por sua capacidade de feitos imortais, por poderem deixar atrás de si vestígios imorredouros, os homens, a despeito de sua mortalidade individual, atingem o seu próprio tipo de imortalidade e demonstram sua natureza ‘divina’. A diferença entre o homem e o animal se aplica à própria espécie humana: só os melhores (os *aristoi*), que constantemente provam ser os melhores (*aristenein* [...]), e que ‘preferem a fama imortal às coisas mortais’, são realmente humanos; os outros, satisfeitos com os prazeres que a natureza lhes oferece, vivem e morrem como animais.

Essa tensão construtiva da personalidade, nos espaços de intersubjetividade pressupõe esse espaço de liberdade onde qualquer interferência não autorizada pela própria pessoa conduz ao risco de arranhar os traços fundamentais da sua identidade enquanto ser no mundo. O equilíbrio entre o

individualismo radical e o ideal coletivo sobre a vida e a morte devem ser buscados nesses espaços de convivência, do reconhecimento do outro. Não se deve chegar aos extremos do liberalismo radical, deixando cada indivíduo à sua própria sorte, mas também não chegar ao paternalismo de conduzir os rumos da vida desse sujeito, ditar a ele as interpretações sobre o viver e o morrer dignos.

Transferindo o foco para a construção da personalidade das pessoas concretamente consideradas, a superação desses extremos evitaria a tirania, conforme outrora afirmado por Dworkin, de se impor valores sobre o viver e o morrer para o outro, segundo os valores de um indivíduo. Esse meio-termo pode ser legalmente resguardado na tutela dada aos Direitos da Personalidade pelo Código Civil<sup>30</sup> e pela Constituição da República, principalmente na proteção da dignidade humana e da integridade física e psicoemocional<sup>31</sup> (SARLET, 2019, p. 432; 441-442).

Assim, a ideia de autonomia existencial em relação a esses aspectos personalíssimos pode ser considerada como a terceira via para superação de dicotomias que apequenam as potencialidades existenciais do ser. Essa perspectiva da autonomia é defendida por Ana Carolina Brochado Teixeira (2018, p. 80-81), sob o viés da liberdade e da dignidade humana, na consubstanciação do formalismo em realidade. Isto é:

Concretizar a dignidade é atribuir a cada pessoa a ampla liberdade para que ela construa a própria vida, realize suas necessidades, faça as suas escolhas e ‘adone-se’ da sua existência, dirigindo-a da forma como entender que lhe traga maior realização, pois as concepções de cada um devem ser consideradas, uma vez que todos os valores são possíveis no Estado Democrático de Direito, que, como visto, tem o pluralismo como um dos pilares fundamentais (TEIXEIRA, 2018, p. 80-81).

O conceito de autonomia existencial pode ser entendido dentro desse contexto do processo de dignificação do ser em sua potência em um ambiente de liberdade. Um espaço relacional e intersubjetivo livre para que as pessoas se

---

<sup>30</sup> Deve-se destacar, dentro do contexto do estudo, principalmente, o art. 15 do Código Civil, *in verbis*: “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica” (BRASIL, 2002).

<sup>31</sup> A ideia de integridade psicoemocional aqui deve ser entendida no sentido de imposição de um tratamento ou de uma condição de fim de vida incompatível com o cerne da personalidade desse paciente acometido de doença grave e incurável, em estágio terminal já, buscando guarida, principalmente, na vedação a qualquer tratamento desumano ou cruel pela Constituição no inciso III do art. 5º da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

relacionem e construam, conseqüentemente, sua personalidade, faz-se fundamental para, a partir dessas experiências, reconhecer o outro e ser por ele reconhecido e, como consequência, construir suas próprias concepções existenciais. Contudo, conforme anteriormente mencionado, quando se trata dessas convicções, só a própria pessoa é capaz de tomar uma decisão final.

referente à personalidade, o limite é estabelecido pelos aspectos existenciais da solidariedade, como a alteridade, ou seja, se a circunstância, por qualquer hipótese, interferir em espaços de intersubjetividade, ali está a barreira para sua eficácia. Se houver apenas referências subjetivas individuais, o espaço é pleno para uma decisão autônoma. Contudo, é imperativo que o 'o outro' consubstanciado pelo Estado ou pelos particulares, em razão da ampla efetividade da solidariedade social, não deve apenas respeitar as escolhas pessoais, deve promovê-las e salvaguardá-las. Os espaços de intersubjetividade, por isso, baseiam-se na perspectiva relacional, tendo em vista que a pessoa constrói, no decorrer da vida, sua identidade e personalidade, sendo produto deste feixe de relações com os outros. Enfim, ela vai se edificando em um processo de autoconhecimento e de interação social. É a partir do relacionamento com o outro que ela se molda e, verdadeiramente, constitui-se em todas as suas dimensões. Por conseguinte, edifica, também, a sua dignidade de forma genuína, pois, embora esta seja concebida de forma singular, visto que compõe a humanidade de cada ser, ela só se forma plenamente através do olhar do outro. **Por isso, afirmamos que o homem também é visto como um 'ser processual', ou seja, muda a partir das experiências que vivencia, construindo a si mesmo constantemente, informado pela relação com os demais, e pelas escolhas que faz durante a vida** (TEIXEIRA, 2018, p. 99-102 – grifo meu).

Essa terceira via fica evidente quando lembrado o aspecto da intersubjetividade, da solidariedade e da alteridade no reconhecimento da própria dignidade e da dignidade do outro. Ainda, há de se reforçar que esse viés íntimo da personalidade – o significado do viver e do morrer – comportam o “núcleo duro” da identidade do ser, nas palavras de Stefano Rodotà (2018, p. 141), e, portanto, são impossíveis de serem decididos por terceiros, sejam outros particulares ou o próprio Estado.

Por derradeiro, a autonomia existencial é necessária para que não se caia no absurdo da tirania de um dever de viver imposto, puramente condicionado, lembrado por Stefano Rodotà, que se assim for, “a vida não é sua, é de outros, de um Deus que te a deu, de um Estado que dela se apossa, de uma sociedade que a quer controlar, de um poder médico que pretende a exclusividade da cura” (RODOTÀ,

2018, p. 147). Na perspectiva de Ana Carolina Brochado Teixeira (2018, p. 77-78), reconhecer esse espaço de autonomia e de liberdade para se ter uma vida plena é o ponto fulcral do respeito pela pessoa em todas suas dimensões e pela forma como ela se projeta no mundo. Nas palavras da autora

Isso significa a possibilidade de, no âmbito relacional, cada um construir a si mesmo, inserido que está em um processo, no qual se constrói e interfere na construção 'do outro', como forma de efetivação da alteridade; trata-se da construção da personalidade, razão pela qual, o pluralismo é essencial para a própria democracia, pois respeita a individualidade, a diversidade cultural, étnica, nacional etc. *Respeita a pessoa em seu ser e em seu vir a ser*. O respeito à pluralidade é inerente à democracia, que também impõe o reconhecimento recíproco de iguais direitos a espaços individuais de se manifestar, de edificação da personalidade. (...) Daí a importância da efetivação dos direitos fundamentais no contexto normativo, pois eles possibilitam a desconfiguração do sujeito de direitos abstrato, para considerar o ser humano concreto, com todas as suas vicissitudes e vulnerabilidades, ou seja, para que cada um possa expressar, em toda sua potência, a própria individualidade (TEIXEIRA, 2018, p 77-78).

A possibilidade de cada ser desenvolver sua personalidade, em um espaço existencialmente livre e permeado pela dimensão da alteridade, permitem a realização de uma existência plena. Essencialmente, esse movimento dinâmico da existência humana, numa tensão constante do espaço-tempo, de ser construído e a se construir deve ser protegido e reconhecido para que cada projeto, segundo seu bem viver e bem morrer sejam reconhecidos pelo outro, em um processo de reconhecimento mútuo e de construção mútua. A liberdade existencial, então, torna-se o substrato fático básico para que cada pessoa, segundo sua experiência de vida, defina o que consubstancia uma existência plena.

Por ora, a melhor saída é, então, a convivência e o respeito mútuo, o reconhecimento dos diversos projetos de vida para que todos, dentro das suas autonomias, em relação aos aspectos personalíssimos, possam se desenvolver plenamente.

### 3 O DIREITO NEGOCIAL CONTEMPORÂNEO: OS BONEGÓCIOS E AS SITUAÇÕES JURÍDICAS NA TUTELA DA EXISTENCIALIDADE HUMANA

*Wind will blow into your face  
As the years pass you by  
It's the call of your heart  
Close your eyes and you will find  
Passage out of the dark (...)  
Wise man said just find your place  
In the eye of the storm  
Seek de roses along the way  
Just beware of the thorns  
(Scorpions – Send me an angel)*

*O vento irá soprar sua face  
Conforme os anos passam por você  
É um chamado do seu coração  
Feche seus olhos e você encontrará  
A passagem para fora da escuridão (...)  
O sábio disse: apenas encontre seu lugar  
No olho da tempestade  
Aprecie as rosas ao longo do caminho  
Apenas tome cuidado com os espinhos  
(tradução livre)*

Diante das definições dos conceitos básicos que fundamentam este estudo, quais sejam: a situação da discussão da abordagem direito em si na sua vertente pós-positivista; e as definições principiológicas que envolvem a dignidade humana, a liberdade e a autonomia existencial, já contextualizadas no momento da terminalidade da vida humana, pretende-se demonstrar nesse capítulo a necessidade de releitura dos conceitos clássicos do direito privado, desde a teoria do fato jurídico até a teoria geral dos direitos da personalidade para alicerçar os fundamentos de um direito civil existencial para proteção da integralidade das dimensões humanas no viver e morrer.

Para tanto, antes de adentrar na análise específica dos institutos privados mencionados, deve-se assentar os pressupostos fático-normativos que permitem essa discussão. Assim, é preciso compreender, mesmo que de forma breve, o movimento de constitucionalização do direito civil – que autoriza a releitura daqueles institutos sob um viés existencial.

Outro ponto que deve ser esclarecido preliminarmente, é a evolução do conceito de autonomia no direito privado, partindo-se de explicações sucintas desde a autonomia da vontade, passando pela autonomia privada até chegar na autonomia existencial – considerando-se a função da liberdade para o viver e morrer qualificado pela dignidade – por se tratar de pressuposto básico para a realização dos negócios jurídicos e, ainda mais indispensável, para os negócios biojurídicos.

Em linhas gerais, o direito civil constitucional pode ser considerado como um movimento de releitura dos institutos clássicos do direito privado para adequá-los e conferir coerência entre eles e os valores basilares do ordenamento jurídico. Isto é, parte-se de uma ideia contraposta ao isolacionismo codicista para entender o direito civil como parte de um fenômeno complexo que é fruto das experiências humanas e, justamente por isso, não pode se limitar a esquemas formais de legislações e códigos<sup>32</sup>, sob pena de ou se tornar obsoleto, ou estagnar o desenvolvimento humano ante a infinidade de possibilidades e situações que acontecem quotidianamente e têm relevância para tutela do direito civil. Não se pode negar, no recorte temático desse trabalho, que as discussões acerca das diretivas antecipadas de vontade e da dignidade no morrer não obtêm resposta adequada somente nos fundamentos dos institutos privados codificados, nem se esgota no próprio direito, mas se constrói em uma perspectiva multidisciplinar e de diálogo entre as fontes normativas.

Para fins de conceituação, Anderson Schreiber (2016, p. 1) assim define o direito civil constitucional como

---

<sup>32</sup> Gustavo Tepedino (2021, p. 215) alerta sobre a importância da interdisciplinaridade do direito em contraponto ao isolacionismo codicista, isto é, sobre a importância de valores axiológicos e principiológicos que guiam o desenvolvimento e a densificação que funcionalizam os institutos para proteção das pessoas: “se tais considerações são verdadeiras [a necessidade de direcionamentos e da interpretação conforme os princípios gerais do sistema jurídico complexo], como parecem, compreende-se a desconfiança provocada pelas reformas legislativas que proponham uma racionalização estática, vale dizer, uma adequação ininterrupta das leis às transformações progressas da sociedade, sem se preocuparem com a realidade econômica, política e cultural, cuja contínua transformação faz do direito fenômeno social (não já uma ciência pura). Pretende-se restabelecer a pureza técnica da codificação, desconsiderando-se, ainda, que a intervenção estatal, embora redefinindo a tábua axiológica do ordenamento, não reduz o papel indispensável das técnicas do direito civil. (...) Agindo assim, o legislador corre o risco de produzir um corpo de normas que, a despeito do rigor ou da atualidade técnica, esteja de costas para a sociedade, seus valores, sua identidade” e prossegue afirmando que não cabe ao direito somente racionalizar as transformações sociais em normas que resultam na “tendência de reduzir a categorias técnicas os fenômenos culturais tratados pelos reformadores como meros indicadores da necessidade de uma revisão formal das previsões legislativas” (TEPEDINO, 2021, p. 215-216).

a corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição. O termo 'releitura' não deve, contudo, ser entendido de modo restritivo. Não se trata apenas de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias de direito civil (aplicação indireta da Constituição), mas também de reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares. [...] Trata-se, muito ao contrário, de superar a segregação entre a Constituição e o direito civil, remodelando os seus institutos a partir das diretrizes constitucionais, em especial dos valores fundamentais do ordenamento jurídico.<sup>33</sup>

O contexto histórico do movimento de constitucionalização do direito civil ocorre quase que simultaneamente ao desenvolvimento dos contornos contemporâneos da dignidade humana. Esse impulso histórico se relaciona com a resposta dos ordenamentos constitucionais ao autoritarismo e aos abusos cometidos durante as grandes guerras mundiais. A influência desse contexto é clara quando se remete aos ensinamentos de Pietro Perlingieri (2002, p. 4-5), considerado um dos pais do direito civil constitucional, sobre a funcionalização do direito civil frente à Constituição Italiana que entrou em vigor no ano de 1948, três anos após o fim da Segunda Guerra Mundial.

Bruno Miragem (2021, p. 91) relaciona o estudo do direito civil contemporâneo à unicidade do ordenamento jurídico fundamentado sobre o valor único: a dignidade humana. Assevera o autor que a esfera de proteção da pessoa e do seu desenvolvimento ultrapassa as fronteiras do direito público, lugar de origem das grandes declarações de direitos, de modo a formar um critério estruturante para interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico com a finalidade de promoção da dignidade humana (MIRAGEM, 2021, p. 91).

Gustavo Tepedino (2021, p. 206), a seu turno, explicita que a principiologia de proteção das dimensões humanas extrapola o direito público, que estabeleceu os valores básicos para viragem do direito privado quando aquele estabeleceu as garantias das liberdades – ir e vir, pensamento, crença etc. – bem como os

---

<sup>33</sup> Diz ainda o autor que “a rigor, para o direito civil constitucional não importa tanto se a Constituição é aplicada de modo direto ou indireto (distinção nem sempre fácil). O que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas. Como se vê, o direito civil constitucional não é o ‘conjunto de normas constitucionais que cuida de direito civil’, nem se trata tampouco de uma tentativa de esvaziar o direito civil, transferindo alguns de seus temas (família, propriedade etc.) para o campo do direito constitucional” (SCHREIBER, 2016, p. 1).

instrumentos de proteção do indivíduo em face da arbitrariedade do Estado, como o *habeas corpus* e o mandado de segurança.

Segue Bruno Miragem (2021, p. 91) explicando que a doutrina do direito civil constitucional integra entre o direito público e privado para garantir a expressão e realização do projeto constitucional em vigor, qual seja, a promoção do livre desenvolvimento da pessoa em consequência da proteção da sua dignidade. Para realização desse projeto, Gustavo Tepedino (2021, p. 205) demonstra a ordem metodológica do direito civil constitucional a partir da

Constatação, no mundo contemporâneo, da notável complexidade do ordenamento. Este deve ser compreendido como sistema composto por núcleos legislativos que não se compadecem com a uniformidade trazida pelas grandes codificações do passado. De tal complexidade decorre a necessidade de interpretá-lo a partir do conjunto de fontes normativas caracterizadoras da pluralidade própria da sociedade, resguardando, contudo, a sua unidade axiológica, para que se possa manter o conceito de ordenamento e a sua função propiciadora da paz social. Pluralidade de fontes, portanto, e unidade sistemática convivem lado a lado, evitando-se a fragmentação e o desvirtuamento da própria ideia de ordenamento. Decorre daí a preocupação metodológica de que a Constituição não represente apenas um limite ao legislador ordinário, devendo ao revés incidir diretamente nas relações intersubjetivas, sendo este o norte central da atividade interpretativa.

Importante destacar, também, a posição de Anderson Schreiber (2021, p. 4) sobre a metodologia civil constitucional, que permite um panorama histórico da sua evolução:

O próprio processo de codificação e o exacerbado positivismo jurídico haviam contribuído para essa aparência de neutralidade e abstração, difundindo a crença de que a dogmática civilista poderia sobreviver intacta às revoluções políticas e às diferentes ideologias. (...) A metodologia civil constitucional nasce da convicção oposta: a de que não existe um direito civil 'neutro' ou 'não histórico'. A aparente neutralidade ideológica das codificações civis europeias servia, na verdade, a um projeto bem definido: manter a segurança e a estabilidade dos negócios a salvo de qualquer intervenção, mudança ou crise do Estado, apartando o direito civil do restante do ordenamento jurídico e protegendo-o como espaço da autonomia da vontade, tutelada em si mesmo, independentemente dos fins que a vontade individual se propusesse a perseguir. Esse forte individualismo do direito civil, que estava longe de ser 'neutro', chocava-se agora com o solidarismo humanista consagrado nas novas Constituições. O contexto histórico vinha exigir uma tomada de posição mais clara por parte dos juristas europeus, especialmente na Itália e na Alemanha, onde a suposta neutralidade ideológica dos

institutos de direito civil havia servido para justificar a estabilidade das relações econômicas e um discurso de preservação da ordem jurídica mesmo sob o autoritarismo feroz dos regimes fascista e nazista.

Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 110-111), ao refletir sobre o substrato axiológico da dignidade humana no direito civil contemporâneo assenta a sua função de transformação social e estabelece um direcionamento existencial para os quadros normativos e as respectivas interpretações. Nos dizeres de Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 110-111)

O Direito é justamente isso, uma força de transformação da realidade. É sua a tarefa 'civilizatória', reconhecida através de uma intrínseca função promocional, a par da tradicional função repressiva, mantenedora do *status quo*. O problema maior do Direito tem sido exatamente o de estabelecer um compromisso aceitável entre os valores fundamentais comuns, capazes de fornecer enquadramentos éticos e morais nos quais as leis se inspirem, e espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um uma escolha de seus atos e a condução de sua vida particular, de sua trajetória individual, de seu projeto de vida.

Esse direcionamento principiológico e ético do direito civil é pressuposto básico e indispensável para que se possa falar livremente, desprovido de preconceitos, sobre a terminalidade da vida e os instrumentos capazes de proteger o ser humano nesse momento. As diretivas antecipadas de vontade, como vem se salientando, ainda carecem de uma disciplina normativa que a estruture e garanta eficácia de forma mais simples e segura para que os cuidadores do paciente terminal possam agir conforme os desejos dele, assim trazendo à realidade o seu projeto de vida e dignificando seu fim.

A corrente do direito civil constitucional consubstancia o pressuposto teórico que permite se discutir a realização fática do comando constitucional da dignidade humana na terminalidade da vida, por meio das DAVs. Conforme anteriormente tratado, o direito, dentro da unidade axiológica da dignidade da pessoa humana não pode, sob um viés normativista e codicista, limitar as possibilidades do viver e morrer dignamente, sob pena de um paradoxo em se permitir uma vida digna e não uma morte digna.

Além disso, a despeito do vácuo normativo das formalidades das DAVs, o substrato fático-normativo para sua possibilidade já se faz presente no ordenamento

jurídico brasileiro. É justamente nesse direcionamento ético e principiológico em desenvolvimento que se insere o suporte para sua realização, isto é, o seu reconhecimento garante unidade e coerência para a situação jurídica existencial da dignidade no morrer, para a máxima realização de um projeto de vida no ápice derradeiro da existência.

A metodologia do direito civil constitucionalizado, nesse ínterim, dá a liberdade necessária ao civilista para estabelecer os parâmetros de um direito civil existencial ao passo que, segundo Pietro Perlingieri (2002, p. 5) “não existe, em abstrato, o ordenamento jurídico, mas existem os ordenamentos jurídicos, cada um dos quais caracterizados por uma filosofia de vida, isto é, por valores e princípios que constituem a sua estrutura qualificadora”. Segundo o autor, ainda, “a solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam” (PERLINGIERI, 2002, p. 5).

A compatibilização entre o direito privado representado pelo direito civil, com o direito público, fundamentalmente o direito constitucional, é necessária para criação de um espaço de liberdade pautado pela dignidade e pela alteridade. Conforme assevera Gustavo Tepedino (2021, p. 206), a necessidade atual de se falar em um direito civil constitucional reside no fato de a autonomia clássica do direito privado conduzir ao desenvolvimento de uma “desigualdade assombrosa” de forma que “com o Texto Constitucional de 1988, exige-se o respeito à pessoa humana não apenas por parte do estado, mas também nas relações privadas, para que a autonomia negocial não se transforme em salvo-conduto para imposição do poder econômico e do mercado, avesso aos valores constitucionais” (TEPEDINO, 2021, p. 206).

Em relação às DAVs, o poder econômico e do mercado podem ser comparados ao consciente coletivo, de parcela da classe médica e do imaginário da sociedade brasileira da necessidade de se preservar a vida biológica o máximo possível<sup>34</sup>, mesmo que implique em uma desconsideração da dignidade da pessoa que está prestes a morrer, isto é, de se discutir e respeitar a posição da autonomia

---

<sup>34</sup> Cf. os dados estatísticos da pesquisa feita pelo Instituto Kaiser (HAMEL; WU; BRODIE, 2017, p. 7) citados no capítulo anterior, item 2.1.1.

negocial de uma pessoa redigir uma diretiva antecipada de vontade e ter as disposições ali contidas respeitadas.

Nesse sentido, assevera Anderson Schreiber (2016, p. 5) que o direito civil constitucional se embasa em uma vertente solidarista e humanista, necessária para o reconhecimento, compreensão e respeito dos diferentes projetos de vida. Assim, mesmo que uma pessoa não concorde com as disposições contidas nas DAVs de outra pessoa, pelos valores humanistas e de alteridade insculpidos no ordenamento civil contemporâneo, faz imperativo que se torne eficaz os direcionamentos ali contidos para que aquele projeto de vida se encerre de maneira digna e coerente.

Entretanto, deve-se ressaltar que o espaço de liberdade existencial não é amplo e irrestrito para qualquer disposição existencial, isto é, a eficácia dos comandos ali contidos esbarra nos limites do ordenamento, em especial, a vedação da eutanásia. A ideia de plenitude da existência também assim não permitiria, pois tem-se como pressuposto que a pessoa somente deseja morrer quando sua vida resta destituída de sentido ou está em um estado de sofrimento sem os devidos cuidados. Uma pessoa que tem a multidimensionalidade da personalidade e da existência respeitadas e recebe cuidados compatíveis com a essência do seu ser viverá bem, até o dia que a vida passe a ser morte.

Contudo, para realização dessa possibilidade do viver e morrer dignamente, é necessário um norteamento da interpretação dos institutos jurídicos de acordo com os valores existenciais impregnados no direito civil. Segundo Anderson Schreiber (2016, p. 6), a constitucionalização do direito civil propiciou um redirecionamento<sup>35</sup> que

não se limite a uma operação formalista, por meio da fria subsunção da situação fática à norma que a descreve de modo mais minucioso, mas que se mostre comprometida com a aplicação de todo o ordenamento jurídico a cada caso concreto, em uma busca

---

<sup>35</sup> “É neste sentido que se deve entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização do direito civil’. Aqui, o papel do intérprete se transforma radicalmente: deixa de ser *la bouche da la loi* (a boca da lei) para passar a exercer uma atividade essencialmente ‘criadora, no sentido de que manifesta historicamente os valores do ordenamento, individua a normativa idônea, constitui um precedente doutrinal e jurisprudencial com uma sua autoridade ou um seu peso nas elaborações sucessivas da jurisprudência e da ciência; julga a compatibilidade da norma ao caso concreto’. O aspecto criativo da interpretação não é, contudo, livre, como sugerem outras escolas de pensamento (e.g., escola do direito livre e direito alternativo), mas ‘vinculada mais especificamente às escolhas e aos valores do ordenamento’, sendo, por isso mesmo, passível de controle, por meio da análise da sua necessária motivação” (SCHREIBER, 2016, p. 6).

permanente pela máxima realização dos seus valores fundamentais. [...] Em outras palavras: o direito civil constitucional não aprisiona o intérprete na literalidade da lei, como pretendia a escola da exegese com seu exacerbado positivismo, nem o deixa livre para criar o direito a partir dos seus próprios instintos e opiniões, como propõem a escola do direito livre e o direito alternativo. Reconhece-lhe um papel criativo, mas sempre vinculado à realização dos valores constitucionais. É certo que a transposição desses valores, enunciados em termos genéricos, ao caso concreto exigirá uma compreensão histórico-social e até mesmo cultural, que é, por definição, relativa, mas que, sendo necessariamente motivada, será passível de controle, discussão e revisão em perspectiva técnica, com base em um parâmetro mais seguro (os valores consagrados no texto constitucional) que o mero sentimento de justiça ou concepção de mundo de cada intérprete.

É desse direcionamento interpretativo que resulta a afirmação anteriormente feita que o direito civil constitucional consubstancia o suporte fático-normativo para discussão das diretivas antecipadas de vontade, suprimindo a ausência de legislação específica sobre o tema. Destaque-se que não se pretende rejeitar a necessidade de uma norma que regule os aspectos formais para validade e eficácia de uma diretiva, mas sim que, de acordo com o estado atual da arte do direito se torna possível defender tal negócio jurídico, principalmente em razão do direcionamento existencial provocado pela dignidade humana<sup>36</sup> e, repise-se, pelo seu papel de valor central e fundante do ordenamento jurídico.

O direito civil constitucional funda uma percepção existencial do direito civil, ao passo que desprende os institutos clássicos do direito privado, como a autonomia e o negócio jurídico, de fins estritamente patrimoniais. Anderson Schreiber (2016, p. 19) define essa virada de modo cirúrgico, indicando a inversão do ter pelo ser, afirmando que

---

<sup>36</sup> Apesar dessa posição essencial da dignidade humana, reforça-se o alerta anteriormente feito ao tratar do seu esboço conceitual da necessidade de parcimônia e ponderação na sua invocação e aplicação. Em outro ensinamento, agora sob a vertente constitucionalizada, adverte Anderson Schreiber (2016, p. 22) que “A metodologia civil constitucional reclama a aplicação dos princípios constitucionais, mas tal aplicação se dá necessariamente de modo técnico e criterioso, por meio de uma fundamentação controlável, ancorada no dado normativo. A invocação velha dos valores constitucionais nada tem de civil constitucional: é patifaria intelectual, que, longe de privilegiar, esvazia a densidade das normas fundantes do ordenamento jurídico brasileiro. Entre esses dois extremos, equilibra-se o civilista contemporâneo. Precisa escapar tanto do legalismo restrito, que o converte em mero reproduzidor de normas cada vez mais específicas e numerosas, quanto do subjetivismo jurídico, que compromete a uniformidade na aplicação da lei (garantia da legalidade) e o impede de encontrar na sua tarefa uma unidade de ação, consubstanciada em um projeto de sociedade futura. É esse equilíbrio que oferece a metodologia civil constitucional. Nem o ‘sono dogmático’, nem as ‘esbórnias ideológicas’, o direito civil constitucional exprime um ‘positivismo ético’, que, sem renunciar ao dado normativo, funda-se na primazia dos valores consagrados no texto constitucional”.

o direito civil constitucional se caracteriza pelo 'decisivo predomínio das situações existenciais sobre as situações patrimoniais'. Daí afirmarem alguns autores, em fórmula sintética, que o ser prevalece sobre o ter. A ideia, contudo, deve ser bem compreendida. O direito civil constitucional não propõe uma segregação absoluta entre situações existenciais e situações patrimoniais. Numa reversão da perspectiva histórica do direito privado, que se interessava pelo sujeito de direito apenas sob o prisma patrimonial (o proprietário, o testador, o contratante), a metodologia civil constitucional vem exigir que a pessoa passe a ser valorizada pela sua condição humana. O ter deixa, assim, de ser um valor em si mesmo para se tornar mero instrumento de realização do ser. A atividade econômica passa a estar subordinada ao atendimento de valores não econômicos, como a solidariedade social, a igualdade substancial e a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido também se posiciona Gustavo Tepedino (2021, p. 214) ao afirmar que “a proteção aos valores existenciais configura momento culminante da nova ordem pública instaurada pela Constituição, não poderá haver situação jurídica subjetiva que não esteja comprometida com a realização do programa constitucional”. Assim, a promoção dos cuidados paliativos, a serem abordados no último capítulo, e as diretivas antecipadas de vontade se apresentam como um meio e um instrumento para realização do projeto constitucional da dignidade humana.

Em derradeira consideração sobre a corrente do direito civil-constitucional, Anderson Schreiber (2016, p. 22) destaca a função do civilista contemporâneo na realização dos valores fundantes do ordenamento:

Cumprir-lhe realizar a vocação do direito civil, vocação que se confirma na experiência jurídica contemporânea, mas que não deixa, em certa medida, de se comunicar com as remotas origens do *ius civile*, como instrumento de proteção dos direitos do homem na vida comum. A partir da releitura constitucional, retoma-se, sob renovadas e ampliadas vertentes, toda a tradição dos 'direitos civis' na reconstrução de um ramo do direito destinado a garantir o pleno desenvolvimento do ser humano e a tutelá-lo em suas mais essenciais manifestações.

Esse é o contexto em que se discutirá, no próximo tópico, a evolução da teoria do negócio jurídico, considerando-se como partida o fato jurídico para chegar ao negócio biojurídico. A noção de um direito civil existencial permeado pelos valores constitucionais da alteridade e da dignidade são inexoráveis para tal feito. Isso se deve ao fato de ele estabelecer um pressuposto fático-normativo que, a despeito da

evolução incessante e diária da técnica e da ciência, e pela mutação ainda mais rápida do corpo social e das suas compreensões sobre a existência enquanto vivem e experienciam o mundo, isto é, desenvolvem-se enquanto pessoa e edificam a sua personalidade.

Contudo, para que seja possível esse processo de compreensão, crescimento e desenvolvimento da personalidade, que pretende se defender que seja resguardada pelo negócio biojurídico das diretivas antecipadas de vontade, é pressuposto essencial o entendimento do desenrolar da noção de autonomia no direito privado<sup>37</sup>.

O caminhar do conceito de autonomia da vontade para autonomia privada teve um movimento semelhante ao da evolução do direito privado, partindo de uma ideia patrimonialista para, após um processo de humanização, voltar atenção também para aspectos existenciais. A construção histórico-jurídica do conceito de autonomia foi influenciada pelo contexto sócio-político das épocas que foram se desenvolvendo, conforme a ideia que o direito tenta se adequar a reboque das mudanças sociais.

Nesse sentido, a primeira noção de autonomia que ganha relevância para o direito civil ocorre no seio do estado liberal, sob influência do pensamento político liberalista. Otávio Luiz Rodrigues Jr. (2006, p. 116) destaca a influência desse contexto histórico nos contornos da autonomia privada: “O Liberalismo tentava conciliar a liberdade formal e a segurança, conceitos que se qualificavam como verdadeiros alicerces das relações privadas. (...) A vontade era fonte dos direitos e o contrato, sua forma excelsa de exteriorização. É nesse espaço que se qualifica a autonomia da vontade”.

Esse contexto também se relaciona com as teorias da liberdade anteriormente apresentadas, sendo que o fundamento da autonomia da vontade se embasa na ideia de liberdade negativa. Tem-se um conceito individualista e isolacionista, onde a pessoa se torna um soberano sobre si mesmo, mas em um caráter voltado para o egoísmo. Isto porque o contrato, meio de sua manifestação por excelência, tinha valor de lei e pouco se importava com as consequências deletérias

---

<sup>37</sup> Lembra-se que o conceito de autonomia existencial já foi tratado no tópico sobre o conceito fundamental da liberdade.

para aspectos existenciais de outrem, em razão da tutela ser essencialmente patrimonial.

Segundo Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 66)

A autonomia da vontade tem feição subjetiva, pois releva a vontade em si mesma, no seu sentido mais psicológico. A função da autonomia da vontade, pode-se afirmar, era a de garantir a própria vontade do sujeito, por ser considerada a única fonte de efeitos obrigacionais. O princípio da autonomia da vontade foi cristalizado como fundamento jurídico de uma política econômica liberal que garantia à vontade do indivíduo o papel da causa primeira das relações jurídicas.

No mesmo sentido, destaca Francisco Amaral (2018, p. 131) que os primórdios da autonomia da vontade eram orientados subjetivamente. Isto é, se fundava em aspectos psicológicos do agente e no seu querer mais puro e egoísta, com objetivos de realizar os seus desejos e intenções internas mesmo que não declaradas. Contudo, esse paradigma ainda é relevante para o estado atual do direito civil por ser considerada como a causa do ato jurídico, que será brevemente delineado no item seguinte (AMARAL, 2018, p. 131).

Em outras palavras, um contrato que era capaz de causar sofrimento ou uma situação indigna para o outro contratante, ou indiretamente, em terceiros ou no corpo social, teria sua função e faria a lei das partes desde que chegasse à finalidade econômica pretendida. Protegia-se as partes da ingerência de terceiros e do Estado, dando valor mais puro possível para as manifestações de vontade. Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 65) demonstra que essa ideia se relaciona com a de liberdade jurídica e ainda hoje encontra reflexo, mesmo que mitigado, na Constituição Federal, no art. 5º, inciso II, que literalmente deixa um espectro de liberdade de ação quase infinito, ao permitir que os particulares tenham liberdade e autonomia para fazerem tudo o que a lei não proibir. Nas palavras da autora “esta [a liberdade] teria como único limite a lei, respeitosa material e formalmente da Constituição. Trata-se do viés negativo da liberdade que é tutelada se não for proibida” (MEIRELES, 2009, p. 65).

Ana Carolina Brochado Teixeira (2018, p. 82) afirma que no paradigma da autonomia da vontade, reconhecia-se a vontade individual como um verdadeiro poder dentro do marco político do Estado Liberal. Assim, deixava-se

a cargo dos indivíduos decidirem as próprias vidas no que tange à liberdade contratual, já que o maior valor social à época era o patrimônio, em razão da sociedade burguesa dominante, que impunha uma dialética negocial baseada eminentemente na lógica econômica. Por isso, a liberdade assumia um conteúdo muito mais negativo, pois 'supõe a garantia de não ingerência de poderes ou forças estranhas ao sujeito no desenvolvimento de sua atividade' (TEIXEIRA, 2018, p. 82).

Conforme se afirmou anteriormente, a ideia de autonomia da vontade se liga diretamente com o direito civil clássico, com forte cunho patrimonialista, onde as situações jurídicas existenciais ficavam a descoberto da proteção legal e, talvez, sequer fosse possível se falar em uma dimensão da alteridade para o processo de reconhecimento mútuo e desenvolvimento pleno de todas as potencialidades de cada ser humano. Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 66) destaca que nesse contexto liberalista, os conceitos de liberdade, autonomia da vontade e autonomia privada não tinham contornos que os separavam, sendo tratados como conceitos idênticos.

Além disso, evidencia o principal marco da autonomia da vontade

Pelo chamado *dogma da vontade* a vontade individual alcançou seu apogeu. Foi a concepção negativa da liberdade que influenciou a concepção de que a vontade individual representava a maior expressão da liberdade do indivíduo na esfera privada e, por si só, era suficiente para impedir qualquer ingerência externa no seu conteúdo e nos seus efeitos. Isso significa que o agente tinha o poder de praticar um ato jurídico e lhe determinar o conteúdo, a forma, bem como os efeitos com a sua vontade, sem qualquer interferência externa (MEIRELES, 2009, p. 66).

Curioso notar que, a fundamentação filosófica do dogma da vontade tem base kantiana, na metafísica dos costumes, conforme Otávio Luiz Rodrigues Jr. (2004, p. 117), cujos fundamentos também justificam uma dimensão humanista e altruísta da existência humana. *In verbis*:

Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objectos do querer). O princípio da autonomia é, portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. Que esta regra prática seja um imperativo, quer dizer que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, é coisa que não pode demonstrar-se pela simples análise dos conceitos nela contidos, pois se trata de uma proposição sintética; teria que passar-se além do conhecimento dos objectos e entrar numa crítica

do sujeito, isto é da razão prática pura; pois esta proposição sintética, que ordena apodicticamente, tem que poder reconhecer-se inteiramente a priori (KANT, *apud* RODRIGUES JR., 2004, p. 117).

O mesmo imperativo categórico contido na afirmação anterior protege o indivíduo da arbitrariedade do Estado ou de terceiros de tentarem impor um ou outro entendimento dos valores do viver e morrer com dignidade, isto é, impede que a sua vida seja instrumentalizada pela autonomia de terceiros. E é nesse contexto de não instrumentalização de nenhuma pessoa, que deve ser considerada na sua integridade e totalidade, ter sua autonomia protegida nos aspectos patrimoniais – essenciais no mínimo para uma qualidade de vida – e nos aspectos existenciais, que a autonomia da vontade entra em crise.

Demonstra Otávio Luiz Rodrigues Jr. (2004, p. 120) a percepção de que “a autonomia, qualificada apenas como um produto da vontade, revelou-se uma derivação reducionista do individualismo, esquecendo o substrato humanista que lhe deveria permear e, de modo inequívoco, abrindo o flanco para as críticas mais severas por sua posição tributária aos desígnios da lei” (RODRIGUES JR., 2004, p. 120).

Quando se fala em viver e morrer com dignidade, ou seja, que sejam permitidos espaços de liberdade e autonomia amplos o suficiente para que o sujeito possa se autodeterminar e construir sua personalidade, a retomada humanista é essencial para não se retroceder ao individualismo excludente. A autonomia aqui, nesse sentir, deve ser permeada por um sentimento de alteridade para que, todas as pessoas, dignas por si mesmas, possam todas ser quem são e continuarem a ser assim até a sua morte. A autonomia, então, é essencial para que toda humanidade possa viver e escolher uma possibilidade construtiva dentro da infinidade de possibilidades do estar sendo humano.

A autonomia privada surge como superação do valor individualista liberal e negativo da autonomia da vontade. Pode ela ser entendida como uma vontade qualificada para obter determinados efeitos jurídicos, sendo então, causa do negócio jurídico e de maior relevância para o Direito. Segundo Francisco Amaral (2018, p. 131), a autonomia privada tem um viés mais objetivo, dando tutela à expressão do poder da vontade, isto é, à externalização concreta e real dos fins que com ela se deseja chegar, sendo a causa principal do negócio jurídico e fonte de obrigações (AMARAL, 2018, p. 131). Em outras palavras, a autonomia privada leva em conta

aquilo que a pessoa efetivamente torna conhecido para o outro e tutela a vontade nessa expressão objetiva.

Na dimensão da repersonalização do direito, dentro do contexto do direito civil constitucional, a autonomia privada pode ser considerada como expressão da construção do ser, por ser fonte dos negócios jurídicos – que conforme se verá, podem regular aspectos patrimoniais e existenciais da vida humana – mas amoldada ao princípio da dignidade humana. Ou seja, é a permissão para que cada pessoa, dentro da sua esfera particular, possa agir segundo seus desígnios, mas vinculada ao caráter objetivo daquilo que expressa e, encontra limite na não violação e não instrumentalização dos pares que se relaciona.

Pode-se a considerar, também, como uma retomada ética do direito com a virada humanista do pós-guerras. Limitar o espaço de atuação de um indivíduo ao respeito da personalidade de outrem é um mecanismo apto a dar coerência e unicidade ao ordenamento para realização do seu fim último: a proteção do livre desenvolvimento da pessoa humana, numa vivência digna do nascimento à morte. É a superação do formalismo estrito da lei para que os espaços de autonomia sejam resguardados de acordo com os valores vigentes no sistema de direito e na sociedade contemporânea e, em última análise, um exercício do direito como integridade apresentado por Dworkin (2007, p. 271-275).

Gustavo Tepedino (2021, p. 214) ao tratar do significado da constitucionalização do direito civil destaca que a proteção aos valores existenciais não poderá ser feita descolada da ordem pública e, por consequência, não se poderá tutelar uma situação jurídica subjetiva que não se coadune com os valores humanistas do projeto constitucional. Essa afirmação justifica a limitação da autonomia privada, principalmente em questões existenciais, à não lesão da personalidade e dignidade de outras pessoas. Destaca o professor que

Não se vislumbra, com isso, repita-se ainda uma vez, qualquer *redução quantitativa* dos espaços de autonomia privada. Propriedade, família, contrato, empresa, não migram para outros ramos do direito, diante da forte intervenção do poder público, vinculando-os à opção valorativa constitucional. Trata-se, ao revés, de *transformação qualitativa* de cada um dos institutos do direito civil, iluminados pelo Texto Maior, sem que com isso se pretenda subtrair da autonomia privada, seus poderes, titularidades e responsabilidades, na construção de uma sociedade (que o constituinte quis) justa e solidária (TEPEDINO, 2021, p. 214).

Isto é, tem-se um espaço pleno de decisão quando se referir à própria personalidade, ao próprio desenvolvimento, mas se limita a capacidade de decisão quando ela influenciar a dignidade e livre construção da personalidade de outrem. Em relação à terminalidade da vida, seria uma crueldade e uma forma de autoritarismo de um moralismo míope permitir que terceiros definam o que seria uma vida e uma morte digna.

Francisco Amaral (2018, p. 131-132) evidencia de forma ímpar a influência do personalismo ético contemporâneo para os contornos da autonomia privada:

A autonomia privada é princípio fundamental do sistema de direito privado, que se forma a partir do reconhecimento de um âmbito particular de atuação da pessoa, com eficácia normativa. **Trata-se da projeção, no direito, do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada, sem o que a pessoa humana, embora formalmente revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade.** (...) Do ponto de vista jurídico, a liberdade é o poder de praticar ou não, ao arbítrio do sujeito, todo ato não ordenado nem proibido por lei, e, de modo positivo, é o poder que as pessoas têm de optar entre o exercício e o não exercício de seus direitos subjetivos. A autonomia privada significa, assim, o espaço que o ordenamento estatal deixa ao poder jurídico dos particulares, uma verdadeira esfera de atuação com eficácia jurídica, reconhecendo que, tratando-se de relações de direito privado, são os particulares os melhores a saber de seus interesses e da melhor forma de regulá-los juridicamente (grifo meu).

Reitera-se que esse espaço de liberdade no sentido existencial, isto é, de autonomia privada para atos existenciais, os particulares o tem pleno quando as decisões a serem tomadas sejam única e exclusivamente de cunho personalíssimo e autorreferenciadas. Quando essa decisão disser respeito à integridade e à compreensão de mundo e do viver de outra pessoa, aí está o limite de atuação, somente esta outra pessoa, consciente do seu ser no mundo, tem a possibilidade de decidir adequadamente sobre os próprios rumos.

São delimitações necessárias ao pleno desenvolvimento da personalidade de cada ser humano e, também, um freio axiológico para arroubos individualistas exacerbados, conforme menciona Otávio Luiz Rodrigues Jr. (2004, p. 122): “o império da autonomia privada na centúria que findou é inegável. Sob a escusa de afastar a superada visão de autonomia da vontade, permeada de insustentável individualismo,

recorreu-se ao intervencionismo legal e judicial do Estado como forma de coibir os *abusos* da liberdade pelos particulares”.

Nesse sentido, Pietro Perlingieri (2002, p. 275-276) entende que o conceito de autonomia privada não se identifica com a iniciativa econômica nem com a autonomia contratual em sentido estrito. Segundo o autor, a autonomia negocial seria um gênero do qual são espécies a autonomia privada e a autonomia existencial, em razão do conceito de autonomia negocial ser suficiente para abarcar situações existenciais e patrimoniais<sup>38</sup>. Nas suas palavras:

O contrato, como negócio jurídico patrimonial, não exaure a área de relevância da liberdade dos particulares (mas é melhor a esse ponto dizer: a liberdade da pessoa). Ao contrário, não somente ela se exprime também em matérias onde diretamente são envolvidas situações subjetivas existenciais, mas sobretudo, a abordagem do ordenamento não pode ser abstrata quanto a autonomia (o poder de colocar regras) investe profundamente o valor da pessoa. O ordenamento não pode formalisticamente igualar a manifestação da liberdade através da qual se assinala, profundamente, a identidade do indivíduo com a liberdade de tentar perseguir o máximo lucro possível. (...) Quando a negociação diz respeito às situações subjetivas não patrimoniais, os atos de autonomia se relacionam diretamente ao art. 2 Const. (PERLINGIERI, 2002, p. 276).

O artigo 2º da Constituição Italiana mencionado por Pietro Perlingieri tem a seguinte redação: “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” (ITÁLIA, 2018, p. 6). A associação feita deixa claro o redirecionamento do espaço de autonomia privada para realização dos valores

---

<sup>38</sup> Em posição contrária, Ana Prata (2016, p. 15) restringe o conceito de autonomia privada e autonomia negocial aos aspectos patrimoniais da vida humana: “a autonomia privada não designa toda liberdade, nem toda liberdade privada, nem sequer toda a liberdade jurídica privada, mas apenas um aspecto dessa última: a liberdade negocial. Por outro lado, o conceito só por extensão é adequado a subsumir todas as situações de poder contratual dos sujeitos, pois nuclearmente, ele apenas abrange aquelas em que se exprima um conteúdo diretamente patrimonial”. É também o entendimento de Francisco Amaral (2018, p. 136): “A autonomia privada limita-se pela ordem pública e pelos bons costumes. A ordem pública como conjunto de normas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado, e as que, no âmbito do direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica, intervindo na economia, criando mecanismos de proteção ao consumidor e regulamentando determinadas espécies contratuais” (AMARAL, 2018, p. 136). Sobre tal afirmação, Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 70-71) que “a autonomia negocial pressupõe o negócio jurídico como ato e como instrumento da autonomia privada”. A partir desses posicionamentos, demonstra-se a necessidade de da evolução dos conceitos para a autonomia existencial anteriormente tratada e, para a ideia de negócios biojurídicos tratada a frente.

humanísticos encarnados pela possibilidade de cada pessoa ser humana em sua essência.

Assim, de fato o é que Pietro Perlingieri (2002, p. 276-277) assevera não ser possível um discurso unitário sobre a autonomia privada: “a unidade é axiológica, porque unitário é o ordenamento centrado no valor da pessoa, mas é justamente essa conformação do ordenamento que impõe um tratamento diversificado para atos e atividades que em modo diferenciado tocam esse valor e regulamento situações ora existenciais, ora patrimoniais, ora umas e outras juntas”.

Interessante mencionar neste recorte da autonomia na terminalidade da vida e a retomada dos valores humanísticos e altruísticos na compreensão desse momento o art. 32, da Constituição Italiana: “A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo (...) a lei não pode, em hipótese alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana” (ITÁLIA, 2018, p. 17). A necessidade de entender e respeitar os sentimentos, valores e emoções da pessoa próxima da morte é tão importante para tutela de todas as dimensões humanas que é o único momento que o constituinte utiliza o termo direito fundamental. Na Constituição Brasileira, tal aceno humanista é feito ao se eleger a dignidade humana como fundamento da República Brasileira.

Nesse diapasão, Stefano Rodotà (2018, p. 141), em referência ao art. 32 da Constituição Italiana arremata de forma eloquente e sintética de tudo que até aqui foi dito:

Opera-se uma verdadeira transferência de poder, ou melhor, de soberania. A pessoa torna-se soberana ao decidir sobre a própria saúde, e, portanto, sobre a própria vida, como afirmam as cada vez mais abrangentes definições de saúde. (...) Da autolimitação do poder do médico, definida unilateralmente pelo juramento, passa-se também neste caso a uma integral transferência de poder para a pessoa. Aqui a laicização é representada de forma ainda mais evidente pela substituição de uma moral externa, aquela definida pela deontologia médica, por uma moral toda determinada no interior da esfera pessoal do interessado. Basta isto para se dar conta da impropriedade das tentativas de adotar aquelas referências e aquelas categorias jurídicas para delinear o quadro institucional no qual se coloca o direito à autodeterminação, que se refere à vida, em si irredutível à lógica do mercado, e que deve verdadeiramente referir-se ao tema da personalidade e, definitivamente, da soberania. (...) Certamente, entre ‘soberanos’ são sempre possíveis tensões ou conflitos. Mas, exatamente para evitar que a vida se torne um campo de batalha, foi delineado um perímetro, foram definidas fronteiras que, como foi dito, o poder político e o poder médico não podem ultrapassar. De modo

que, ainda quando ponderações ou composições se revelam possíveis ou necessárias, isto exige não apenas uma consideração paritária dos poderes em campo, mas sobretudo a impossibilidade de considerar que o Estado tenha jurisdição sobre a vida (RODOTÀ, 2018, p. 144-146).

Cumprir fazer uma derradeira observação sobre a relevância dos conceitos aqui apresentados: a viabilidade da proteção positiva das situações subjetivas existenciais que será feita à frente. Nos dizeres de Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 60) “a autonomia privada é aqui considerada como meio para se conferir proteção positiva às situações existenciais. Por intermédio dela, a pessoa, para garantir o livre desenvolvimento da sua personalidade poderia se autodeterminar, ou seja, criar, modificar ou extinguir situações subjetivas, conforme fosse o efeito mais adequado para a tutela da pessoa”.

Em linhas gerais, a evolução do conceito de autonomia para o Direito Privado, em especial para o direito civil, sempre teve como foco garantir ao indivíduo a sua realização, ora de forma mais radical, ora de forma funcionalizada. A influência das correntes de ideais das épocas conceituais assim a influenciavam, como no dogma da vontade, da autonomia da vontade, de raiz essencialmente liberalista radical, onde a vontade era soberana. Com a evolução da convivência e do reconhecimento do outro, mas ainda sob uma perspectiva individualista, a autonomia negocial começou a ser modulada para coibir abusos de direito, vinculada diretamente com aspectos patrimoniais. No avanço da biotecnologia e do biodireito repersonalizado, a autonomia assume uma dimensão existencial, no sentido de garantir que as pessoas possam desenvolver os aspectos basilares e fundamentais da sua existência, com a liberdade existencial suficiente para definir o que seria uma vida boa e digna, mas, ainda, considerando a possibilidade de coexistência de projetos de vidas igualmente dignos, em um espaço de alteridade e intersubjetividade.

É nesse contexto do direito civil constitucionalizado, permeado pelos valores humanistas das grandes declarações de direitos que trouxeram a tutela da pessoa para o centro dos ordenamentos que se discutirá o caminhar da teoria do negócio jurídico, do fato jurídico ao negócio biojurídico. Em movimento semelhante ao da superação do individualismo egoísta estatuído pelo dogma da vontade pelo conceito contemporâneo de autonomia privada, demonstrou-se que para que o direito possa continuar a proteger a pessoa em toda sua integralidade, será necessário

sempre reafirmar os valores da dignidade humana e da autonomia existencial também em relação às dimensões da alteridade e da personalidade do outro.

### 3.1 DO FATO JURÍDICO AO NEGÓCIO BIOJURÍDICO EM RELAÇÃO ÀS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

De início, como se utilizará as diretivas antecipadas de vontade como suporte fático e exemplificativo dos conceitos da teoria do negócio jurídico que se pretende demonstrar a evolução, cumpre compreender, de antemão, o que são as diretivas antecipadas de vontade e sua finalidade. O substrato axiológico que permeará a discussão é o valor inexorável da vida humana materializada no princípio da dignidade humana; pela autonomia existencial para preservação dos valores fundamentais do paciente e, dentro da metodologia do direito civil constitucional repersonalizado que trouxe a pessoa concretamente considerada ao centro da atenção do ordenamento jurídico.

O primeiro ponto a ser brevemente tratado é a questão terminológica envolvendo as diretivas antecipadas de vontade. Elas, como o nome já sugere, não são um único instrumento, mas sim um gênero do qual são espécies o testamento vital e o mandato duradouro. O problema da terminologia se concentra no testamento vital que se analisado com cuidado, em quase nada se assemelha com o testamento patrimonial do direito das sucessões.

Luciana Dadalto (2013, p. 63) deu início às discussões sobre a adequação técnica do termo testamento vital. Talvez, como sugere a autora, a utilização do termo testamento vital venha de uma tradução equívoca da expressão inglesa *living will*, em sua literalidade. Destaca, ainda, que a expressão *will*, em inglês, pode significar vontade, desejo e testamento; e o termo *living* significa sustento, vivo ou vivendo (DADALTO, 2013, p. 63). Nesse sentido, afirma que “a tradução literal mais adequada seria ‘desejos de vida’, ou ainda ‘disposição de vontade de vida’, expressão que, também designa testamento – vez que este nada mais é do que uma disposição de vontade” (DADALTO, 2013, p. 63).

A discussão se acirra quando o instituto passa a ser comparado com o testamento patrimonial do direito sucessório, ainda mais tendo em tela as discussões entre a patrimonialidade e a existencialidade do direito civil contemporâneo, devendo-se ressaltar que a função de ambos tem valor quase inquestionável para as

vicissitudes da vida contemporânea. Apesar da semelhança entre o *nomen juris* dos institutos, cada qual desempenha suas funções em garantir a tutela jurídica do patrimônio, essencial para a qualidade de vida mínima de qualquer pessoa e, da personalidade, ao proteger aspectos existenciais indispensáveis para um término da vida tranquilo. Dessa confusão terminológica, asseverava Luciana Dadalto (2013, p. 63) que

torna-se questionável se, originalmente, este instituto foi realmente equiparado a um testamento ou se tal confusão foi provocada por um erro de tradução para outro idioma, que foi perpetuado. Entretanto, testamento vital – nome pelo qual esta diretiva antecipada é conhecida no Brasil – não é a melhor denominação, vez que remete ao instituto do testamento, negócio jurídico unilateral de eficácia *causa mortis*, o que, de todo, não é adequado.

Adriano Marteleto Godinho (2012, p. 956) destaca as diferenças entre o testamento vital e o testamento patrimonial, dando uma prévia do conceito daquele, também:

Cumpra, antes de avançar, apontar uma imprecisão terminológica no emprego do termo ‘testamento vital’. Não se trata exatamente de um testamento, porque este ato jurídico se destina a produzir efeitos *post mortem*; ao revés, o testamento vital tem eficácia *inter vivos*. Ademais, há outra significativa distinção entre as figuras: o testamento vital tem por objeto firmar antecipadamente a vontade do paciente quanto aos atos médicos a que pretende se submeter, subsistindo as instruções contidas no documento nos casos em que seu subscritor estiver impossibilitado de manifestar-se; o testamento propriamente dito, por seu turno, implica, normalmente, uma divisão do patrimônio pertencente ao testador, não obstante a lei permita que o ato seja celebrado para fins não patrimoniais, como o reconhecimento de paternidade, por exemplo. Seria inócua, por óbvio, a inclusão de instruções acerca dos cuidados médicos a ter em conta num testamento, porque este ato, como já se afirmou, tem sua eficácia jurídica suspensa até que se verifique a morte do testador.

Nesse ínterim, destaca-se que em certos pontos ambos os institutos se aproximam, pois são negócios jurídicos que consubstanciam uma declaração de vontade calcada na autonomia privada e na autonomia existencial com o intuito de se obter determinados efeitos cujo direito reconhece. Assim, Luciana Dadalto (2013, p. 64) propõe a expressão “declaração prévia de vontade do paciente terminal”.

Embora se reconheça a utilidade e até a necessidade de discussão acerca dos aspectos terminológicos que dão nome aos institutos de expressão da autonomia

privada das pessoas, principalmente para distinção da finalidade de ambos, esse imbróglio talvez só cause mais confusão envolvendo aspectos ainda cinzentos do direito dos pacientes e do direito civil existencial. Conforme se afirmou nos capítulos anteriores, o brasileiro ainda encontra uma forte resistência em refletir e discutir sobre a morte, seja em aspectos patrimoniais ou em aspectos existenciais. Nesse sentir, associar um instrumento existencial a um instrumento patrimonial pode aumentar essa resistência pelas mesmas razões de ser vedado o negócio sobre herança de pessoa viva. Parece desconfortável associar questões existenciais que visam proteger o projeto de vida da pessoa com questões econômicas e financeiras.

Nesse contexto, Luciana Dadalto (2020, p. 2) continua a reconhecer que a expressão *testamento vital* não é a melhor denominação, justamente por remeter ao instituto do direito das sucessões. Contudo, destaca a autora que “a crítica à nomenclatura, ao invés de fazer surgir consenso em um novo nome, à exemplo do que fez a Espanha com as *instrucciones previas*, acabou por equiparar o testamento vital à DAV, caminho mais fácil para aqueles que desconheciam a origem e a história do instituto e queriam apenas ‘resolver’ o problema da nomenclatura” (DADALTO, 2020, p. 2). Por essas razões, afirma a manutenção do termo “testamento vital” no lugar da sugestão feita outrora de “declaração prévia de vontade do paciente terminal” (DADALTO, 2020, p. 2).

O próprio CFM deu força à confusão terminológica ao reduzir as DAV ao testamento vital na definição que deu na Resolução 1.995 de 2012 ao “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” (CFM, 2012, p. 269).

As diretivas antecipadas de vontade sendo um gênero do qual o testamento vital é espécie, percebe-se da conceituação dada pelo CFM que o testamento vital foi tomado como o todo, complicando ainda mais a regulamentação dos institutos. Já asseverava Adriano Marteleto Godinho (2012, p. 956) que as diretivas antecipadas de vontade podem ser realizadas por dois instrumentos: o testamento vital e o mandato duradouro.

Para clarear essa confusão conceitual, entende-se as DAVs como instrumentos médicos e jurídicos que materializam declarações de vontade em expressão da autonomia existencial de cada pessoa, em referência personalíssima à

compreensão do viver e do morrer de cada ser humano, consubstanciando seus valores e seu projeto de vida, com a finalidade última de garantir um processo de terminalidade dignificado.

Na definição de Luciana Dadalto (2020, p. 44-45)

As diretivas antecipadas de vontade (*advanced directives*), tradicionalmente, têm sido entendidas como o gênero do qual são espécies o testamento vital (*living will*) e a procuração para cuidados de saúde (*durable power attorney for health care*), pois essa foi a construção feita pela PSDA<sup>39</sup> (...). Atualmente, as DAV não tratam apenas de desejos para fim de vida, sendo entendidas como documentos de manifestação de vontade prévia que terão efeito quando o paciente não conseguir manifestar livre e autonomamente sua vontade.

Fica latente no conceito dado que a função precípua de uma diretiva antecipada de vontade, qualquer que seja o instrumento utilizado, é garantir que o projeto de vida daquele paciente que se encontra incapaz de exercer sua autonomia existencial em relação aos rumos que sua terminalidade tomará seja respeitado. Isto é, as DAV visam garantir que aquele ser humano possa morrer de acordo com os valores que nortearam sua vida. Enfatiza Luciana Dadalto, Unai Tupinambás e Dirceu Bartolomeu Greco (2013, p. 465) que “como as DAV são instrumento de autodeterminação do paciente é imperioso que no intuito de nortear as decisões da equipe médica e do procurador nomeado estejam claros quais valores fundam a vida do paciente e quais são os seus desejos”.

Prosseguindo nas conceituações, Adriano Marteleto Godinho (2012, p. 956) define o testamento vital da seguinte forma

O testamento vital (também chamado ‘testamento biológico’, ‘testamento de vida ou ‘testamento do paciente’) consiste num documento, devidamente assinado, em que o interessado juridicamente capaz declara quais tipos de tratamentos médicos aceita ou rejeita, o que deve ser obedecido nos casos futuros em que se encontre em situação que o impossibilite de manifestar sua vontade, como, por exemplo, o coma.

---

<sup>39</sup> PSDA significa *Patient Self-Determination Act*, ou Ato de Autodeterminação do Paciente, uma lei federal americana que estruturou as DAV (DADALTO, 2020, p. 44).

Luciana Dadalto (2020, p. 55), ao seu turno, faz um apanhado geral da literatura estrangeira e sintetiza o conceito de testamento vital “como um documento redigido por uma pessoa no pleno gozo de suas faculdades mentais, com o objetivo de dispor acerca dos cuidados, tratamentos e procedimentos que deseja ou não ser submetida quando estiver com uma doença ameaçadora da vida, fora de possibilidades terapêuticas e impossibilitado de manifestar livremente sua vontade”.

Desses conceitos apresentados, fica claro que a prática quotidiana utiliza o termo DAV por testamento vital e esse talvez seja o instrumento mais conhecido para realização da autonomia existencial no fim da vida. Também se torna possível compreender essa confusão na definição do CFM na Resolução 1.995/2012, que embora seja prejudicial para regulamentação dos institutos, traz a possibilidade de proteção da integralidade da personalidade do paciente ao direcionar os cuidados da equipe médica e os vincula ao cumprimento dos termos ali declarados, desde que não sejam contrários à Ética Médica e ao ordenamento jurídico.

Um ponto importante a ser ressaltado acerca dos efeitos vinculatórios do TV são os limites da declaração ali contida. Do conceito de DAV, fica evidente que o conteúdo de um TV pode ser sobre aspectos dos tratamentos que deseja ou não receber, dos cuidados, da possibilidade de ser ou não informado de diagnósticos fatais e da utilização de aparelhos e máquinas de suporte vital das intervenções médicas que deseja ou não receber e, até a manifestação sobre doação de órgãos (DADALTO, 2020, p. 57).

Contudo, o médico tem direito à objeção de consciência de não cumprir o que ali está determinado, mas, se assim o fizer, deverá indicar outro médico que possa dar cumprimento aos direcionamentos ali contidos (DADALTO, 2020, p. 57). E a outra limitação técnica do TV diz respeito às disposições que não sejam indicadas para patologia do paciente, visto que a medicina se supera a cada dia, tem-se a necessidade de limitar a eficácia do TV para novos tratamentos que não mais configurem como obstinação terapêutica (DADALTO, 2020, p. 58). Dessa forma, a vinculação aos efeitos do TV deve ser sempre tomada no sentido de garantir o máximo possível o atendimento aos valores do paciente e, sobretudo, no avanço da medicina, garantir conforto, tratamento digno e coerente com o quadro clínico e existencial daquele ser humano.

Por derradeiro, o conceito de mandato duradouro é trazido por Adriano Marteleto Godinho (2012, p. 968) nos seguintes termos:

O instituto do mandato duradouro pressupõe a constituição de um mandatário, aí designado 'procurador de cuidados de saúde', que recebe poderes expressos para, ao agir em nome do paciente e segundo instruções por ele transmitidas, decidir acerca dos tratamentos e cuidados com a saúde o próprio representado admite ou rejeita para si. O referido procurador, portanto, atuará como um interlocutor entre o paciente, cujas instruções deverá fielmente seguir, e a equipe médica.

Deve-se ter em mente que o procurador de saúde deve conhecer profundamente o paciente em razão da necessidade indispensável da sua decisão estar em consonância com os valores fundamentais do paciente. Isto é, assim como um juiz deve tomar uma decisão coerente com as normas e com os princípios do ordenamento jurídico, o procurador de saúde deverá tomar uma decisão que garanta a integridade da vida dessa pessoa; em outras palavras, a decisão dele deverá estar de acordo com a compreensão sobre o viver e o morrer daquela pessoa que o confiou uma das decisões mais importantes da sua existência.

Superados esses aspectos conceituais das DAV que servirão de suporte fático e exemplificativo para análise da teoria do negócio jurídico, partindo nesse momento dos contornos do fato jurídico. De fácil compreensão, Francisco Amaral (2018, p. 461) afirma que os fatos jurídicos são acontecimentos aptos a causarem algum efeito jurídico, desejados ou não, podendo fazer nascer, modificar ou extinguir as relações jurídicas e os efeitos dela decorrentes. Prossegue o autor classificando-os como *fatos jurídicos em senso estrito*, sendo assim considerados quando ocorrerem independentemente da vontade humana, isto é, são oriundos de acontecimentos naturais. Poderão ser *ordinários* quando são acontecimentos comuns, como a morte; ou *extraordinários*, quando acontecem por atuação do acaso, como o caso fortuito (AMARAL, 2018, p. 461). Na doutrina clássica, o conceito de fato jurídico parece ter sido primeiro definido por Savigny, conforme atesta Marcos Bernardes de Mello (2019, p. 173), explicitando-o nos seguintes termos: "chamo fatos jurídicos os acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e terminam".

Contudo, esse conceito, conforme se verá, se amolda somente à tutela das relações jurídicas, instituto restrito que não abarca toda dimensão da proteção da personalidade e da vida humana, mas restringe-se a aspectos voltados ao patrimônio e às relações jurídicas obrigacionais. Também se destaca que as definições que seguirão propõem uma relação de binaridade entre fato jurídico e norma, mas em aspectos

existenciais, conforme se vem afirmando, nem sempre o direito tem uma normativa adequada a tutelar essas dimensões, sendo necessário recorrer a retomada ética e axiológica proposta pela metodologia civil-constitucional e pelo pós-positivismo.

Pietro Perlingieri (2002, p. 91), assim define o fato jurídico “como qualquer evento que seja idôneo, segundo o ordenamento, a ter relevância jurídica. Em geral a norma prevê a hipótese da verificação do evento (ou seja, do fato) e a possibilidade de que este – humano (um passeio, a conclusão de um contrato) ou natural (um temporal) – uma vez ocorrido, tenha relevância jurídica”. Esse direcionamento para relevância jurídica do acontecimento, frise-se o contexto de terminalidade da vida que o fato jurídico aqui a ser discutido é a morte, torna-se indispensável para tutela da integralidade da personalidade humana e será a base para discussão das situações jurídicas subjetivas a serem tratadas no item a seguir.

No direcionamento clássico do fato se tornar jurídico em razão da incidência da norma, a definição de Pontes de Miranda (*apud* MELLO, 2019, p. 175) é precisa ao indicar que

(...) o fato jurídico é o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato jurídico (...) no suporte fático se contém, por vezes, fato jurídico, ou ainda se contém fatos jurídicos. Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimanar, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimanar, eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade.

Contudo, os acontecimentos existenciais não se adaptam a esse conceito de fato jurídico em razão da binaridade de incidência/não incidência da norma. Em que pese, as situações jurídicas existenciais consubstanciam fatos da vida humana corriqueira que tem relevância extrema para o mundo do direito. As diretivas antecipadas de vontade, por exemplo, não têm norma específica de direito que as regulem, contudo, o objeto que forma seu conteúdo, isto é, as vontades e orientações de cuidados que a pessoa em estado de terminalidade deseja ou não receber - possui um substrato fático relevante para o direito a despeito da inexistência de regra jurídica que sobre ele incide. A proteção à personalidade desse sujeito, bem como da sua autonomia existencial e negocial dependem do reconhecimento, de direito, desse fato da vida humana.

Nesse sentido, cumpre lembrar as lições de Marcos Bernardes de Mello (2019, p. 174) ao comentar que as definições do fato jurídico levam em conta a função<sup>40</sup> que ele tem para o mundo do direito. *In verbis*:

Essas definições, como se vê, ressaltam a função que o fato jurídico tem no mundo do direito, qual seja, a de produzir efeitos jurídicos, por isso que as poderíamos denominar definições funcionais. (...) É verdade indiscutível que a finalidade precípua do fato jurídico reside na produção de efeitos jurídicos, porque seria até sem sentido, mesmo ilógico, que se imaginassem fatos jurídicos sem qualquer utilidade para a realidade da vida humana no plano de suas relações interpessoais e que constituíssem meras entidades formais, puramente abstratas.

Ora, no contexto apresentado do direito como integridade seria ilógico considerar que o fato jurídico da morte não possui efeitos jurídicos relevantes para o direito civil além do prisma sucessório e da cessação dos direitos da personalidade e relações correlatas. Quando se passa a falar sobre as situações existenciais, o fato jurídico da morte ganha importância, principalmente em relação às diretivas antecipadas de vontade, porque permite se discutir as circunstâncias de cuidado que essa morte ocorrerá.

Nesse diapasão, se se considerar o fato jurídico *stricto sensu*, entendido e conceituado como “todo fato jurídico em que, na composição do seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial” (MELLO, 2019, p. 195), a morte fornece o substrato fático para discussão das situações de tutela da autonomia existencial nos momentos que a antecedem.

Tal afirmação decorre da conceituação que Emílio Betti (2008, p. 22) faz de fato jurídico. Segundo o autor,

Fatos jurídicos são, portanto, aqueles fatos a que o direito atribui *relevância jurídica*, no sentido de *mudar* as situações anteriores a eles e de configurar novas situações, a que correspondem novas

---

<sup>40</sup> De acordo com Pietro Perlingieri (2002, p. 96) “todo fato juridicamente relevante e, em particular, todo fato humano voluntário, todo ato de iniciativa privada, tem uma função, a qual é predeterminada pelo ordenamento nos esquemas típicos, ou é modelada pela iniciativa dos sujeitos. A função, portanto, é a síntese causal do fato, a sua profunda e complexa razão justificadora: ela refere-se não somente à vontade dos sujeitos que o realizam, mas ao fato em si, enquanto social e juridicamente relevante. A razão justificadora é ao mesmo tempo normativa, econômica, social, política, e por vezes também psicológica (assim é, por exemplo, em muitos atos familiares com conteúdo não patrimonial)”. A relevância de se discutir profundamente as razões das DAVs é justamente a sua função de garantir a realização da plena potência do ser, em todas suas possibilidades, até o dia da sua morte.

qualificações jurídicas. O esquema lógico do fato jurídico, reduzido à expressão mais simples, obtém-se estudando-o como um fato dotado de certos requisitos pressupostos pela norma, o qual incide sobre uma relação *preexistente (inicial)* e a transforma numa situação *nova (final)*, de modo a constituir, modificar ou extinguir poderes e vínculos, ou qualificações e posições jurídicas (BETTI, 2008, p. 22).

No contexto geral que vem se apresentando, dos direitos existenciais, o fato jurídico inicial das discussões das DAV é o nascimento, que permite um novo ser se construir diuturnamente, compreendendo e internalizando o que ele entende por viver e morrer dignamente, isto é, constrói um projeto de vida e, o fato ou situação final é a morte. A morte, embora inevitável como um evento futuro e certo, porém sem data a acontecer, importa para que ela possa ser vivida de forma plena, quando reconhecida a situação existencial precedente, isto é, o processo de terminalidade, e permitido que a própria pessoa direcione e possa receber os cuidados que completarão o significado do seu viver e da sua morte.

O problema surge quando a tutela jurídica dessas situações existenciais fica sujeita a ocorrência de um fato ao qual se subsumirá uma norma. Por óbvio, não se pode esperar morrer para discutir as circunstâncias que se deseja viver até ela de fato ocorrer. Nesse sentido, destaque-se o ensinamento de Pietro Perlingieri (2002, p. 90) que “fato juridicamente relevante não é somente aquele produtor de consequências jurídicas que podem ser bem individuadas, mas qualquer fato, enquanto expressão positiva ou negativa (fato ilícito) de valores ou de princípios presentes no ordenamento. **Não existe fato que não tenha uma valoração expressa ou implícita no âmbito do ordenamento**” (grifo meu).

Emílio Betti (2008, p. 24), ao seu turno, indica que

tudo isso faz compreender que as normas de uma mesma ordem jurídica estão ligadas entre si por um nexó lógico de subordinação e de coordenação; e, ao mesmo tempo, serve para demonstrar que a nova situação jurídica estabelecida por uma certa norma, longe de ser qualquer coisa separada e afastada da *fatispécie* a que corresponde, não passa de um desenvolvimento de situações jurídicas criadas por outras normas, desenvolvimento provocado pela superveniência de um fato que, incidindo sobre aquelas situações, constitui o objeto de ulterior valoração jurídica, por parte da norma em questão.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> Destaca ainda Emílio Betti (2008, p. 24) que “a lei, por si só, não dá nunca vida a novas situações jurídicas, se não se verificam alguns fatos por ela previstos: não porque o fato se transforme em direito,

O fato que ocorre no mundo se torna jurídico quando há uma norma que relacione o acontecimento mundano a uma consequência jurídica. Essa consequência jurídica, nos dizeres de Betti (2008, p. 24), consubstanciam o nascimento de uma situação jurídica para a pessoa cujo acontecimento causou alteração fático-jurídica. E outras normas que incidam, alteram a situação jurídica básica, criando outras situações. Segundo Marcos Bernardes de Mello (2019, p. 197), a ocorrência de um fato que seja capaz de causar interferência na esfera jurídica de alguém constitui dado suficiente para que o direito passe a considerá-lo como relevante.

Assim, pode-se afirmar que embora não existam normas de direito que autorizem a elaboração de uma diretiva antecipada de vontade que amoldará como o fato morte irá ocorrer, a própria sistemática do direito permite a sua feitura. O fato jurídico de viver qualificado pela dignidade e pelo substrato personalista do sistema jurídico brasileiro dá o suporte normativo necessário para tanto.

Em última consideração sobre a relatividade entre fato e norma para ingresso no mundo jurídico de situações existenciais, cumpre trazer mais uma lição de Pietro Perlingieri (2002, p. 90):

O fato concreto quando se realiza constitui o ponto de confluência entre a norma e o seu tornar-se realidade: é o modo no qual o ordenamento se atua. A norma existe na sua atuação quando é individuada pelo intérprete em relação ao caso concreto: o momento fático atribui a concretiza e a historicidade essenciais à norma. O fato concreto é sempre juridicamente relevante, não sempre, todavia, a norma lhe atribui consequências jurídicas tangíveis, que podem ser individuadas de modo específico e determinado como o nascimento, a aquisição, a extinção a modificação de uma situação subjetiva. (...) o nascimento do homem é igualmente um fato jurídico, já que ele é considerado por uma série de normas como produtor de consequências jurídicas e, em particular, constitui o momento no qual, para o direito, nasce um sujeito titular de determinados direitos e deveres.

Em uma interpretação contemporânea, o fato jurídico, para ter relevância para o mundo do direito, necessita da norma que o juridiciza. Uma situação subjetiva tem relevância jurídica ao passo que, mesmo que inexistente a norma, os efeitos que dela se pretendem, isto é, as vicissitudes, importam para a sistemática do

---

mas porque é uma situação jurídica preexistente que se converte com o sobrevir de um dado fato, numa situação jurídica nova.

ordenamento e não só para a incidência de uma norma. O que se tutela é o valor da humanidade, da dignidade, independente de os efeitos práticos pretendidos por essa tutela se subsumirem a uma norma específica.

O nascimento cria uma situação existencial que exige o cuidado do direito como um sistema para permitir que essa pessoa possa estar sendo humana, isto é, realizando suas possibilidades, por toda sua existência. Assim, o morrer dignamente gera uma situação jurídica subjetiva na medida em que é relevante para a coerência sistemática do direito permitir que a pessoa tenha uma vida e uma morte qualificada pela dignidade, segundo o mandamento constitucional que edifica e norteia o direito civil brasileiro.

Na evolução conceitual da dogmática do fato jurídico, faz-se necessário passar rapidamente pela categoria intermediária entre o fato jurídico e o negócio jurídico: o ato jurídico. Pela própria denominação, pode-se perceber que no ato jurídico a vontade humana ganha algum relevo para sua formação, o que não ocorria necessariamente nos fatos jurídicos, que poderiam ser acontecimentos naturais ou humanos que não dependiam da vontade, como uma tempestade ou a morte. Mas, o ato jurídico ainda subordina a vontade humana estritamente às consequências legais, ou seja, a vontade tem papel formativo para existência do ato, mas a sua eficácia depende das determinações eficazes legais.

Francisco Amaral (2018, p. 461-462) demonstra a evolução e distinção dos conceitos de forma sucinta e precisa ao afirmar que os fatos jurídicos também podem se classificar como fatos jurídicos em senso estrito, sendo assim considerados quando ocorrerem independentemente da vontade humana, isto é, são oriundos de acontecimentos naturais. Poderão ser ordinários quando são acontecimentos comuns, como a morte; ou extraordinários, quando acontecem por atuação do acaso, como o caso fortuito.

Quando forem oriundos da vontade humana, serão chamados fatos voluntários e se denominam atos jurídicos em sentido estrito, pois essa vontade não é qualificada no sentido de desejar um efeito jurídico específico pelo agente ao praticá-lo. Isto é, no ato jurídico em sentido estrito, os efeitos da sua realização independem da vontade específica do agente, pois são determinados pela lei; a sua eficácia é decorrente da lei (AMARAL, 2018, p. 462).

Pietro Perlingieri (2002, p. 95) assim delinea seus contornos:

Fala-se de ato jurídico – em um dos possíveis sentidos do termo – como sinônimo de ato voluntário e, portanto, como sinônimo de declaração de vontade (se por vezes prefere-se falar de ato, a razão reside na dúvida se a vontade, como foi dito, é característica realmente predominante). Dentro dessa categoria, não faltam outras ulteriores subdivisões: a mais tradicional separa os atos jurídicos em sentido estrito (nos quais conta a vontade e a consciência do ato, mas não a intenção de produzir os efeitos jurídicos) dos negócios jurídicos (nos quais a declaração de vontade é assumida pelo ordenamento enquanto orientada, na intenção do seu autor, à produção de determinados efeitos).<sup>42</sup>

Dessas afirmações, mesmo que breves, torna-se possível verificar que as DAV não se amoldam como um ato jurídico *stricto sensu*, pois constituem expressão da personalidade e dos valores existenciais da pessoa que a elaborou. Ora, não se pode subordinar apenas aos efeitos legais previstos pelo ordenamento uma declaração, um negócio biojurídico, como se verá, que diz, em última análise, o que aquele ser humano considera como um processo de terminalidade digno.

Nesse sentido, importante a distinção feita por Marcos Bernardes de Mello (2019, p. 233): “diferentemente do ato jurídico *stricto sensu*, no negócio jurídico a vontade é manifestada para compor o suporte fáctico de certa categoria jurídica, à sua escolha, visando à obtenção de efeitos jurídicos que tanto podem ser predeterminados pelo sistema, como deixados, livremente, a cada um”. Assim, atesta Francisco Amaral (2018, p. 462) que os negócios jurídicos são instrumentos da autonomia privada em função do poder e liberdade jurídica que o ordenamento concede aos particulares para criar regras com a finalidade de realizar seus interesses<sup>43</sup>.

Na mesma direção, Karl Larenz (1978, p. 422) afirma que o negócio jurídico é o meio de realização da autonomia privada posta como princípio pela codificação civil. Nesse prisma, delineia ainda que o negócio jurídico pode ser encarado como um ato finalista do direito civil em razão da sua finalidade de obter as consequências

---

<sup>42</sup> Segue o autor lecionando que “o ato, acabou-se de dizer, é constitutivo, se é idôneo para produzir um efeito, uma nova situação jurídica; é modificativo, se idôneo para modificar um efeito, uma situação; é extintivo, se é idôneo para produzir a extinção de um efeito, de uma situação” (PERLINGIERI, 2002, p. 97).

<sup>43</sup> Bruno Miragem (2021, p. 385) entende que “negócio jurídico é uma categoria criada pelo direito para expressar a afirmação da liberdade individual na constituição de efeitos jurídicos. Daí porque sua compreensão não se aparta do conceito de autonomia privada, que expressa o poder que é conformedo pelo direito para o indivíduo decidir segundo seus interesses, conferido a estas decisões eficácia jurídica”.

jurídicas desejadas pelo manifestante, isto é, que o sujeito deseja produzir os efeitos jurídicos com a celebração do negócio jurídico (LARENZ, 1978, p. 422).

Essas definições vão ao encontro do conceito clássico trazido por Emílio Betti (2008, p. 88) onde o negócio jurídico “é o ato pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses nas relações com outros (ato de autonomia privada): ato ao qual o direito liga os efeitos mais conformes à função econômico-social e lhe caracteriza o tipo”. Na percepção finalista de Karl Larenz (1978, p. 425), a atuação da autonomia privada constitui, juntamente, com os requisitos de validade, o pressuposto de fato para o negócio jurídico e, assim, para obter-se os efeitos desejados.

Assim, conclui que

O negócio jurídico é um ato ou uma pluralidade de atos entre si relacionados, dos quais ao menos um ato é uma declaração de vontade dirigida a produção de um determinado efeito jurídico. A esse respeito, entendemos por declaração de vontade um ato dirigido a manifestar aos outros – ou outra pessoa determinada – uma determinada vontade do atuante produzir um efeito jurídico, e pela simples atuação de vontade, um ato sem o caráter de manifestação, mas que igualmente está destinado a produzir um efeito jurídico. A declaração de vontade é, ao mesmo tempo, manifestação de vontade e atuação da vontade dirigida a produção do efeito jurídico; a simples atuação de vontade, por sua vez, é um mero ato de execução (LARENZ, 1978, p. 428 – *tradução livre*)<sup>44</sup>.

Antonio Junqueira de Azevedo (2002, p. 16) propõe uma conceituação de negócio jurídico de forma estrutural, assim

O negócio jurídico, estruturalmente, pode ser definido ou como categoria, isto é, como fato jurídico abstrato, ou como fato, isto é, como fato jurídico concreto. Como categoria, ele é a hipótese de fato jurídico (às vezes dita ‘suporte fático’), que consiste em uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias (*as circunstancias negociais*) que fazem com que *socialmente* essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos; negócio jurídico, como categoria, é, pois, a hipótese normativa consistente em *declaração de vontade* (entendida esta expressão em sentido preciso,

---

<sup>44</sup> No original: “el negocio jurídico es un acto o una pluralidad de actos entre sí relacionados, de los cuales al menos *un* acto es una *declaración* de voluntad o *actuación* de voluntad dirigida a la producción de un determinado efecto jurídico. A este respecto entendemos por *declaración* de voluntad un acto dirigido a manifestar a otros – o a otra persona determinada – una determinada voluntad del actuante de producir un efecto jurídico, y por simple actuación de voluntad, un acto sin el carácter de manifestación, pero que igualmente está destinado a producir un efecto jurídico. La declaración de voluntad y actuación de la voluntad dirigida a la producción del efecto jurídico; la simple actuación de voluntad, em cambio, es un mero acto de ejecución” (LARENZ, 1978, p. 428).

e não comum, isto é, entendida como manifestação de vontade, pelas suas circunstâncias, é vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos). *Ser declaração de vontade* é a sua característica específica primária. Segue-se daí que o direito, acompanhando a visão social, atribui, à declaração, os efeitos que foram manifestados como queridos, isto é, atribui a ela *efeitos constitutivos de direito* – e esta é sua característica específica secundária. *In concreto*, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide (grifos no original).

No caso das DAV, pretende-se com a declaração de vontade<sup>45</sup> que as pessoas que cuidam daquele paciente terminal incapaz de manifestar suas vontades tenha seu tratamento e sua concepção de dignidade respeitadas. Entretanto, segundo as definições clássicas apresentadas, o negócio jurídico depende de uma relação entre a declaração de vontade e uma norma que o internalize ao ordenamento<sup>46</sup>. Nesse ínterim, Emilio Betti (2008, p. 115)

Aparece e impõe-se, igualmente, o problema da legislação e dos seus limites. Porque, seu negócio é um ato de autonomia, que tem relevância social em relação a outros consorciados (mesmo quando tenha estrutura unilateral), evidentemente já não bastará perguntar se o autor o que quer e tinha capacidade para querê-lo, mas interessa também, e sobretudo, saber se ele podia ou não dar-lhe vida, dentro de limites e por que caminhos o podia fazer.

A legislação brasileira não é um obstáculo para a consecução do negócio jurídico que são as DAV. Por uma questão de coerência e integridade do ordenamento o seu reconhecimento é necessário. Seus efeitos, enfatiza-se, são personalíssimos e existenciais, por isso se caracteriza como negócio biojurídico, refere-se ao próprio corpo e a própria saúde do declarante. É, portanto, uma manifestação da mais pura

---

<sup>45</sup> Segundo Antonio Junqueira de Azevedo (2002, p. 18): “a declaração é, do ponto de vista social, o que o negócio é, do ponto de vista jurídico, ou seja, *a declaração tende a coincidir com o negócio na medida em que a visão jurídica corresponde à visão social*. O ordenamento jurídico procura tomar a declaração de vontade como hipótese normativa (hipótese legal) dessa espécie de fato jurídico, que é o negócio jurídico”.

<sup>46</sup> Segundo Ana Paula Ruiz Lêdo, Isabela Cristina Sabo e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2017, p. 11-12) “Muitas relações privadas, atuais, não se enquadram no conceito de negócio jurídico tradicional, vez que não possuem os seus elementos formadores: sujeitos titulares de um direito subjetivo (que decorre de um direito objetivo, ou seja, da atuação normativa que selecionou o fato e o transformou em fato jurídico), que se ligam em razão de uma sujeição de um deles ao direito subjetivo do outro, nem um objeto de cunho patrimonial”.

autonomia existencial e, conforme se afirmou anteriormente, os efeitos que dele se irradiam encontram como limite a esfera personalíssima de outrem - se não é capaz de causar nenhum efeito prejudicial no outro, o respeito por ele deve ser absoluto, porque ali também está contido a compreensão que aquele ser humano tem sobre uma vida e uma morte digna, valor fundamental do ordenamento brasileiro.

Ao analisar os fundamentos de validade dos atos jurídicos, Marcos Bernardes de Mello (2019a, p. 45) afirma que o problema da validade transcende a dogmática jurídica, necessitando de buscar alicerce na axiologia jurídica, exigência lógica do caráter sistemático do direito. Assevera, nesse sentido, que o direito necessita de preservar a integridade do sistema em si, repelindo as situações e condutas contrárias ao ordenamento (MELLO, 2019a, p. 45) e, portanto, acolhendo as que se embasam em valores principiológicos, ainda mais se considerado o contexto pós-positivista apresentado anteriormente.

Nesse sentido, é o que ocorre com a principiologia constitucional da dignidade humana e da proteção da personalidade. Segundo a teoria do Direito como Integridade apresentada por Dworkin (2007), soaria contraditório defender uma vida digna e não uma morte digna, também. As diretivas, nesta senda, se apresentam como um instrumento capaz de realizar e direcionar os cuidados no fim da vida pelo fato de ser expressão da personalidade do declarante.

Nesse contexto, conclui Emílio Betti (2008, p. 116) que

O preceito do negócio é não só, e não tanto, o resultado normal de uma vontade (isto não passa de um dos seus aspectos), mas é, sobretudo, a manifestação de um poder, no círculo dos consorciados. Manifestação – disciplinada por normas de validade e de competência – daquele poder de autonomia, que é, acima de tudo, uma realidade da vida social, e encontra a sua legitimidade no reconhecimento jurídico.

Importante anotar que a autonomia aqui mencionada, nos negócios referentes a aspectos existenciais, deve ser reconduzida à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade, num movimento de se estar sendo até o encontro com a morte. Nos dizeres de Stefano Rodotà (2018, p. 144-146), essa autonomia existencial tem um caráter de autodeterminação, de um ato soberano que é fundamental a existência daquela pessoa concretamente considerada.

Contudo, conforme vem sendo demonstrando, no recorte fático das DAV, o negócio jurídico em sua conceituação clássica não atende as necessidades existenciais de forma completa. O instituto do negócio jurídico ainda é tratado em relação a sua função econômica e social<sup>47</sup> pela maioria da doutrina. As concepções do negócio jurídico como ferramenta de realização existencial é relativamente recente e acompanha as preocupações trazidas pela biotecnologia e tecnificação da medicina contemporânea. Nos dizeres de Ana Paula Ruiz Lêdo, Isabela Cristina Sabo e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2017, p. 10-11)

Com o advento da tecnologia, principalmente da biotecnologia, que envolve direitos existenciais, surgiram novas modalidades negociais que não dispõem de dispositivo legal (direito objetivo). A dependência do direito subjetivo à previsão normativa contribui para que novas situações fáticas não encontrem correspondência legal. (...) Logo, a teoria da subsunção do fato à norma demonstra-se insuficiente para solucionar questões que não envolvam direitos subjetivos, e sim situações jurídicas subjetivas<sup>48</sup>, principalmente aquelas de cunho existencial, devendo, também, suportar por parte dos aplicadores do Direito uma releitura.

Levando em consideração o contexto social e jurídico delimitado por este trabalho, isto é, da retomada axiológica e ética pelo pós-positivismo e pela metodologia do direito civil-constitucional, além da realocação dos valores existenciais humanos no ordenamento pós 1988 com a CRFB, que se propõe uma superação do prisma clássico do negócio jurídico. Ana Paula Ruiz Lêdo, Isabela Cristina Sabo e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2017, p. 19) oferecem uma nova concepção cuja precisão consiste em “tomar como base a dignidade da pessoa humana, a ponto

---

<sup>47</sup> Segundo Emílio Betti (2008, p. 91) “(...) Qualquer tipo de negócio serve uma função econômico-social característica dele (típica, neste sentido) a qual, ao mesmo tempo que é, normalmente, tida em conta por quem o realiza (e desse modo constitui a sua intenção prática típica), é tomada em consideração pelo direito, qualquer que seja a razão justificativa da garantia e a sanção jurídica, e seja qual for o critério diretivo para configuração de efeitos ordenativos conformes a ela”. E afirma que “A questão, efetivamente, está precisamente em ver se aquele *fato social*, que é o negócio, como manifestação da autonomia privada, estará contido, na sua própria essência, e adequadamente designado por uma palavra de tão poliédrico sentido como é a ‘vontade’; e a nossa objeção é que a essência *normativa* do negócio escapa, completamente, à evanescente qualificação de ‘vontade’, e que não pode reconhecer-se a essa qualificação o valor científico de uma rigorosa construção conceitual, entre o conteúdo preceptivo do negócio e aquilo que não passa de um elemento subjetivo dele (...), quer pelo perigo, que ela encerra, de fazer desconhecer o ônus de empregar meios idôneos para a regulamentação dos interesses privados na vida de relação onde domina a exigência fundamental da recognoscibilidade” (BETTI, 2008, p. 102). É também a posição de Francisco Amaral (2018, p. 473-475).

<sup>48</sup> As situações jurídicas subjetivas serão estudadas no próximo item deste capítulo.

que os planos de existência, validade e eficácia se moldem a este valor, relativizando as imposições da norma jurídica a fim de esse princípio maior seja concretizado”.

Em relação às diretivas antecipadas de vontade, a superação do conceito tradicional de negócio jurídico resulta da transferência de poderes no campo da saúde defendida por Stefano Rodotà (2018, p. 144-146), sob a égide da autonomia existencial laicizada, isto é, livre da influência de terceiros. Destaque-se, ainda que “a liberdade atualmente nas relações negociais está se firmando cada vez mais – a liberdade científica no campo da genética incita o nascimento e morte humana, surgindo anseios humanos de alterá-los quanto à sua forma natural de acontecer” (LÊDO; SABO; AMARAL, 2017, p. 16).

Esse deslocamento do centro de autonomia contemporâneo é o fundamento do conceito de negócio biojurídico originalmente delineado por Rose Melo Vencelau Meireles (2016, p. 115):

A biotecnologia está no cerne dessa questão, na medida em que possibilita a escolha sobre aspectos do próprio corpo que podem promover efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos. Nesses casos, conforme antes mencionado, a autonomia privada ganha a forma de negócio jurídico. Como têm por referencial objetivo aspectos da saúde e do corpo do declarante, foram aqui chamados de biojurídicos. Negócios biojurídico também se classificam – como nos negócios em geral – em unilaterais ou bilaterais, onerosos ou gratuitos, *inter vivos* ou *mortis causa*. Considera-se, porém, ao classificar o negócio biojurídico, não só a estrutura, mas, também, a função, ou seja, os valores que devem se tornar aplicáveis na hipótese concreta (...). Por trazer consequências no corpo do declarante, ainda que resulte em limitação voluntária, atenderá sua função se encontrar merecimento de tutela nos valores constitucionais, sobretudo da dignidade e da solidariedade.

As diretivas antecipadas de vontade, nessa dimensão se consubstanciam como negócio biojurídico de autodeterminação existencial, ao documentar as percepções da pessoa, cristalizadas na sua personalidade e construídas na sua vivência, sobre o significado da boa vida e da boa morte. Se a morte é um fato jurídico, e o viver uma situação jurídica que deve ser qualificada pela dignidade, o morrer assim também o deverá ser. Os poderes bionegociais atribuídos a cada pessoa pela autonomia existencial discutem justamente a possibilidade de, por uma declaração de vontade reconhecida pelo sistema jurídico brasileiro, estabelecer os parâmetros para uma boa morte, adequada aos valores existenciais daquele ser humano que é até o fato da morte se concretizar, finalizando a sua existência de forma íntegra e coerente.

### 3.2 A (IN)SUFICIÊNCIA DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PARA AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: A VIRADA DA SITUAÇÃO JURÍDICA SUBJETIVA

Os institutos clássicos do direito civil patrimonial apresentam certa deficiência para garantia da realização plena da pessoa para além de aspectos econômicos e financeiros da vida particular. Frise-se que se reconhece que a dimensão pecuniária da vida humana também tem importância fulcral para uma vida digna, em razão de ser substrato básico para que se possa viver com uma qualidade de vida mínima. Os questionamentos aqui feitos dizem respeito, sim, à inadequação de tais institutos para tutelar situações existenciais complexas, como as vicissitudes que ocorrem no processo de terminalidade da vida humana.

Assim foi com o conceito clássico de negócio jurídico apresentado no item anterior e, também o será para a noção de relação jurídica polarizada. Nessa conjuntura, ganha força a ideia das situações subjetivas jurídicas existenciais, cujos contornos já foram sendo esporadicamente contextualizados ao longo do texto, principalmente em razão da mudança de foco do direito civil constitucional do patrimônio para a pessoa, e, agora será mais bem delimitado. De forma sintética, as situações jurídicas subjetivas podem ser entendidas como o centro de interesses existenciais (PERLINGIERI, 2002, p. 105-107, 155-159) (LÊDO; SABO; AMARAL, 2017, p. 10-11) da pessoa que formam o cerne da compreensão dos seus valores, de mundo, da sua personalidade, portanto, da sua dignidade e, pela complexidade dos acontecimentos da vivência, não encontram correspondentes normativos delimitados e positivados no direito objetivo.

Nesse momento, já começa a aparecer a fragilidade da adequação da relação jurídica para posições existenciais em razão de ela ser um dos elementos do direito subjetivo<sup>49</sup>. Ana Paula Ruiz Lêdo, Isabela Cristina Sabo e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2017, p. 12) transparecem essa inadequação no contexto do conceito clássico de negócio jurídico, delineando o direito subjetivo e já evidenciando sua superação:

---

<sup>49</sup> Caio Mário da Silva Pereira (2020, p. 32) ensina que “o direito subjetivo se decompõe em três elementos fundamentais: *sujeito, objeto e relação jurídica*. Sua presença é constante, e se há de reconhecer sua vinculação à própria estrutura do direito”.

Muitas relações privadas, atuais, não se enquadram no conceito de negócio jurídico tradicional, vez que não possuem os seus elementos formadores: sujeitos titulares de um direito subjetivo (que decorre de um direito objetivo, ou seja, da atuação normativa que selecionou o fato e o transformou em fato jurídico), que se ligam em razão de uma sujeição de um deles ao direito subjetivo do outro, nem um objeto de cunho patrimonial.

Contudo, antes de prosseguir na crise do direito subjetivo, cumpre compreender, objetivamente, do que se trata a relação jurídica. Nos dizeres de Orlando Gomes (2019, p. 70) “em Direito, o vocábulo relação transcende o significado de laço social entre homens, para apresentar-se como sujeição, ainda material, a que se vinculam determinados efeitos jurídicos, como na propriedade – relação entre pessoa e coisa – e no domicílio – relação entre pessoa e lugar”, e continua lecionando:

A relação jurídica tem como pressuposto um fato que adquire significação jurídica se a lei o tem como idôneo à produção de determinados efeitos, estatuídos ou tutelados. Assim todo evento, já um acontecimento natural, já uma ação humana, converte-se em fato jurídico, se em condições de exercer essa função. Ao incorporar significação jurídica, o fato origina uma relação concreta e típica entre sujeitos determinados, ou determináveis. Em toda relação jurídica as partes ocupam posição definida. Há duas posições típicas: a de sujeito ativo e a de sujeito passivo. Ao primeiro, a lei atribui poderes; ao segundo, deveres, ocorrendo, pois, a sujeição de um ao outro (GOMES, 2019, p. 72).

No contexto bionegocial, as diretivas antecipadas de vontade e demais decisões existenciais não se amoldam totalmente no conceito de relação jurídica clássica, como é o conceito de Emílio Betti (2008, p. 26):

A relação jurídica, no campo do direito privado, pode caracterizar-se, precisamente, como uma relação que o direito objetivo estabelece entre uma pessoa e outra pessoa, na medida em que confere a uma o poder e impõe à outra um vínculo correspondente. Ao mesmo tempo que se diferencia uma grande variedade de tipos, ela constitui a espécie saliente, e mais completamente desenvolvida, do gênero ‘situação jurídica’, entendida esta expressão no seu significado mais lato, e exprime, com a bilateralidade que lhe é própria, a correlação necessária que ocorre entre poder e vínculo, entre posição ativa e posição passiva.

A inadequação proposta reside justamente no fato de não existir necessariamente uma contrariedade entre posições passiva e ativa nas DAV<sup>50</sup>. Isto é, ela não gera necessariamente direitos e deveres, mas sim uma definição dos valores existenciais da pessoa que a declara.

Por exemplo, a escolha de não se submeter a um determinado tratamento porque a pessoa o considera violador da sua dignidade não cria um vínculo de obrigação nem gera um direito contraposto de terceiros em relação ao declarante, mas estabelece um parâmetro existencial do que aquela pessoa entende pelo significado da sua vida. Criará, sim, certos deveres de cuidado de acordo com essas disposições, mas não há um vínculo relacional intrínseco a ela – o viés relacional surge quando aquela situação jurídica do paciente surte algum efeito para aqueles que dele vão cuidar dele. Isto é, a origem da declaração de vontade contida numa DAV não configura uma relação jurídica por si só, ela pode ser consequência da situação jurídica base. Segundo Pietro Perlingieri (2002, p. 121)

No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas quanto àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. É nesta perspectiva que se coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional.

Essa perspectiva da solidariedade é o ponto nevrálgico para compreensão da dignidade biográfica e dos diversos projetos de vida. O ser humano se desenvolve também nos espaços de intersubjetividade, como um ser processual (TEIXEIRA, 2018, p. 102) e nessa vivência, o respeito às situações jurídicas existenciais ganha relevo nos contornos do sistema de direito contemporâneo, em função da solidariedade constitucional afirmada por Perlingieri (2002, p. 121), também presente no ordenamento brasileiro no art. 3º, inciso I, da CRFB/88.

---

<sup>50</sup> No ensinamento de Marcos Bernardes de Mello (2019b, p. 114) em relação à categoria eficaz da situação jurídica pessoal tem a referibilidade direta à personalidade jurídica conferida à pessoa, “se constata que de nenhuma delas resulta a criação de *vinculum iuris* de poder e sujeição entre duas ou mais esferas jurídicas, mas, tão somente, a definição de uma posição de alguém, ou algo, no mundo do direito”. No caso do conteúdo das DAV, pode ser compreendida como a qualificação dada pela expressão do entendimento de quem ela é como pessoa e pelo que ela entende como o viver e morrer dignamente.

Desse momento de crise, as situações jurídicas existenciais passam a ser consideradas como um gênero que pressupõe uma normativa aberta para abarcar a natureza essencialmente aberta e incerta do viver. Outrora já afirmaram Ana Paula Ruiz Lêdo, Isabela Cristina Sabo e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2017, p. 11) que a teoria da subsunção do fato à norma, correspondente aos direitos subjetivos, não é suficiente para dar tutela adequada a situações que não envolvam tal categoria de direito, donde resta patente a necessidade de uma revisitação dos conceitos e uma adequação às situações jurídicas existenciais.

Para fins conceituais, Orlando Gomes (2019, p. 74) afirma ser a situação jurídica um gênero do qual a relação jurídica é espécie, conforme anteriormente mencionado. Nos dizeres do autor

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 situação 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 (GOMES, 2019, p. 74).

Como se demonstrou, a relação jurídica também é categoria específica que não possui uma formatação adequada para as situações existenciais contemporâneas, principalmente em relação à biotecnologia e à medicina mais recente. Pietro Perligieri (2008, p. 764) afirma que em relação a aspectos existenciais tutelados pelo direito

não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado com base na categoria do 'ter'. Na categoria do 'ser' não existe dualidade entre sujeito e objeto, pois ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica. Quando o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar: torna-se uma necessidade lógica reconhecer, em razão da natureza especial do interesse protegido, que é exatamente a pessoa constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação. A tutela da pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fatispecie* concretas, em hipóteses autônomas não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como um problema unitário, dado seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa. Este não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, em situações isoladas, como nas teorias atomistas.

Nesse contexto, o autor conceitua a situação jurídica existencial<sup>51</sup> como “um interesse que, essencial à sua existência, constitui seu núcleo vital e característico” e qualifica o interesse de forma que “ora pode ser patrimonial, ora de natureza pessoal e existencial, ora um e outro juntos, já que algumas situações patrimoniais são instrumentos para a realização de interesses existenciais ou pessoais” (PERLINGIERI, 2002, p. 106). Dessa afirmação fica evidente que o prisma existencial das situações jurídicas não é contraposto ou excludente em relação ao patrimonial, mas ambos devem conviver em uma simbiose para realização da pessoa. O que não pode ocorrer é submeter as situações existenciais à lógica patrimonial da codificação na sua frieza literal.

Na perspectiva da autonomia existencial, Bruno Miragem (2021, p. 117) faz referência às situações jurídicas abstratas cujas previsões estão em regras jurídicas, como a disposição do art. 2º do Código Civil ao firmar o início da personalidade no nascimento com vida. Em relação à proteção da autonomia existencial e da personalidade do paciente terminal, pode-se afirmar que derivam de uma situação jurídica abstrata, daí também se oriunda o fundamento de validade das diretivas antecipadas de vontade, em razão de não existir uma norma concreta que a regulamente, mas derivar das cláusulas gerais de proteção da pessoa e da liberdade negocial que estruturam o ordenamento jurídico brasileiro.

Em relação à normatividade das situações subjetivas, destaca Pietro Perlingieri (2002, p. 107) que “o aspecto essencial das situações subjetivas é, enfim, aquele normativo ou regulamentar; é ele que atribui relevância jurídica à situação. A juridicidade traduz-se no poder de realizar ou exigir que outros realizem (ou que se abstenham de realizar) determinados atos e encontra confirmação em princípios e em normas jurídicas”. Deve-se lembrar aqui, do conceito de norma e princípio anteriormente trazido por Dworkin (2002), em que os princípios e as regras são espécies do gênero normas de direito. Portanto, embora não haja uma norma de direito objetivo que estabeleça um direito subjetivo existencial a ser tutelado no recorte

---

<sup>51</sup> Bruno Miragem (2021, p. 119) define as situações jurídicas existenciais como “aquelas que não tenham conteúdo econômico, e cujas posições do sujeito se revela pela tutela de interesse inestimável economicamente. São denominadas também não patrimoniais ou simplesmente pessoais”.

da terminalidade da vida, os valores e princípios, principalmente da autonomia e da dignidade humana assim justificam a tutela jurídica existencial.

Assim, é possível afirmar que a situação jurídica subjetiva precede a existência de uma relação jurídica. Ela visa proteger uma posição existencial ou patrimonial daquela pessoa, criando uma normatização das condutas de realização daquela posição de fato. Por exemplo, no caso das Diretivas Antecipadas de Vontade, o sujeito estabelece os tratamentos e procedimentos que deseja ou não receber, dando uma dimensão concreta, sobre os seus valores e compreensões do viver e do morrer, trazendo para sua realidade a concretização do mandamento constitucional da dignidade humana.

Nas lições de José de Oliveira Ascensão (2010, p. 11), “as situações jurídicas são uma realidade normativa. O seu plano é o da validade. Resultam da aplicação de uma ou mais normas, mas não se confundem com as normas que se aplicaram. Passou-se do geral para o individual”. Nesse sentido, avançando em relação ao plano da eficácia, Marcos Bernardes de Mello (2019b, p. 111) afirma que a característica eficaz da situação jurídica existencial pessoal é fundamentado na referibilidade direta e imediata à uma única esfera jurídica, de forma que “a situação jurídica consiste em, apenas, atribuir a alguém *qualidade individual* ou em lhe conferir *qualificação individual*, que sirva de suporte fáctico de normas jurídicas”.

Em decorrência daquelas considerações, o princípio da dignidade humana e as normas jurídicas que autorizam a liberdade negocial são os fundamentos fácticos da situação jurídica subjetiva que resulta em uma diretiva antecipada de vontade. Nesse sentido, a diretiva fornece uma normatização das condutas daquelas pessoas que relacionarão com a pessoa do doente. Essa situação protege o interesse existencial dessa pessoa, independentemente de se estabelecerem ou não relações jurídicas dela decorrente. Exige-se, sim, um respeito e o cumprimento daquelas disposições existenciais para permitir a dignificação do processo de morrer.

Por se tratar de uma situação jurídica pessoal que consubstancia o cerne da compreensão do viver e do morrer, a eficácia de uma DAV que emana da situação jurídica existencial decorrente do fato do viver e morrer qualificado com dignidade, ela se torna oponível a terceiros, isto é, a exigência do respeito pela posição existencial do outro. Nesse sentido, afirma Marcos Bernardes de Mello (2019b, p. 114) que “mesmo quando se trata de qualificações a situação jurídica unisubjetiva é oponível a terceiros, de modo que todos os que se relacionam com a esfera jurídica de seu titular

devem tratá-lo segundo sua qualidade ou qualificação, respeitando (atendendo) seu conteúdo eficaz”. No recorde da terminalidade da vida, a condição humana do paciente terminal é uma qualificação da sua situação como pessoa digna que deve ser respeitada absolutamente.

Ana Paula Ruiz Lêdo, Isabela Cristina Sabo e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2017, p. 16) sintetizam o movimento de superação da insuficiência da teoria dos direitos subjetivos e da relação jurídica pela teoria das situações jurídicas existenciais:

A evolução dinâmica dos fatos sociais acarreta a dificuldade de se estabelecer uma disciplina legislativa para todas as possíveis situações jurídicas de que o indivíduo possa titularizar. Afirma-se a necessidade de rejeição de concepções que pretendem selecionar os interesses merecedores de tutela com base em prévia especificação legislativa, seja em forma de direito subjetivo, seja por meio de qualquer outra categoria inflexível.

Por último, mas não menos importante, mais uma vez se demonstra a importância da retomada axiológica e principiológica do direito civil constitucional no ordenamento pós 1988. O esquema de subsunção do fato à norma ou dos direitos subjetivos, categorizados pela binaridade da relação jurídica não respondem de forma eficaz a infinidade de possibilidades que o viver humano na era da biotecnologia possibilita. A teoria do direito como integridade (DWORKIN, 2007), exige, assim como a metodologia civil-constitucional, a proteção da integralidade da pessoa humana.

Como já se disse anteriormente, é um contrassenso se defender uma vida digna, com espaços de autodeterminação laicizada – conforme assevera Stefano Rodotà (2018) – para o livre desenvolvimento da identidade de mundo daquele ser e, quando ele se aproxima do seu fim, impor uma moral tirana sob a justificativa de tutela do direito à vida. Mas qual a qualidade dessa vida? Se se retirar o substrato daquilo que a pessoa considera como digno de estar vivendo, reduz-se a pessoa a um objeto das vontades de uma pseudo-moral da santidade da vida.

Assim, não importa que não exista norma que responda àquele fato específico, se ele disser respeito a vicissitudes existenciais, de valores relevantes para realização da dignidade e do projeto de vida daquele ser que está sendo humano, a própria ética e axiologia do sistema jurídico exige que essa situação seja protegida de direito, sob pena de uma rachadura na integridade do ordenamento em si.

## 4 A TERMINALIDADE DA VIDA E O DIREITO: UMA LEITURA INTERDISCIPLINAR PARA UMA MORTE PLENA

*“(...) Arrependo-me de não ter amado mais, porque é só amor o que a gente deixa sobre este mundo” (Chico Xavier).*

Neste último capítulo, volta-se o foco para a personalidade da pessoa e a sua influência no processo de terminalidade, no sentido de compreender as dimensões da vida humana e a infinidade de suas manifestações. Trata-se de um exercício de alteridade no reconhecimento da legitimidade das escolhas do outro para sua vida, especialmente em relação às escolhas de tratamentos e cuidados que ela deseja receber quando, talvez, não seja mais capaz de os escolher ou cuidar de si mesmo sozinho.

E na esteira de uma existência plena, do nascimento à morte se faz necessário o entendimento dos espaços de autonomia existencial e de intersubjetividade para que cada pessoa possa descobrir o seu ser humano. Tal espaço é indispensável para que a própria pessoa forme sua ideia de dignidade no viver e no morrer, isto é, em um processo também de autoconhecimento, forme seu centro de interesses na experimentação do mundo, resultando em uma dimensão existencial personalíssima da dignidade humana.

Nesse sentido, o livre desenvolvimento da personalidade se torna pressuposto básico para que se possa falar em um exercício liberto e consciente da autonomia existencial. Dentro desse ambiente de autodeterminação qualificada pela laicidade, nos termos delimitados por Stefano Rodotà (2018), isto é, em um espaço que a pessoa é soberana para decidir sobre os rumos da sua vida e sobre a própria dignidade, as diretivas antecipadas de vontade podem ser consideradas como um instrumento de realização da autonomia existencial.

Os cuidados paliativos, ao seu turno, assumem um papel de protagonismo no objetivo de proteção da integralidade das dimensões da vida humana, conforme se verá mais ao fim do capítulo. A sua função, ressalte-se desde já, é inexorável para garantir a preservação da personalidade do paciente terminal que, consciente da sua finitude e da aproximação cada vez maior da morte, busca viver sua vida na mais plena potência do seu ser, dentro da realidade do mal grave e incurável que lhe afeta.

Mas, para tanto, faz-se imprescindível conhecer os contornos que o ordenamento jurídico brasileiro dá ao direito à vida. Isto é, buscar entender os limites e as possibilidades de tutela desse direito fundamental positivado no *caput* do art. 5º da CRFB/88. A análise será feita no contexto que vem sendo aqui desenvolvido, qual seja: da construção do biodireito em resposta aos avanços da biotecnologia e da medicina contemporânea em relação a sua capacidade de interferência nos valores essenciais para uma existência digna, do nascimento à morte.

Esse contexto contemporâneo é resultado do modo de vida do cotidiano moderno e acelerado, de certa forma até inconsciente em relação ao viver e ao morrer com dignidade. O ritmo do desenvolvimento da ciência e da tecnologia trouxe uma comodidade para o viver humano, gerando um ganho de qualidade de vida inquestionável, porém, também reduziu o ser humano a aspectos técnicos. O viver bem se tornou sinônimo de ausência de qualquer doença e de qualquer incomodo, de forma que aliviá-los também se tornou tarefa da tecnologia e da medicina pós-moderna.

Contudo, a dor tem função essencial para o autoconhecimento. A formação do núcleo duro da personalidade, isto é, dos valores que definem aquela pessoa como um ser humano digno só pode resultar da experiência de vida, do saber que aquilo é ou não violador da sua dignidade. E a tecnologia e a medicina não são capazes, sob um viés técnico-cientificista, compreender essa dimensão do sofrimento humano e oferecer uma ajuda adequada, de que parte de uma construção mútua daqueles seres que, ao se encontrarem, buscam o significado dos seus sentimentos no outro, e os reflexos do outro em si mesmo.

Conforme outrora já afirmado, Hans-Georg Gadamer (2000, p. 140) demonstrou que os sentimentos são chave fundamental para compreensão do outro, da sua dor, das suas emoções e, em última análise, do seu próprio ser. Gadamer (2000, p. 140) destaca que para essa compreensão do outro, esse diálogo, não pressupõe necessariamente o intermédio de linguagem, basta a tolerância e a alteridade, que são resultantes da confiança na racionalidade humana, mas não a reduz ao tecnicismo. De certa forma, é como se por meio da racionalidade humana se reconhecesse a existência do outro, com a sua racionalidade própria, também, mas permitisse que esse encontro também exista a comunicação dos sentimentos, a compreensão das outras dimensões humanas – emocionais, psíquicas e espirituais – sem reduzir a dor e a dignidade a aspectos biológicos e estatísticos.

Segundo a perspectiva hermenêutica do autor, “quando duas pessoas se encontram e se comunicam entre si, e não são sempre como que dois mundos, duas perspectivas de mundo e duas imagens de mundo se confrontam” (GADAMER, 2000, p. 133). Esse processo de compreensão das dimensões existenciais do outro é o que se busca resgatar com a análise do direito à vida dentro do contexto da pós-modernidade, definida por Eduardo Carlos Bianca Bittar (2019, p. 41) como um desafio das fronteiras do saber pelo

Ritmo, pela técnica, pela inconsciência e pela dispersão. As novas fronteiras se reúnem em horizontes antes não conhecidos, e os horizontes se esfacelam com a mesma rapidez com que se constituíram. É com esta fluidez, inconstância e inconsistência que se conhece a indefinição do que é definido nos tempos atuais, e, diante deste ‘amolecimento’ da modernidade, diante deste estado-de-coisas, tem-se procurado atribuir o batizamento de condição pós-moderna.

O estudo do direito à vida nesse contexto não deve deixar de lado as origens contextuais, mas em relação ao biodireito, as dimensões da vida e o seu conceito passaram por ressignificações (BITTAR, 2019, p. 44), tornando seus perímetros cinzentos. Esse movimento disruptivo tecnicista, de implosão de valores diuturnamente é fruto do reducionismo simplista da vida acelerada na pós-modernidade, cuja expressão, segundo Carlos Eduardo Bianca Bittar (2014, p. 118)

é tomada como o lugar de simplificação conceitual das tensões e contradições (idas e vindas; progressos e retrocessos; ambiguidades e indefinições) da condição humana hodierna, que abalou o projeto da modernidade, sem necessariamente superá-lo completamente. Daí o caráter transitivo da descrição, daí a indefinição de seu contorno semântico, na medida em que a pós-modernidade tem a ver com a modernidade desfigurada, liquefeita, descaracterizada e sob intensa revisão. (...) Assim, a expressão retém toda a complexidade de fatores, não sintetizáveis e simultâneos, em suspenso na atmosfera, de transformações (axiológicas, culturais, institucionais, econômicas, político-jurídicas) de nossos tempos. (...) Trata-se, portanto, de um fenômeno que se manifesta em diversos âmbitos (econômico, político, social, institucional, familiar etc.) do relacionamento humano, exatamente em função de mudanças profundas na caracterização das crenças e dos valores fundantes das relações que anteriormente sustentavam as feições modernas da intersubjetividade.

Dentro desse contexto paradoxal de implosão de conceitos com sua constante ressignificação, busca-se uma definição do que seria o direito à vida, já ciente da possibilidade de logo restar ultrapassado. Ingo Wolfgang Sarlet (2021, p.

178) destaca que a noção de um direito à vida perpassa a história moderna e contemporânea da humanidade sob a ótica de um direito natural, inato e inalienável do ser humano.

Mas, assim como o movimento de repersonalização e constitucionalização do direito civil, bem como o franco desenvolvimento do que hoje se entende por direitos da personalidade, o direito à vida começou a ganhar contornos bem definidos no direito após a II Guerra Mundial. Essa preocupação retornou para o centro da ciência do direito em razão da forma como a guerra alterou a compreensão da humanidade sobre a própria vida e por ter escancarado a fragilidade e a vulnerabilidade (SCHREIBER, 2014, p. 6) que são inerentes à condição humana. Em grande parte, a entrada do direito à vida nos textos constitucionais vem da função que as constituições assumiram no pós guerra e, inevitavelmente, pela influência da Declaração dos Direitos Humanos da ONU, em 1948 (SARLET, 2021, p. 178).

No ambiente constitucional brasileiro, o direito à vida começou a ter tutela constitucional expressa a partir da constituição de 1946, com as feições de um direito individual (SARLET, 2021, p. 178). O contexto humanista pós-guerra continuou influenciando o constitucionalismo brasileiro, estando presentes as previsões expressas de proteção à vida em todos os textos constitucionais, com destaque à primazia dada a ela pela CRFB/88.

Ingo Wolfgang Sarlet (2021, p. 179) estabelece que o âmbito de proteção do direito à vida é delimitado pelo seu conceito, de forma que

O conceito de 'vida', para efeitos da proteção jusfundamental, é aquele de existência física. Cuida-se, portanto, de critério meramente biológico, sendo considerada vida humana toda aquela baseada no código genético humano. Em apertada síntese, é possível afirmar que o direito à vida consiste no direito de todos os seres humanos de viverem, abarcando a existência corporal no sentido da existência biológica e fisiológica do ser humano. Com isso, busca-se afastar toda e qualquer concepção de ordem moral, social, política, religiosa ou racial acerca da vida humana, especialmente aquelas que pretendem uma diferenciação entre uma vida digna e a vida indigna de ser vivida e, neste sentido, reconhecida e protegida pela ordem jurídica.

Na esteira do que vem se afirmando, um conceito reduzido à pureza dos caracteres biológicos da vida humana pode ser um risco à proteção da integralidade da personalidade de cada ser, na sua dimensão individual e personalíssima – ou nos dizeres de Stefano Rodotà (2018, p. 141): quando se refere ao núcleo duro da

existência. Esse risco à integridade das diferentes dimensões humanas é bem delimitado por Eduardo Carlos Bianca Bittar (2019, p. 42) no contexto da pós-modernidade dominada pelo biopoder:

Estes novos horizontes, onde o domínio da técnica floresce no exercício do *biopoder*, redefinimos o que é *ser* e tornamos possível que o convívio da mais avançada tecnologia esteja compartilhado com a mais avançada dinâmica de dominação. O cinismo fortalece a ideia de que o *progresso* é tecnológico, não importando o *regresso* que se produza sobre o corpo, sobre a natureza, sobre as interações humanas, ou mesmo o quanto somos capazes de camuflar que ao constituirmos novas naturezas, devastamos a única que nos garante a vida sustentável (grifos no original).

Ainda em seara constitucional, José Afonso da Silva (2017, p. 199) alarga o conceito do direito à vida, asseverando que

*Vida*, no texto constitucional (art. 5º, *caput*) não será considerada no seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo desse fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

Desse conceito trazido por José Afonso da Silva, é possível trazer para o direito a noção de dignidade biográfica. Isto é, quando se fala de vida humana, não é possível reduzi-la aos seus processos biológicos e fisiológicos sob pena de retirar do substantivo vida a qualidade de ser humana. É justamente a dimensão imaterial, compreendida pelos aspectos psicológicos, emocionais e espirituais de cada indivíduo que permite ele ser e se autodeterminar diante a plêiade de possibilidades que a vida pressupõe, conforme outrora mencionado por Sergio Alves Gomes (2008, p. 60).

A resultante dessas escolhas é o alicerce do que cada pessoa entende pelo seu ser humano, isto é, a sua dignidade biográfica. Em outras palavras, a dignidade biográfica pode ser considerada como aquilo que define a compreensão do indivíduo sobre o viver e o morrer, sobre o que o faz humano, sobre o que lhe dá potência de

agir e do que lhe apequena. É, assim, o núcleo duro existencial daquele ser, do que permite que ele considere o viver e o morrer dignamente<sup>52</sup>.

Carlos Alberto Bittar (2015, p. 119), no âmbito privado, situa o direito à vida entre os direitos de ordem física, em posição de primazia, em razão de ser o fundamento de todo e qualquer outro direito. Nas palavras do autor

Entre os direitos de ordem física, ocupa posição de primazia o direito à vida, como bem maior na esfera natural e também na jurídica, exatamente porque, em seu torno e como consequência de sua existência, todos os demais gravitam, respeitados, no entanto, aqueles que dele extrapolam (embora constituídos ou adquiridos durante o seu curso, como o direito à honra, o à imagem e o direito moral de autor, a desafiar o vetusto axioma *'mors omnia solvit'*). Manifestando-se desde a concepção, sob condição do nascimento do ser com vida, esse direito permanece integrado à pessoa até a morte.

A ideia de dignidade biográfica apresentada anteriormente busca conciliar, de certa forma, conceitos estritamente técnicos do direito à vida, como o de Carlos Alberto Bittar exposto acima com as bases do biodireito contemporâneo. Isso se deve ao fato da interdisciplinaridade que ele pressupõe, buscando referências sobre o que é a vida qualificada por humana e o que a torna digna.

Segundo Ana Claudia Quintana Arantes (2019, p. 76), “o ser humano é a única espécie na Terra que é definida por um verbo. Vaca é vaca, boi é boi, borboleta é borboleta, mas **ser** humano, só nós. Nascemos animais, mamíferos pensantes e conscientes, mas só nos tornamos humanos à medida que aprendemos a **ser** humanos”. Em sede da filosofia hermenêutica, o ser humano resulta do choque entre dois mundos contidos em cada pessoa, na confiança da racionalidade (GADAMER, 2000, p. 133; 140) da consciência da existência do outro e da sua dignidade.

Ana Claudia Quintana Arantes (2019, p. 76) ainda traz a reflexão de que a expressão “humanização” passou a fazer sentido quando constatou “que a maior parte dos animais pensantes se comporta de maneira instintiva e cruel, não se

---

<sup>52</sup> Na perspectiva de Ingo Wolfgang Sarlet (2021, p. 188): “O embate que se estabelece entre a dignidade humana como autonomia pessoal e a dignidade como heteronomia, ou seja, entre o que cada pessoa entende corresponder à sua própria dignidade e o que fazer ou deixar de fazer em relação ao desenvolvimento e proteção de sua vida e personalidade, e o que o Estado e seus agentes (ou mesmo terceiros) entendam seja uma exigência da dignidade alheia, revela-se particularmente agudo também nesse contexto, demandando um equacionamento que não pode ser resolvido com base na lógica do “tudo ou nada” e, portanto, não pode conduzir a uma anulação do âmbito da autonomia individual”.

aprofundando em seus pensamentos, sentimentos e atitudes”. Daí a importância de uma releitura do direito à vida com bases do biodireito: a retomada dos valores humanistas e a busca da compreensão das dimensões humanas que não se limitam aos aspectos biológicos.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2021, p 180) destaca que “a vida é o substrato fisiológico (existencial no sentido biológico) da própria dignidade, mas também de acordo com a premissa de que toda vida humana é digna de ser vivida”. Adequando essa afirmação à dignidade biográfica, isto é, ao respeito pelo ser humano, toda vida é digna de ser vivida desde que não seja imposto um dever de viver o processo de terminalidade sob condições que violem a personalidade daquele ser, isto é, do que ele entende por dignidade.

Importante destacar que o direito à vida e à dignidade humana não se confundem com a finalidade de se evitar uma “biologização” da dignidade, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2021, p. 180):

Direito à vida e a dignidade da pessoa humana também serve ao propósito de se evitarem os riscos de uma ‘biologização’ da dignidade, o que assume relevo especialmente quando em causa a proteção da vida e da dignidade nos limites da vida. Importante é que se deixe assente que vida e dignidade são grandezas (valores, princípios, direitos) que não podem ser hierarquizados em abstrato, respeitando-se, ademais, a sua pelo menos parcial autonomia no que diz com seus respectivos âmbitos de proteção. Para ilustrar, bastaria recordar que a dignidade da pessoa humana não exige necessariamente uma proteção absoluta do direito à vida.

A afirmação de que a dignidade humana não necessariamente exige uma proteção absoluta do direito à vida vem ao encontro da ideia de plenitude da existência aqui desenvolvida. Sob a égide dos direitos da personalidade, isto é, da centralidade da pessoa no ordenamento jurídico, busca-se afirmar que vida digna é aquela que preserva a autonomia existencial e a plena potência do ser, mesmo quando a pessoa já encontra em estado de terminalidade. Isso significa dizer que, apesar dos benefícios incontáveis ocasionados pela medicina moderna, não se pode esquecer que a atenção deve sempre estar voltada às dimensões humanas daquela pessoa.

É uma oposição à implosão causada pela pós-modernidade, retratada por Eduardo Carlos Bianca Bittar (2019, p. 42) em relação à personalidade:

Enquanto somos constituídos e atravessados pela técnica<sup>53</sup>, faz-se e desfaz-se das dimensões de nossa humanidade, aumentando de forma exponencial o risco de terem-se atingidas, relativizadas ou redefinidas as dimensões da personalidade humana e dos direitos que lhe são respectivos. E isso, sobretudo, porque a liberdade de laboratórios, empresas de alta tecnologia, cientistas e inventores se tornou vertiginosamente arriscada diante da própria tecitura dos direitos, ou ainda, da forma como se conheceu a definição de certos direitos, em especial daqueles que se chamam direitos da personalidade.

E segue afirmando sobre a ressignificação do conceito de vida:

Esta se torna uma das frentes mais complexas, controvertidas e atribuladas de dimensionamento conceitual contemporâneo, e todo questionamento sobre a própria noção de vida, seja do seu surgimento, do seu exaurimento, de sua definição ou de sua 'objetualização' pelas ciências da natureza, apenas reabre a problematização com a qual o direito tem de lidar. Está-se a pensar, *quase-que-no-limite*, está-se a fazer ciência do direito, em condições de estar na frente, para regular o presente, antever o futuro e lidar com o inesperado dos avanços da técnica, do geneticismo e da banalização da vida.

Nesse contexto, a retomada ética e principiológica do biodireito se adequa à realidade social contemporânea – ou pós-moderna – para permitir que o ser humano possa continuar sendo de forma digna mesmo quando já estiver em processo de morte. Marcos Bernardes de Mello (2019, p 237), ao refletir sobre o plano da existência dos negócios jurídicos, afirma que o direito deve estar arraigado à experiência de cada povo, sendo, assim, necessário que os conceitos jurídicos e categorias que os configuram não se descolem da realidade cotidiana, isto é, reducionismo do conteúdo na sua dimensão lógico-formal não mais basta.

---

<sup>53</sup> Relembre-se a menção à Habermas já anteriormente feita: “As estruturas do mundo da vida carregadas de tecnologia exigem de nós, laicos, agora como antes, a relação inocente com aparelhos e dispositivos enigmáticos, uma confiança habitual no funcionar de técnicas e comutadores *opacos* [*undurchschauf*]. Em sociedades complexas todo especialista torna-se um laico diante de todos os demais especialistas. Já Max Weber descreveu aquela “inocência secundária” que não nos abandona no manejo do rádio transistor e do celular, da calculadora, do vídeo ou *laptop* – ao manipular aparelhos eletrônicos familiares em cuja fabricação aplicou-se o saber acumulado de muitas gerações de cientistas. Apesar das reações de pânico diante das informações sobre os perigos e dos casos de pane, essa assimilação pelo mundo da vida do incompreendido que se torna familiar é abalada, apenas provisoriamente, pela dúvida alimentada pelos jornais quanto à confiabilidade no saber dos especialistas e na tecnologia avançada. A crescente consciência do perigo não desestabiliza a rotina cotidiana” (HABERMAS, 2001, p. 57).

As DAV e suas espécies são exemplo nítido dessa necessidade de uma conjunção entre a teoria do direito e a realidade fática. Reitere-se: a pessoa não pode e nem deve ser reduzida a um esquema formal normativo que enclausura um infinito de possibilidades. Reduzir as esferas da vida a preceitos normativos é o mesmo que fazer a pessoa uma não possibilidade; é a anulação da característica mais marcante da sua humanidade: a possibilidade de estar sendo até morrer.

No mesmo diapasão, Miguel Reale (2002, p. 583) afirma que

A vida social, entretanto, é muito mais exigente e sorri dessas pretensões técnico-formais. O que vemos, em verdade, são preceitos jurídicos que não são vividos pelo povo, por não corresponderem às suas tendências ou inclinações (...). [...] Se imaginarmos, na história da espécie, a experiência do Direito como um curso de água, diremos que esta corrente, no seu passar, vertiginoso ou lento, vai polindo as arestas e os excessos das normas jurídicas, *para adaptá-las, cada vez mais, aos valores humanos concretos, porque o Direito é feito para a vida e não a vida para o Direito* (grifo meu).

É, de certa forma, o que ocorre com o direito à vida no contexto do biopoder anteriormente apresentado. A implosão conceitual causada pela pós-modernidade não é de todo ruim, ao passo que permite a atualização das percepções dogmáticas com a realidade vivida de fato. O que se critica é a indefinição, a incerteza e a indiferença em relação à vida e o respeito à dignidade.

Ingo Wolfgang Sarlet (2021, p. 188), ao tratar sobre a morte digna afirma que a CRFB/88 não estabeleceu nenhum parâmetro sobre tais aspectos. Entretanto, José Afonso da Silva (2017, p. 200) explica que “tentou-se incluir na Constituição o *direito a uma existência digna*. Esse conceito de existência digna consubstancia aspectos generosos de natureza material e moral; serviria para fundamentar o desligamento de aparelhos médico-hospitalares”, ressaltando o autor que tal fundamento serviria “nos casos em que o paciente estivesse vivendo artificialmente (mecanicamente), a prática de eutanásia” e justifica a sua não inclusão no texto constitucional em razão de riscos implícitos “como, por exemplo, autorizar a eliminação de alguém portador de deficiência de tal monta que viesse a se concluir que não teria uma existência humana digna” (SILVA, 2017, p. 201).

Contudo, deve-se destacar os argumentos de Carlos Alberto Bittar (2015, p. 127), sob um viés personalista do direito à morte digna, reconhecendo, também, a importância dos avanços médicos:

Em muitos casos, percebe-se que a própria autossuperação da ciência médica e das técnicas curativas depende, como dependeu no passado, da capacidade da humanidade em lidar com desafios, dores e doenças anteriormente incuráveis, de modo que a própria dor, muitas vezes, é elemento de crescimento da humanidade. O princípio da proteção da vida não deve levar ao seu contrário, à produção artificial da vida.

Em seguida, o autor assevera o direcionamento contemporâneo do CFM em oposição à distanásia (BITTAR, 2015, p. 127). Esse posicionamento é chancelado por Ingo Wolfgang Sarlet (2021, p. 188) quando o autor refuta a transformação do direito à vida em um dever de viver a qualquer custo. *In verbis*:

em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade individual, o reconhecimento do direito de morrer com dignidade (ou de um direito de organizar a própria morte) não pode ser pura e simplesmente desconsiderado. Do contrário, o direito à vida resultaria transformado em um dever de viver sob qualquer circunstância e a sua condição de direito subjetivo restaria funcionalizada em detrimento de sua dimensão objetiva. Por outro lado, o direito à vida (e dever de viver) prevaleceria sempre sobre a própria autonomia e dignidade da pessoa humana, notadamente em situações em que as pessoas, pela sua vulnerabilidade, encontram-se submetidas integralmente às decisões de terceiros.

As diretivas antecipadas de vontade, nesse cenário, entram em cena para garantir que a dignidade biográfica daquela pessoa seja preservada. Ana Paula Ruiz Lêdo, Isabela Cristina Sabo e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2017, p. 13) afirmam, na esteira das situações jurídicas, que a resposta para realização da dignidade humana é a autodeterminação, operando-se “por meio da liberdade do indivíduo considerar sua existência”.

Nesse sentir, o fato jurídico que cria as situações subjetivas existenciais é a própria vida, isto é, as possibilidades de autodeterminação e do viver de acordo com suas crenças espirituais e de filosofia de vida, desde que tais concepções causem impacto somente na esfera personalíssima desse indivíduo. Em relação às diretivas antecipadas de vontade, o fato que cria a situação jurídica subjetiva existencial é a certeza de que um dia essa pessoa irá morrer, contudo, a autodeterminação inerente às situações existenciais cria a possibilidade de se discutir em que condições de tratamento e cuidado essa morte ocorrerá. A biotecnologia, nesse passo, também participa dessa situação jurídica em razão de possibilitar uma condição de vida talvez

indigna por ser incoerente com o projeto de vida daquele ser humano. Viver uma vida suspensa, dentro de um hospital e a depender de aparelhos para manutenção das funções biofisiológicas é, sem dúvida uma preocupação da pessoa contemporânea e, como ressaltado na pesquisa do Instituto Kaiser (2017), as pessoas, em geral, desejam uma morte em paz e dentro do lugar que amam, isto é, no amor das pessoas amadas e do conforto do lar.

A proposta de plenitude da existência, nesse contexto, considera essa situação jurídica existencial para permitir que a pessoa tenha todas suas dimensões consideradas, o que será feito pela adoção da ortotanásia e dos cuidados paliativos, conforme se verá no último tópico desse capítulo. Em derradeira reflexão sobre os contornos do direito à vida na seara constitucional, Ingo Wolfgang Sarlet (2021, p. 187) situa a ortotanásia como uma espécie de eutanásia indireta, destacando o intuito de aliviar a dor e o sofrimento do paciente, mas afirma que tal conduta abrevia a sua vida.

Entretanto, é possível afirmar que a ortotanásia não abrevia a vida, ela apenas aceita seu curso natural. O resultado morte já é um fato, diante a uma doença grave e incurável que o produz e, nesse cenário, não se faz uso de tratamentos ou intervenções que, incapazes de curar o mal raiz da terminalidade, prolongariam o curso da doença e, por consequência, o curso da vida.

A grande questão aqui diz respeito a aspectos qualitativos dessa vida e não quantitativos. Embora, como Ingo Wolfgang Sarlet (2021, p. 180) afirmou, vida e dignidade não se confundam na sua origem conceitual, a compreensão do paciente de que ele vive de forma digna é o substrato psicológico e emocional que dá a potência necessária para que ele continue a ser de forma plena. Nesse sentido, quando acometido de mal grave e incurável e cujos tratamentos recomendados para a doença são incapazes de o curar, e, fundamental e principalmente afrontam a sua concepção de dignidade, não parece coerente a imposição do dever de continuar vivendo sob condições de impotência do *élan vital*.

Assim, a ortotanásia, de fato, em aspectos quantitativos, reduz um prazo de vida que seria artificialmente barganhado com a morte pela tecnologia contemporânea, porém, a ponderação aqui feita assume caracteres qualitativos: vive-se a quantidade de vida que a doença limita aquela pessoa a viver, mas, essencialmente, proporciona que esse interregno seja vivido de forma plena, sem barganhas com a morte e flertes quantitativos com o sofrimento e a dor.

Contudo, com a pós-modernidade, as preocupações apresentadas por José Afonso da Silva (2017, p. 201) sobre o uso distorcido da existência digna para fins escusos, bem como a indiferença e a crueldade com a vida humana pelo esquecimento e desvalorização das dimensões emocionais do ser (ARANTES, 2019, p. 76), parecem ser reais. Nos dizeres de Carlos Eduardo Bianca Bittar (2019, p. 52)

a descartabilidade se torna um traço típico de nossos tempos, como *habitus* social a ser combatido, pois inconscientizado, na medida em que se considera que a técnica tem a capacidade de converter o que *não-é-técnico* em *algo-que-é-técnico*, e, por isso, passível de avaliação imoral, irresponsável e desconectada de liames éticos, aumentando-se a sensação de 'objetualização' da personalidade humana, em diversas de suas projeções na sociedade, *na vida de consumo, na vida digital, na vida de trabalho, na vida familiar*, ou seja, nas várias *vidas-vividas* (ou ainda, das *vidas-semivividas*) dos tempos atuais. Onde está o *poder-tecnológico* estará o *poder-de-disposição da vida*, e, como o *poder-tecnológico* dará o tom do processo civilizatório de agora em diante e fará da história uma história do progresso tecnológico, a ciência dogmática do direito não poderá perder a atitude de quem, apesar das trevas que medram no entorno, enxergar de forma atenta e vigilante a proteção da vida como algo de extrema urgência, presente, portanto, neste *futuro-já-aqui-presente*.

Essas afirmações vão ao encontro da defesa aqui feita e encontram a resposta e o respaldo na tutela jurídica concentrada no livre desenvolvimento da personalidade e dos direitos da personalidade, estudados a seguir. Isto é, a base da plenitude da existência, a ser proporcionada pelo viver da terminalidade na sua plena potência, cujo objetivo é justamente o mesmo, tanto da proteção da personalidade como da ortotanásia e dos cuidados paliativos: permitir que o ser continue sendo humano até a sua morte, pois aquele que tem a oportunidade de um ocaso tranquilo e respeitoso não deseja que a vida acabe o quanto antes, apenas deseja que a morte chegue quando seja a hora exata em que a energia vital se esgota.

#### 4.1 DA TEORIA GERAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE À PROTEÇÃO DA INTEGRALIDADE DA PESSOA

Nesse momento, faz-se necessária uma breve análise sobre a teoria geral dos direitos da personalidade para compreensão da categoria de direito que se vincula diretamente com a proteção da autonomia existencial e da plenitude da existência. Quando se fala em morte digna, é praticamente impossível não a reconduzir ao que

seria o morrer dignamente se não se atentar ao que o paciente considera como dignidade e, como dimensão existencial da pessoa, essas concepções expressam sua própria personalidade, isto é, quem ela é como ser humano.

Em uma retrospectiva histórica, os direitos da personalidade surgem no contexto histórico da segunda metade do século XIX, sob a batuta de uma corrente jusnaturalista. Segundo Anderson Schreiber (2014, p. 5), as primeiras concepções dos direitos da personalidade surgem nesse contexto histórico devido ao cenário de injustiças e revoltas que o permearam, sendo a expressão resultante de teses jusnaturalistas francesas e alemãs para designar direitos inerentes ao homem. São, de forma geral e até hoje assim reconhecidos, como direitos considerados essenciais à condição humana.

Bruno Miragem (2021, p. 174) assinala que na idade moderna as construções acerca dos direitos da personalidade são fruto do pensamento humanista, por volta dos anos 1590 e atribuída ao escritor Hugo Donellus. Demonstra o autor que os direitos da própria pessoa (*iura in persona ipsa*) eram estabelecidos em quatro espécies: o direito à vida, à integridade, à liberdade e à reputação, de forma que “nenhum homem devesse ter sua vida e integridade atingida, tampouco cerceada sua liberdade de se manifestar e de fazer o que entende correto, bem como de manter sua dignidade e caráter” (MIRAGEM, 2021, p. 174).

A fundamentação moderna da proteção da personalidade também toma como base e fundamento a filosofia kantiana, associando-se a noção de personalidade à própria noção de dignidade em razão da singularidade de cada ser humano (MIRAGEM, 2021, p. 175). De certa forma, a noção contemporânea dos direitos da personalidade também repousa seus alicerces na filosofia humanista kantiana, principalmente no imperativo categórico da não instrumentalização da vida humana.

Os direitos da personalidade na compreensão contemporânea têm uma forte influência das correntes humanistas que surgiram no contexto pós II Guerra Mundial, à semelhança da concepção atual de dignidade humana trabalhada no início do trabalho. Bruno Miragem (2021, p. 176) assim destaca que

o reconhecimento da autonomia da proteção à personalidade e, mesmo, de um direito geral de personalidade, só passa a ser admitido por doutrina e jurisprudência depois do advento da Lei Fundamental Alemã de 1949, que irá prever expressamente o direito ao livre

desenvolvimento da personalidade (*freie Entfaltung der Persönlichkeit*) em seu art. 2º: ‘(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral. (2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei.’

Porém, Anderson Schreiber (2014, p. 5) ressalta que o desenvolvimento na doutrina civilista dos direitos da personalidade encontrou resistência de nomes de peso, como Savigny, Von Thur e Enneccerus, que negavam qualquer validade científica à categoria. Segundo eles, “os direitos da personalidade configuravam uma contradição nos próprios termos, já que tinham como objeto o próprio sujeito. Se, para o direito civil a personalidade consistia na capacidade de ter direitos, não podia essa mesma personalidade figurar como objeto de direito algum” (SCHREIBER, 2014, p. 6).

Nesse sentido, Orlando Gomes (2019, p. 108) demonstra que tal afirmação pode ser esclarecida mediante a delimitação precisa do objeto<sup>54</sup> dos direitos da personalidade. Segundo o autor, os direitos da personalidade se constituem nos “bens jurídicos em que se convertem projeções físicas ou psíquicas da pessoa humana, por determinação legal que os individualiza para lhes dispensar proteção” (GOMES, 2019, p. 108). Em uma visão contemporânea, Francisco Amaral (2018, p. 356) atesta que o objeto<sup>55</sup> dos direitos da personalidade “é o conjunto unitário, dinâmico e evolutivo dos bens e valores essenciais da pessoa no seu aspecto físico, moral e intelectual. A pessoa é, simultaneamente, o sujeito titular da situação jurídica e o ponto de referência objetiva da tutela que o direito estabelece”.

Dessas concepções, torna-se possível afirmar que os direitos da personalidade são categoria jurídica intimamente ligada à possibilitação da plenitude da existência e do morrer com dignidade. Da noção do objeto dos direitos da

---

<sup>54</sup> De acordo com Anderson Schreiber (2014, p. 6) “As críticas seriam, pouco a pouco, superadas. Estudos de relevo demonstrariam que 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 (SCHREIBER, 2014, p. 6).

<sup>55</sup> Orlando Gomes (2019, p. 108) relembra as lições de Ferrara, afirmando que “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 apenas o termo de referência da obrigação negativa que incumbe à generalidade das pessoas”.

personalidade, percebe-se que, independentemente das classificações jurídicas que se faça, o centro de referência será sempre os valores e concepções que, segundo a pessoa a que se refere, tornam sua vida e existência dignas.

Nesse sentido, Orlando Gomes (2019, p. 108), em uma lógica semelhante a das situações jurídicas existenciais, assevera que

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*. Reclamam 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.

Nesse diapasão, Bruno Miragem (2021, p. 178) afirma que foi o “Tribunal Constitucional alemão que reconheceu a autonomia de um direito geral de personalidade” e acrescenta que não o fez “apenas no âmbito civil, mas como espécie de direito fundamental, como um direito-mãe (*Mutterrecht*) ou direito-fonte (*Quellenrecht*), de onde resultam outros direitos individuais”. Partindo-se da seara constitucional, os direitos da personalidade podem ser considerados direitos fundamentais, mas não se confundem no todo. Pode-se afirmar que os direitos da personalidade podem sempre ser direcionados e elevados à categoria de direitos fundamentais, mas nem todo direito fundamental será considerado direito da personalidade (SARLET, 2020, p. 449).

Bruno Miragem (2021, p. 183) assim diferencia<sup>56</sup> que

Direitos fundamentais é conceito próprio do direito constitucional, como o conjunto de direitos reconhecidos e tutelados a partir da Constituição, na qualidade de norma fundamental (*Grundnorm*) do Estado. [...] Os direitos da personalidade pertencem à tradição do direito privado. Afirmados a partir da noção de direitos da pessoa sobre si mesma, destaca o reconhecimento e proteção de atributos inseparáveis da personalidade humana, como é o caso da vida, da integridade física, da integridade do corpo, da honra, da vida privada,

---

<sup>56</sup> Nas lições de Anderson Schreiber (2014, p. 13): “Direitos fundamentais, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar ‘direitos positivados numa constituição de um determinado Estado’. É, por isso mesmo, a terminologia que tem sido preferida para tratar da proteção da pessoa humana no campo do direito público, em face da atuação do poder estatal. Já a expressão direitos da personalidade é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional”

da intimidade e da imagem na perspectiva do direito privado, seja disciplinando seu conteúdo e as consequências de sua violação (em especial a reparação civil), seja prevenindo lesões, para o que, com maior frequência, serve-se dos instrumentos de tutela previstos na legislação processual.

Ingo Wolfgang Sarlet (2020, p. 451) afirma que os direitos da personalidade seriam o equivalente privado dos direitos fundamentais. Nesse sentido “os direitos de personalidade seriam direitos materialmente fundamentais, já que radicados na dignidade da pessoa humana e essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade, cuidando-se, nesse sentido, sempre e pelo menos de direitos fundamentais (e, portanto, de matriz constitucional) implícitos” (SARLET, 2020, p. 449-451).

Importante mencionar que, no cenário brasileiro, os direitos da personalidade começam a ser discutidos como categoria jurídica por volta dos anos 1880, porém adstritos a caracteres mais técnicos. Bruno Miragem (2021, p. 179) relembra as lições de Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua, restando demonstrada o matiz formalista que as discussões sobre os direitos da personalidade se iniciaram:

Teixeira de Freitas, de sua vez, afirmava em seu *Esboço* que, ‘*para nós, para a civilização atual, todo homem é pessoa: pois que não há homem sem a suscetibilidade de adquirir direitos, suscetibilidade que não chamo capacidade de direito tratando-se de pessoas, porque só o seria em relação a entes que não são pessoas*’. Nestes termos, a proteção da personalidade como resultado do desenvolvimento da liberdade humana. Clóvis Beviláqua, de sua vez vai conceituar personalidade, como ‘*o conjunto de direitos atuais ou ‘a personalidade jurídica tem por base a personalidade física*’. Não há de se perceber nestes autores a noção de personalidade como objeto de direitos, merecedora por si de proteção jurídica específica. Entretanto, indicam já a consideração da personalidade como algo intrínseco à condição de ser humano, e mesmo – como indicam as considerações de Beviláqua – reconhecendo a vinculação possível entre a personalidade jurídica e a personalidade psíquica (grifos no original).

A concepção contemporânea dos direitos da personalidade pode ser redirecionada ao contexto do constitucionalismo moderno<sup>57</sup>, com a retomada axiológica e principiológica do direito centrado na dignidade da pessoa humana, principalmente no contexto pós guerras mundiais. Karl Larenz (1978, p. 161) afirma,

---

<sup>57</sup> Nos dizeres de Bruno Miragem (2021, p. 180) “será a consagração da dignidade da pessoa humana, então, o fundamento para sustentar o reconhecimento, a partir da Constituição, de uma tutela integrada da personalidade humana e de seus atributos essenciais”.

nesse sentido que a categoria de uma teoria geral dos direitos da personalidade surge em razão “da sensibilidade frente a toda classe de menosprezo a dignidade humana e a personalidade; ao mesmo tempo que se advertiu sobre as possibilidades de realizar atos que representem tal menosprezo não só por parte do estado – tradução livre”<sup>58</sup>. Ainda adiciona que o tecnicismo contemporâneo também apresenta uma ameaça para as esferas pessoais particulares da personalidade oriunda de outros particulares, partindo também “de outras associações ou por pessoas [jurídicas de direito] privado haviam se multiplicado, devido ao desenvolvimento da técnica moderna – tradução livre”<sup>59</sup> (LARENZ, 1978, p. 161).

Em relação ao respeito ao projeto de vida construído durante a existência para que se tenha uma morte digna, isto é, em coerência com esse projeto vivido durante toda uma vida e cristalizado na sua personalidade, é ameaçado pela biotecnologia contemporânea. Nos dizeres de Orlando Gomes (2019, p. 106), a filosofia positivista redundou em um tecnicismo que ameaçou a Teoria Geral do Direito, favorecendo “a terrível ameaça que pesa sobre a individualidade física, intelectual e moral do homem em consequência de conquistas científicas e técnicas que permitem até a própria desintegração da personalidade” (GOMES, 2019, p. 106).

Pode-se exemplificar pelo caso da imposição de tratamentos ou cuidados que a pessoa, nas suas concepções personalíssimas sobre a sua existência, consideram indignos e, portanto, violadores da sua dignidade. Ou, então, a submissão de cada indivíduo ao que o consciente coletivo ou o Estado entendem por boa morte.

Para fins de conceituação<sup>60</sup>, ainda em um viés tecnicista e formalista, Caio Mário da Silva Pereira (2020, p. 181), define os direitos da personalidade sob um viés do direito objetivo, de forma que

---

<sup>58</sup> No original: “la sensibilidad frente a toda clase de menosprecio de la dignidad humana y de la personalidad; ao propio tempo se advirtió que las posibilidades de realizar actos que representen tal menosprecio no sólo por parte del Estado” (LARENZ, 1978, p. 161).

<sup>59</sup> No original: “sino también por parte de otras asociaciones o por personas privadas, se habían multiplicado, debido al desarrollo de la moderna técnica” (LARENZ, 1978, p. 161).

<sup>60</sup> Na concepção de Bruno Miragem (2021, p. 183) “Os direitos da personalidade pertencem à tradição do direito privado. Afirmados a partir da noção de direitos da pessoa sobre si mesma, destaca o reconhecimento e proteção de atributos inseparáveis da personalidade humana, como é o caso da vida, da integridade física, da integridade do corpo, da honra, da vida privada, da intimidade e da imagem na perspectiva do direito privado, seja disciplinando seu conteúdo e as consequências de sua violação (em especial a reparação civil), seja prevenindo lesões, para o que, com maior frequência, serve-se dos instrumentos de tutela previstos na legislação processual”.

A ideia de *personalidade* está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres. Esta aptidão é hoje reconhecida a todo ser humano, o que exprime uma conquista da civilização jurídica. (...) Não depende esta da consciência ou da vontade do indivíduo. A criança, mesmo recém-nascida, o deficiente mental ou o portador de enfermidade que desliga o indivíduo do ambiente físico ou moral, não obstante a ausência de conhecimento da realidade, ou a falta de reação psíquica, é uma pessoa, e por isso mesmo dotado de personalidade, atributo inseparável do ser humano dentro da ordem jurídica, qualidade que não decorre do preenchimento de qualquer requisito psíquico e também dele inseparável.

Carlos Alberto Bittar (2015, p. 37-41) divide os conceitos dos direitos da personalidade entre positivistas e naturalistas, situando-se entre os últimos. Define que para os autores positivistas, os direitos da personalidade são configurados como direitos objetivos positivados no ordenamento que constituem o mínimo necessário para existência de outros direitos subjetivos, isto é, “constituem direitos cuja ausência torna a personalidade uma suscetibilidade completamente irrealizável, sem valor concreto” de forma que “todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo, e a pessoa não existiria como tal. São, pois, direitos ‘essenciais’, que formam a medula da personalidade” e assevera que “não aceitam, pois, a existência de meros direitos inatos, que constituíram exigências de ordem moral, quando situado o observador no plano do direito positivo” (BITTAR, 2015, p. 37-38).

Sintetiza que para os positivistas, todos os direitos subjetivos, inclusive os direitos da personalidade, derivam do ordenamento positivado. Conforme se verá, a tese positivista é incapaz de oferecer uma tutela adequada a todas as dimensões da personalidade humana, principalmente em um contexto em que as noções de mundo e de vida são constantemente revistas mediante o avanço tecnológico. A crítica aos positivistas pode ser sintetizada em um único argumento: não é possível reduzir o universo de possibilidades da pessoa a um esquema formal de um texto positivado.

Nessa senda, Carlos Alberto Bittar (2015, p. 38-39) estabelece que os naturalistas compreendem que os direitos da personalidade constituem direitos inatos, correspondendo os direitos da personalidade às manifestações das faculdades ínsitas à própria condição humana. A síntese das teorias naturalistas reside no fato de que os direitos da personalidade “existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, considerado em si e em suas manifestações. Quando ganham a Constituição, passando para a categoria de direitos fundamentais,

recebem todo o sistema de proteção próprio” (BITTAR, 2015, p. 39). A normativa constitucional reconduz os direitos da personalidade a um viés aberto e axiológico, embasado na dignidade da pessoa humana, conferindo, assim, a amplitude necessária para proteger a maior gama de situações existenciais relevantes para a integridade da personalidade de cada indivíduo.

Segundo o autor, a positivação e codificação apenas servem para lhes dar uma tutela mais específica e não ditar a sua existência (BITTAR, 2015, p. 39). Oferecendo seu conceito, Carlos Alberto Bittar (2015, p. 41) arremata que

Em nosso entender, pois, os direitos da personalidade devem ser compreendidos como: a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento; b) e os referentes as suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade).

Orlando Gomes (2019, p. 101) também parte de um conceito técnico, afirmando que “a personalidade é um atributo jurídico”. Nesse sentido, atesta que “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” (2019, p. 101).

Entretanto, mais adiante o autor passa a considerar a personalidade como o aspecto que define e identifica a pessoa como o ser humano que ela é (GOMES, 2019, p. 106). E descreve que os 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” e completa “a necessidade de protegê-la contra práticas e abusos atentatórios tornou-se premente em razão assim da tendência política para desprestigiá-la como dos progressos científicos e técnicos” (GOMES, 2019, p. 106).

A visão de Orlando Gomes apresentada acima, de certa forma, se coaduna com o constitucionalismo contemporâneo e também com a repersonalização do direito civil, centrando o valor da personalidade na realização da dignidade humana. Ingo Wolfgang Sarlet (2020, p. 452) indica que

Importante é que se tenha sempre presente que, a despeito de sua quantidade e diversidade, os direitos de personalidade apresentam como aspecto comum o fato de estarem todos vinculados com a proteção da esfera nuclear da personalidade, dignidade e liberdade humanas, o que permite colocar, lado a lado, tanto os direitos à vida e integridade física e psíquica, (...) de modo a demarcar um regime jurídico-constitucional comum.

Dessa concepção de um regime jurídico-constitucional comum, na escola do direito civil na legalidade constitucional, Pietro Perligieri (2002, p. 155-156) estabelece que

Afirmada a natureza necessariamente aberta da normativa, é da máxima importância constatar que a pessoa se realiza não através de um único esquema de situação subjetiva, mas com uma complexidade de situações que ora se apresentam como poder jurídico (*pótestà*), 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. (...) 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 incessantemente 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.

Dentro desse contexto do direito civil constitucional, é importante mencionar o conceito de direitos da personalidade trazido por Francisco Amaral (2018, p. 353), que é o mais alinhado com a defesa aqui feita, por considerar os direitos da personalidade como situações jurídicas existenciais. *In verbis*:

Direitos da personalidade são 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 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. (...) Esse conjunto, ou esse complexo unitário de natureza física, psíquica e moral, vem a justificar um direito geral de personalidade que se

constrói a partir do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (AMARAL, 2018, p. 353-356).

A consideração dos direitos da personalidade sob o valor guia do ordenamento, qual seja, da dignidade humana, parece ser a solução mais adequada para proteção da integralidade das dimensões humanas e, principalmente, na terminalidade da vida, manifestações emocionais e psíquicas que consubstanciam a essência daquele ser. Nos dizeres de Anderson Schreiber (2014, p. 228), em relação a função dos direitos da personalidade

A construção dos direitos da personalidade como uma categoria geral tem a utilidade de evidenciar, para fins práticos, as semelhanças e as diferenças entre os vários atributos da condição humana, sem ameaçar a indelével unidade que os vincula, como aspectos de um todo indivisível. Por isso mesmo, os direitos contemplados pelo Código Civil não encerram ou restringem a proteção ao fenômeno humano. São apenas alguns dos atributos imprescindíveis à dignidade do Homem, expressa e especificamente reconhecidos como merecedores de tutela pelo ordenamento jurídico brasileiro. Não se esgotam aí os direitos da personalidade. Da prática judicial, da produção legislativa, da reflexão doutrinária emergem, a cada dia, novos direitos da personalidade, manifestações existenciais as mais variadas que vêm clamar pelo reconhecimento de sua essencialidade.

Tal unidade axiológica, dentro da sua amplitude, se demonstra essencial para acompanhar a dinamicidade da vida contemporânea e, no ambiente do biodireito, dos avanços da medicina e da biotecnologia para que não se reduza a pessoa a um instrumento do biopoder. Já assinalava Karl Larenz (1978, p. 161) que a função de um direito geral da personalidade seria “o direito ao respeito, a não lesão da personalidade em todas suas manifestações imediatas e dignas de proteção – tradução livre”<sup>61</sup>. Isto é, a restrição dos direitos da personalidade a categorias dos direitos especiais seria fatiar a tutela da pessoa em aspectos apartados e não como um todo complexo que é a vida e a existência humana.

Karl Larenz (1978) ainda reflete sobre a relação do direito geral da personalidade com os direitos especiais da personalidade nos seguintes termos:

O direito geral da personalidade, enquanto direito ao respeito que há de se atribuir a todo indivíduo como pessoa, é o fundamento de todos

---

<sup>61</sup> No original: “el derecho al respeto, a la no lesión de la persona em todas sus manifestaciones inmediatas dignas de protección” (LARENZ, 1978, p. 161).

os direitos especiais da personalidade, que podem ser considerados como desdobramento daquele, e tem por ele, desde o ponto de vista lógico-jurídico, preferência sobre os mesmos. Na aplicação do Direito tem preferência os direitos especiais da personalidade, em tanto e quanto, se já existe uma violação de um direito especial da personalidade não seja preciso se reconduzir ao direito geral da personalidade, com seus limites dificilmente determináveis.

Em relação às diretivas antecipadas de vontade e à proteção da personalidade na terminalidade da vida humana, recorre-se ao direito geral da personalidade no instante que figuras típicas, como o direito à integridade física e psíquica, bem como o direito à vida, assumem uma tutela mais negativa, no sentido de proteger a pessoa contra terceiros. Contudo, quando se fala do morrer qualificado com dignidade, a referência objetiva e subjetiva, ao mesmo tempo, é a própria pessoa que está morrendo, de forma que as categorias específicas não oferecem resposta suficiente para as infinitudes de intercorrências que podem acontecer neste momento.

Essa recondução à teoria geral dos direitos da personalidade e ao direito geral da personalidade vem ao encontro da tutela integral da personalidade humana, como valor único e coerente com sua concepção de dignidade e repousa seus fundamentos no personalismo ético. Pietro Perlingieri (2002, p. 155-156) já alertava sobre a impossibilidade de reduzir, fatiar, a vida humana a uma infinidade de *fatispécies* de acordo com cada vicissitude quotidiana e afirma: o único valor do ordenamento se concentra na proteção da pessoa em todas suas dimensões.

Essa construção, em torno das DAVs, visa oferecer um contorno mais ou menos definido sobre a influência dos direitos da personalidade na terminalidade da vida. Embora ainda não haja um direito especial da personalidade sobre a qualidade de vida no morrer, ou em outras palavras, um direito da personalidade específico da boa morte, é em razão da biotecnologia contemporânea e do raciocínio científico tecnicista que, dentro do direito geral da personalidade, há de se falar em contornos para uma morte digna, ou, no sentido dos dizeres de Karl Larenz (1978, p. 164), oferecer os limites de atuação nos cuidados e tratamentos de fim de vida para não lesionar a personalidade do moribundo. Nesse sentido entende Bruno Miragem (2021, p. 199) sobre a indisponibilidade dos direitos da personalidade, que embora sejam, de fato, indisponíveis, não se torna incompatível com a indisponibilidade o estabelecimento de limites, dos contornos éticos e valorativos existenciais que o

paciente entende como adequadas para que sua personalidade esteja protegida, isto é, possa viver e morrer dignamente.

Conforme vem se afirmando, a categoria da teoria geral dos direitos da personalidade se torna indispensável para que a pessoa, centrada no valor único da sua dignidade, tenha todas manifestações e projeções da sua personalidade respeitadas, em uma dimensão da dignidade humana calcada na alteridade. Isto é, como o ser humano se constrói na relação com os outros e enquanto experiencia o mundo, assim como ele por si próprio é uma infinidade de possibilidades, o mundo também o é, sendo que uma categoria formal não atende às complexidades da vivência quotidiana. Essa categoria geral, então, é o meio pelo qual se justifica a proteção da integralidade da personalidade humana, expressa por uma manifestação de autonomia existencial que, se direcionada para a terminalidade humana, se materializa em uma diretiva antecipada de vontade, como se verá a seguir.

#### 4.2 AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO INSTRUMENTO DE EXERCÍCIO DA AUTONOMIA EXISTENCIAL

A personalidade humana é resultado dessa diversidade de situações existenciais que cada pessoa enfrentará enquanto viver e enquanto se relacionar com o outro. Justamente por essa multiplicidade de visões de mundo que os espaços de autonomia existencial se fazem necessários para a construção da personalidade de cada indivíduo. Como cada um saboreia as experiências de vida de uma forma, diversas nuances da dignidade humana se formarão, resultando em uma personalidade singular para cada indivíduo.

Assim, com o livre desenvolvimento da personalidade, ao se voltar o foco para os momentos finais da existência humana, todo esse caminho percorrido e experimentado merece uma atenção especial para que essa pessoa possa encerrar seus dias com dignidade. Cada manifestação das dimensões humanas, sejam elas psíquicas, espirituais, físicas ou emocionais tem uma relevância inexorável para o fim digno e se consubstanciam expressões, isto é, projeções personalíssimas, dos mais íntimos e essenciais espaços de autodeterminação existencial.

A análise do livre desenvolvimento da personalidade tomará como exemplo a suposta indisponibilidade dos direitos da personalidade referidos no art. 11 do CC/02, a ser tratado mais à frente neste item. Isto é, parte-se desse referencial em

razão da necessidade da conformação dessa indisponibilidade às decisões que dizem respeito aos espaços de autodeterminação como laicidade, isto é, em relação ao núcleo duro existencial da personalidade.

A ideia de livre desenvolvimento da personalidade pode ser remontada ao período posterior à Alemanha nazista como resposta às atrocidades cometidas pelo regime totalitário, sendo elevada à categoria de direito constitucional positivado. A Lei Fundamental da Alemanha, em topografia privilegiada, logo no art. 2º, estabelece como o primeiro direito de liberdade o “o livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou moral” (ALEMANHA, 1949, p. 16). Em sede civil, a construção do conceito também vem do direito alemão, com o personalismo ético proposto por Karl Larenz (1978).

De forma geral, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é aspecto fundamental para que se possa falar em morte digna, ao passo que é o meio pelo qual a pessoa, em razão da sua própria condição humana, vai edificando sua identidade pessoal e desenvolvendo a sua autonomia existencial. Karl Larenz (1978, p. 44) estabelece que o personalismo ético é o fundamento ideológico do código civil alemão. Nas lições do autor, a partir da consideração que o Código Civil faz de o ser humano ser “pessoa nascida”, deve se considerar que “o homem, de acordo com a sua peculiar natureza e seu destino, está constituído para configurar livre e responsavelmente sua existência e seu entorno, no marco das possibilidades dadas em cada caso, para se propor objetivos e impor a si mesmo os limites da sua atuação – tradução livre”<sup>62</sup> (LARENZ, 1978, p. 44).

Essa percepção da natureza peculiar do homem em relação ao seu destino foi bem explorada por Hannah Arendt (2007, p. 17) ao estabelecer a condição humana<sup>63</sup> como a capacidade atribuída a cada ser de superar as condições naturais impostas pelo mundo a ele e, desse modo, também criar as suas próprias condições de vida. Em relação ao livre desenvolvimento da personalidade, é com os espaços de liberdade e autonomia existencial que cada ser humano pode manifestar as condições

---

<sup>62</sup> No original: “se considera que el hombre, de acuerdo con su peculiar naturaleza y su destino, está constituido para configurar libre y responsablemente su existencia y su entorno en el marco de las posibilidades dadas en cada caso, para proponerse objetivos e imponerse a sí mismo límites en su actuación” (LARENZ, 1978, p. 44).

<sup>63</sup> O tema já foi explicitado no item 2.1, porém, em razão da sua relevância, será aqui lembrado.

que considera como uma vida humana digna de ser vivida. Nesse sentido, Karl Larenz (1978, p. 45-46) estabelece que o personalismo ético, fundamento do direito civil contemporâneo,

Atribui ao homem, precisamente porque é pessoa no sentido ético, um valor em si mesmo, não simplesmente como meio para os fins de outros – e, nesse sentido, uma dignidade. Dele se segue que todo ser humano tem preferência a qualquer outro o direito a ser respeitado por ele como pessoa, a não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo, a saúde) e em um âmbito próprio dele mesmo e que cada indivíduo está obrigado frente a qualquer outro de modo análogo – tradução livre.<sup>64</sup>

A conjugação dos conceitos do personalismo ético de Karl Larenz com a condição humana de Hannah Arendt permite que se chegue à conclusão de que a personalidade humana é fruto da ação humana e da sua vivência de mundo. Em outros termos, somente quando o indivíduo busca de fato, experimentar a sua existência e se relacionar com os outros e com o mundo é que se torna possível que ele construa o seu núcleo duro existencial. Isto é, a partir da sua própria vivência que ele começa a ter consciência dos interesses fundamentais personalíssimos enquanto ser humano digno de ser respeitado nas suas concepções de vida.

Ingo Wolfgang Sarlet (2021, p. 196) afirma que, nas experiências constitucionais contemporâneas há “um nexo entre o direito de liberdade pessoal e a proteção da personalidade” em razão de os direitos da personalidade, a despeito da tutela negativa de não intervenção nas esferas pessoais, “é também um direito de liberdade, no sentido de um direito de qualquer pessoa a não ser impedida de desenvolver sua própria personalidade e de se determinar de acordo com suas opções” (SARLET, 2021, p. 196). Hannah Arendt (2007, p. 191) afirma que em razão do homem ser capaz de agir, abre-se um universo praticamente infinito de possibilidades e, justamente nessa capacidade de ação é que o ser se realiza.

Interessante, nesse sentido, são as considerações de Ronald Dworkin (2009, p. 283-284) sobre a construção do núcleo duro existencial, que, segundo ele,

---

<sup>64</sup> No original “el personalismo ético atribuye al hombre, precisamente porque es ‘persona’ en sentido ético, un valor en sí mismo – no simplemente como medio para los fines de otros – y, em este sentido, una ‘dignidad’. De ello se sigue que todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho a ser respetado por él como persona, a no ser perjudicado em su existencia (la vida, el cuerpo, la salud) y em un ambito propio del mismo que cada individuo está obligado frente a cualquier otro de modo análogo” (LARENZ, 1978, p. 46).

é composto por interesses experienciais e interesses críticos. De acordo com Dworkin (2009, p. 283), os interesses experienciais são aqueles que aprendemos a gostar pela experiência de os viver, são fundamentais para uma ideia de vida boa, isto é, “o valor dessas experiências, avaliadas uma por uma, depende exatamente do fato de as considerarmos prazerosas ou estimulantes *como experiências*” (DWORKIN, 2009, p. 283 – grifo no original).

Esses interesses importam para o livre desenvolvimento da personalidade em razão da possibilidade que eles trazem ao indivíduo de experimentar o mundo, isto é, saboreá-lo de forma a descobrir o que é bom ou ruim para ele. Na consideração da pessoa como um universo completo e a se completar, o prazer e o regozijo de ter novas experiências ou de reviver aquelas que geram um ganho de potência importam para tutela da integralidade da personalidade na exata correlação que tem com todas as dimensões humanas. O prazer, a felicidade, as emoções e os sentimentos, são parte fundamental da vida humana para que ela seja vivida com qualidade.

Contudo, quando os interesses experienciais não são mais possíveis de serem vividos, sejam por limitações físicas ou de ordem econômica, a vida em si, não perde o seu valor. Apesar de importar em uma redução no prazer momentâneo de viver, elas não são inexoráveis para que a vida ainda seja boa, seja digna de ser vivida, justamente pela possibilidade de descoberta de novas experiências prazerosas de acordo com a condição humana que aquele ser vive naquele momento. O respeito pela personalidade e a liberdade de se autodeterminar são os fatores que permitem o desenvolvimento dos interesses experienciais.

Em um sentido inverso, os interesses críticos, nos ensinamentos de Dworkin (2009, p. 204) são aqueles que definem, de fato, quem aquela pessoa é e como ela entende o seu ser humano. Em suas palavras, são “interesses cuja satisfação torna suas vidas genuinamente melhores, interesses que, se ignorados, constituiriam erros passíveis de piorar essas vidas” e assevera que “representam juízos críticos, não apenas preferências relativas a experiências” (DWORKIN, 2009, p. 284). Sintetiza, então, que os interesses críticos não são importantes “apenas porque desejo viver essa experiência; ao contrário, acredito que uma vida que prescinde de tal experiência seria muito pior” (DWORKIN, 2009, p. 285).

No recorte temático da dignidade no morrer, os interesses críticos podem ser considerados como aqueles que se ameaçados, retiram a dignidade em continuar vivendo. Seja pela imposição de um tratamento que vai de encontro com as

concepções de vida daquela pessoa; seja porque aquela condição consubstancia uma vida que está destituída de sentido para aquele ser<sup>65</sup>. As DAVs e os cuidados paliativos, nesse sentido, visam, respectivamente, estabelecer o perímetro dos interesses críticos daquele paciente e, possibilitar um cuidado que não permita que a vida daquele ser reste insignificante para si mesmo, isto é, que o considere para além da sua condição física e biológica, considere, então, a sua condição de ser humano.

Trazendo essas ideias para o ambiente contemporâneo do biodireito, a preocupação sobre a ação humana, isto é, a possibilidade de se realizar na vivência cotidiana e livre, nos moldes do livre desenvolvimento da personalidade guiados sob a condição humana arendtiana e o personalismo ético de Karl Larenz, pode ser ameaçada pela racionalidade tecnicista do mundo pós-moderno. Entretanto, esse risco não surge durante a vivência em si, mas quando a pessoa já se encontra em seu processo de terminalidade, incapaz de, por si só, retomar os rumos da sua vida de forma coerente com a pessoa que ela foi construindo e, ainda está construindo nos momentos finais.

O médico José Eduardo Siqueira (2000, p. 62-63) demonstra como a racionalidade técnica limitou a capacidade humana de enxergar o outro e as suas possibilidades, a sua personalidade e, principalmente a capacidade de estar sendo até o dia que a vida passa a ser morte. Nos dizeres do autor

Outro território onde a tecnologia, ao lado de contribuições decisivas para salvar vidas, induziu a adoção de condutas inadequadas é o das unidades de terapia intensiva (UTIs). Desnecessário ressaltar os benefícios obtidos nessas unidades com as novas metodologias diagnósticas e terapêuticas. Incontáveis são as vidas salvas em situações críticas, tais como, por exemplo, na recuperação de doentes com infarto agudo do miocárdio e/ou enfermidades com graves distúrbios hemodinâmicos, cuja recuperação pôde ser alcançada com o uso de engenhosos procedimentos terapêuticos. Ocorre que nossas UTIs passaram a receber, também, pacientes com doenças crônicas incuráveis, apresentando intercorrências clínicas as mais diversas, que foram contemplados com os mesmos cuidados oferecidos aos

---

<sup>65</sup> Dworkin (2009, p. 286) explica que “precisamos da distinção entre interesses experienciais e interesses críticos para entender muitas de nossas convicções sobre o modo como as pessoas devem ser tratadas. Precisamos dela, por exemplo, para explicar por que razão as drogas que afetam o modo de perceber o mundo, ou outras formas de lavagem cerebral que produzem alegria e prazer duradouros, não atendem os interesses de suas vítimas: queremos dizer que elas não atendem a seus interesses *críticos*. Entender a diferença entre interesses críticos e experienciais também é fundamental para entender um certo tipo de tragédia, tanto na vida quanto na ficção. É trágico que alguém já próximo do fim passe sua vida em revista e a considere inútil, vazia de qualquer significado real e de qualquer realização que possa orgulhar-se”.

agudamente enfermos. Se para os últimos, com frequência, alcança-se plena recuperação, para os doentes crônicos pouco se oferece além de um sobreviver precário e, muitas vezes, não mais que vegetativo. Situação essa por nós conhecida como obstinação terapêutica, futilidade nos países de língua inglesa e encarniçamento terapêutico para os de fala hispânica. Até quando avançar nos procedimentos tecnológicos de suporte vital? O modelo cartesiano de medicina nos ensina muito sobre tecnologia de ponta e pouco sobre o significado metafísico da vida e da morte (SIQUEIRA, 2000, p. 61-62).

A personalidade humana, como tem se afirmado, não é composta apenas da sua existência física no mundo, nem se limita, no direito, aos aspectos do direito objetivo e das categorias formais de direitos especiais. A construção da personalidade, como se demonstrou por meio da teoria dos interesses de Dworkin (2009, p. 283-285), é formada de aspectos que transcendem o apenas existir. O viver, o construir a personalidade é fruto de um feixe complexo de relações e experiências que são interpretadas pela pessoa de acordo com a sua compreensão do bem viver e do bem morrer.

Das afirmações trazidas por José Eduardo Siqueira (2000, p. 61-62), a medicina moderna, de certa forma, deixa os interesses, tanto experienciais quanto críticos, para fora das portas dos consultórios ou dos hospitais. Contudo, esses interesses consubstanciam a própria essência daquele ser humano, em outras dimensões além da doença. O médico aponta como uma das causas dessa indiferença em relação à condição humana ao tecnicismo cartesiano da sociedade contemporânea, no mesmo sentido que aqui se apontou nas considerações sobre os direitos da personalidade na pós-modernidade.

Jürgen Habermas (1968, p. 57) lança luz sobre o modelo cartesiano sobre o qual a sociedade moderna e a contemporânea se edificaram. De certa forma, a tecnologia e o tecnicismo empirista conduziram a um processo de desumanização das relações humanas. As ações passaram a ser direcionadas por um raciocínio teleológico, em que os fins da ação importam e os meios são, em certo grau, relativizados.

O autor assim afirma que entende por ação racional teleológica como uma conjugação da ação instrumental e da ação racional, onde a “ação instrumental orienta-se *por regras técnicas* que se apoiam no saber empírico. Estas regras implicam em cada caso prognoses sobre eventos observáveis, físicos ou sociais; tais prognoses podem revelar-se verdadeiras ou falsas” servindo de substrato para ação

racional, onde “o comportamento da escolha racional orienta-se por *estratégias* que se baseiam num saber analítico. Implicam deduções de regras de preferência (sistemas de valores) e máximas gerais” (HABERMAS, 1968, p. 57). De forma sintética

A acção racional teleológica realiza fins definidos sob condições dadas; mas enquanto a acção instrumental organiza meios que são adequados ou inadequados segundo critérios de controlo eficiente da realidade, a acção estratégica [racional] depende apenas de uma valoração correcta de possíveis alternativas de comportamento, que só pode obter-se de uma dedução feita com o auxílio de valores e máximas.

Reduzir os cuidados à saúde e à tutela do livre desenvolvimento da personalidade a uma racionalidade teleológica seria como proteger objetivamente os direitos correlatos e se esquecer dos meios pelos quais as pessoas desenvolvem a sua personalidade. De fato, o ordenamento jurídico contemporâneo possui uma máxima de proteção da pessoa, o valor de unicidade é o da dignidade, contudo, para que se possa chegar a eles, isto é, ao fim pretendido pelo sistema jurídico, há de se oferecer meios adequados para que as pessoas possam vivenciar o mundo de forma livre e autônoma.

Além disso, o ser humano, em razão da sua natureza própria, não tem esquemas pelos quais são possíveis determinar meios adequados ou inadequados para que se chegue a um fim. A vida humana pressupõe uma infinidade de meios pelos quais o ser se realiza, e por essa infinidade se chega à individualidade, a personalidade singular de cada pessoa. Somente por meio da convivência, com espaços de autonomia e liberdade delimitados, é possível atingir os fins pretendidos pela dignidade humana, no viver e no morrer.

Nesse sentido, explicita Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 138) que

O princípio da liberdade individual se consubstancia, hoje, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de livre exercício da vida privada. Liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, mais, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier. (...) Ao direito de liberdade da pessoa, porém, será contraposto – ou com ele sopesado – o dever de solidariedade social, (...) já definitivamente marcado pela consciência de que, se por um lado, já não se pode conceber o indivíduo como um *homo clausus* – concepção mítica e ilusória –, por outro lado, tampouco existem direitos que se

reconduzam a essa figura ficcional. Os direitos existem para serem exercidos em contextos sociais, contextos nos quais ocorrem as relações entre as pessoas, seres humanos ‘fundamentalmente organizados’, para viverem uns em meio aos outros.

Na perspectiva habermasiana, a dimensão da alteridade da dignidade humana pode ser expressa por meio da ação simbolicamente mediada (HABERMAS, 1968, p. 53), em alternativa ao tecnicismo cartesiano. Nas palavras do autor “a alternativa à técnica existente, o projecto de uma natureza como interlocutor em vez de objecto, refere-se a uma estrutura alternativa da acção: à interação simbolicamente mediada, que é diferente da acção racional teleológica”.

O prisma da alteridade<sup>66</sup> mencionado reside na afirmação feita por Habermas (1968, p. 53) de que “só quando os homens comunicarem sem coacção e cada um se puder reconhecer no outro, poderia o género humano reconhecer a natureza como um outro sujeito – e não como queria o idealismo, reconhecê-la como o seu outro, mas antes, reconhecer-se nela como noutro sujeito”. A natureza aqui pode ser expressa pela morte, fato incontestável para todo ser humano e, o reconhecer-se no outro sujeito, o respeito pelas manifestações de autonomia existencial que faz ao delimitar os perímetros daquilo que ele considera ou não condições dignas de se viver quando já se instalou o processo de morte no seu ser.

Em relação à morte, vale mencionar as reflexões de Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2021, p. 279) para que se possa estabelecer as DAVs como uma forma de expressão da autonomia existencial:

A morte está à margem da vida? *Quod non!* A morte não se encontra à margem da vida, mas ao contrário, ocupa posição central na vida. O homem é inteiramente cultura, da mesma forma que é inteiramente natureza. Contudo, embora a morte faça parte da vida, as pessoas, de maneira geral, não parecem psicologicamente aptas a lidar com o pensamento do estado de morte, aquela ideia de inconsciência permanente, e essa é uma razão para negá-la. Mas a ideia de ser imortal também não pode ser vista com naturalidade. Se, por um lado, há o medo de morrer, por outro, deve haver aquele temor correspondente a ser eterno, imortal.

---

<sup>66</sup> Segundo Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 140-141), “se a solidariedade fática decorre da necessidade imprescindível da coexistência humana, a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de ‘não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito’. Esta regra não tem conteúdo material enunciando apenas uma forma, a forma da reciprocidade, indicativa de que ‘cada um, seja o que for que possa querer, deve fazê-lo pondo-se de algum modo no lugar de qualquer outro’. É o conceito dialético de ‘reconhecimento’ do outro”.

As DAVs consubstanciam negócio jurídico solene, conforme Luciana Dadalto (2020, p. 61) afirma. Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2021, p. 301) as qualificam como “negócio jurídico unilateral, gratuito, personalíssimo, revogável, *inter vivos*, existencial, principal e informal; esta última característica se dá pela atipicidade das diretivas, não previstas em legislação, seguindo o princípio da liberdade de forma”. Nesse sentido, cabe a elas toda disciplina das situações jurídicas existenciais.

Nesse contexto, a liberdade de forma é inerente às DAV, independente da existência de legislação, pela própria natureza do instituto<sup>67-68</sup>. É, também, uma

---

<sup>67</sup> Segundo Luciana Dadalto (2020, p. 121) “é preciso, contudo, que os modelos sejam vistos como instruções e não como formas preestabelecidas, sob pena de perder-se o que os documentos tem de mais interessante: o caráter personalíssimo, ainda pouco entendido no Brasil”.

<sup>68</sup> Ainda no que tange sobre as formalidades referentes às DAV, cumpre relembrar que, apesar de abalizada doutrina sinalizar a necessidade da formalidade cartorária para que sejam válidas, e como um adicional de segurança jurídica, como Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2021, p. 302) e Luciana Dadalto (2020, p. 112), entende-se que pelo caráter existencial e personalíssimo do instrumento, bem como a sua sujeição às vicissitudes da vida, a exigência de escritura pública pode conduzir à inefetividade do instituto. Nesse sentido, Cleber Afonso Angeluci (2019, p. 57) afirma que “poderia ser arguida a objeção de que, em se tratando de diretiva antecipada de vontade, cujo objeto é a própria existência, a solenidade importaria em maior segurança jurídica e daria a ela mais responsabilidade acerca do ato que pretende realizar, entretanto, tal argumento ressentido, com a devida vênia, de vetusto apego à formalidade como segurança, embora essa possa ser encontrada com o uso de tecnologias comunicacionais, *softwares* e aplicativos que podem ser criados especificamente para esse mister”.

Sobre a possibilidade de a exigência da formalidade cartorária resultar na inefetividade do instituto, Marcos Bernardes de Mello (2019a, p. 46) ao refletir sobre o plano da validade afirma que a solenidade “implica a necessidade de que os requisitos prescritos para o modelo jurídico sejam atendidos por aqueles que dele se utilizam. Se as normas sobre o conteúdo, a forma e os outros requisitos traçados para o ato jurídico são desatendidas, o direito o repele, negando-lhe validade jurídica, do que decorre torná-lo inútil para as finalidades práticas pretendidas pelos que o realizam”. Nesse sentido, da necessidade de o direito acompanhar, mesmo que a reboque, as mudanças sociais, não faz sentido impor sanção de invalidade às diretivas de vontade. Pela natureza ínsita do instrumento, seus fins, ou nos termos apresentados por Marcos Bernardes de Mello (2019a), as atribuições dadas à elas, de preservar a dignidade e a personalidade em um momento que a própria pessoa não é mais capaz, de por si só, as preservar torna imperativo que as exigências de validade para as DAV serem eficazes sejam tão dinâmicas quanto o próprio viver.

Em uma última consideração, essa adequação das formalidades das DAV às vicissitudes da vida, importante relembrar os ensinamentos de Miguel Reale (2002, p. 550), sobre os fundamentos de validade do próprio direito: “para nós, a norma, ao contrário, não pode ser compreendida devidamente fora do processo incessante de adequação da realidade às exigências ideais ou da atualização de fins éticos no domínio das relações de convivência, devendo-se ter presente que ela não tem a virtude de superar, absorvendo-os em si e eliminando-os, os elementos que lhe dão ser. O Direito é um processo aberto exatamente porque é próprio dos valores, isto é, das fontes dinamizadoras de todo o ordenamento jurídico, jamais se exaurir em soluções normativas de caráter definitivo. É nesse sentido que hoje se desenvolve a Ciência do Direito, consoante aquela direção de pesquisa que, sem perder ou comprometer a herança clássica das categorias lógico-formais — através das quais resplendem os valores primordiais da certeza e da segurança —, volve-se mais e mais para a experiência concreta do Direito, concebido como ‘ordenamento’, como ‘instituição’ ou como ‘realidade cultural’”.

contraposição ao conceito formal de pessoa, no sentido da capacidade de ser titular de direitos e sujeito de obrigações. O conceito formal de pessoa contido no código civil alemão – e também no CC/02 –, conforme Karl Larenz (1978, p. 57), reduz o âmbito de proteção conferido, ao circunscrevê-lo à capacidade jurídica e à capacidade negocial. O conceito ético de pessoa por ele apresentado tem um espectro mais amplo: visa proteger a pessoa em sua integralidade, isto é, em seus aspectos existenciais essenciais, não só a sua capacidade de ser titular de direitos subjetivos e de ser parte em relações jurídicas. Pode-se dizer, portanto, que o conceito do personalismo ético se amolda à ideia da tutela de situações jurídicas subjetivas existenciais, sob a categoria de direitos da personalidade, para garantir que a pessoa possa perpassar sua existência com as suas compreensões de mundo e vivê-la de acordo com elas.

Estabelecidas as premissas de que o livre desenvolvimento da personalidade conduz à construção das concepções personalíssimas da autonomia existencial, as DAV materializam em um documento todo esse processo de vida. Assim, como expressão da autonomia existencial de cada pessoa enquanto ser humano, analisar-se-á essa expressão por meio dos limites que ela estabelece sobre a personalidade do declarante. Para tanto, sob a teoria dos direitos da personalidade, foca-se na característica da indisponibilidade dos referidos direitos.

Bruno Miragem (2021, p. 195) explica que, muitas vezes, a indisponibilidade é mal compreendida por se confundir os conceitos de disponibilidade e exercício de direitos. Nas palavras do autor

Dizer-se que os direitos da personalidade não podem ser objeto de disposição (indisponíveis), significa que não podem ser extintos por ato de vontade do titular, seja por renúncia ou por sua transmissão a outra pessoa. Ou seja, são direitos que se conservam com o titular em caráter perpétuo. Outra coisa será o exercício dos direitos pelo titular que não poderá ser limitado, porém admitido que, justamente ao exercê-los em determinadas situações, segundo seus interesses, autorize certa utilização dos atributos da personalidade, ou delimite o objeto da proteção do direito. (...) Este mesmo raciocínio se reproduz em todas as situações nas quais o exercício dos direitos da personalidade, por seu titular, implica que ele possa delimitar a extensão da tutela concreta do seu interesse objeto de proteção.

A lógica seria, no caso das diretivas antecipadas de vontade: tais e quais tratamentos estão dentro da proteção da personalidade do indivíduo, ao passo que

outros tratamentos por ele rejeitados seriam lesivos à sua personalidade. Estabelece-se o perímetro da tutela concreta da sua personalidade. Esse raciocínio ganha clareza quando se parte do exemplo do direito à integridade psicofísica. Na esteira do que vem se explicando, a integridade psicofísica pode ser entendida como a proteção dada às dimensões personalíssimas das manifestações humanas de levar uma vida coerente com os valores da dignidade humana, isto é, ter o seu livre desenvolvimento da personalidade, a sua saúde física e emocional respeitada<sup>69</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet (2021, p. 191) assevera que

o direito à integridade física e psíquica, na condição de direito personalíssimo e refração da dignidade (da pessoa) humana, embora seja – de regra – irrenunciável, poderá eventualmente ser objeto de autolimitação, especialmente nos casos em que for cabível o consentimento por parte do titular do direito (por exemplo, para a colocação de piercings, brincos, a realização de tatuagens) ou para efeitos de intervenção médica. Precisamente aqui se situa, como já sinalizado, um dos aspectos mais polêmicos em matéria do direito à integridade corporal, qual seja o que concerne ao debate em torno da existência de um direito à disposição do próprio corpo. (...), nos limitaremos a afirmar a existência de tal direito, muito embora também o direito de qualquer pessoa capaz de dar seu consentimento de modo livre e informado encontre limites na dignidade do próprio titular do direito (no sentido de um dever de proteção por parte do Estado, que pode limitar a autonomia individual) e em interesses da coletividade.

No caso das DAV e da ortotanásia, o interesse coletivo vinculado à imposição de um tratamento é questionável. Os efeitos, sejam positivos ou negativos, da intervenção médica em um paciente em processo de terminalidade, de forma geral, implicarão em mudanças na sua percepção sobre a qualidade de vida e dignidade – dimensão da dignidade como heteronomia – cabendo à sociedade e até aos familiares um profundo respeito ao significado que a vida tem para aquele ser, de modo a permitir que ele continue sendo e construindo seu humano até o dia da sua morte.

Essas escolhas sobre o bem viver e o bem morrer merecem esse respeito puro e sincero por parte de terceiros, mesmo que discordantes da decisão, pois

---

<sup>69</sup> Nas lições de Ingo Wolfgang Sarlet (2021, p. 189): “o direito à integridade física (corporal) e psíquica abarca a proteção da integridade externa pessoal, ou seja, a esfera corporal no sentido biológico, bem como a integridade pessoal interna no que diz com o funcionamento da esfera psíquica, incluindo a sensibilidade à dor e ao sofrimento físico e psíquico. Assim, o direito à integridade física e psíquica possui, em parte, o mesmo objeto do direito à saúde, do qual – nesse sentido – acaba sendo mais próximo do que o é em relação ao próprio direito à vida, embora também com o direito à saúde não se confunda, pois nem toda intervenção na integridade física resulta em dano para a saúde”.

demonstram a preocupação daquele ser com a sua vida e com a forma com que ela é vivida. Demonstra a plenitude da potência do ser em forte oposição à indiferença e à preguiça com o viver. Assumir a morte como um fato que se aproxima é um ato que exige coragem e autoconhecimento e, em última instância, uma assunção dos rumos da própria vida.

Nos termos apresentados por Bruno Miragem (2021, p 195; 199), em um viés personalista, a irrenunciabilidade comporta a delimitação do âmbito da tutela a ser conferida, isto é, como em um código pessoal que estabelece aquilo que viola ou não os aspectos essenciais da sua existência<sup>70</sup>. Nesse sentido, somente na própria vivência, no experimentar o mundo, as emoções e os sentimentos que a pessoa se torna capaz de descobrir a sua miríade de possibilidades construtivas ou destrutivas – essas devem ser evitadas, nos termos anteriormente apresentados por Sergio Alves Gomes (2008, p. 60) – e desenvolve sua personalidade, alicerçando aquilo que Stefano Rodotà (2018, p. 141) chamou de "núcleo duro da existência", cujas decisões competem única e exclusivamente ao titular da situação jurídica existencial em jogo.

Outra situação atrelada à delimitação dos direitos da personalidade, isto é, da expressão da autonomia existencial, em uma DAV diz respeito à concepção pessoal daquilo que é degradante ou cruel. A CRFB/88 estabelece a proibição da tortura e todo e qualquer tratamento desumano ou degradante no art. 5º, inciso III. No recorte aqui feito, impor um tratamento para uma pessoa que já está em processo de terminalidade, de certa forma, pode ser considerado um tratamento desumano e degradante, até cruel, por violar a essência existencial daquele ser. Em outros termos, seria impor uma condição de vida que retira o significado de viver e morrer dignamente

---

<sup>70</sup> “Não há qualquer dificuldade em concluir-se pela indisponibilidade dos direitos da personalidade. A indisponibilidade faz com que sejam irrenunciáveis, de modo que não podem ser objeto de renúncia do titular. Também não podem servir para responder por dívidas do titular, daí serem impenhoráveis. Dizer-se, contudo, que são indisponíveis, não impede situações em que, pelo exercício destes mesmos direitos por seu titular, ele possa determinar a melhor fruição dos seus efeitos, ou ainda delimite o objeto de sua proteção em acordo com as disposições legais que o asseguram” (MIRAGEM, 2021, p. 199).

Na doutrina constitucional, vale mencionar as lições de Ingo Wolfgang Sarlet (2021, p. 198): “Assim, há que distinguir a renúncia ao próprio direito (renúncia total e irrevogável em relação a qualquer forma de exercício do direito) da renúncia (disposição) sobre aspectos relativos ao exercício do direito no âmbito da dimensão subjetiva do direito fundamental, que, portanto, assume feição sempre mais ou menos parcial, podendo, de resto, ser revogada pelo próprio titular do direito. Também para o caso dos direitos fundamentais de personalidade (vida, integridade corporal e demais direitos pessoais, como a privacidade, a honra e a imagem, o direito ao nome, entre outros), vale, em princípio a premissa de que não é possível, em termos abstratos e genéricos, afirmar a sua disponibilidade ou indisponibilidade, pois essa depende de um conjunto de circunstâncias e pressupostos objetivos e subjetivos, inclusive e especialmente a repercussão do ato individual de renúncia em relação a interesses e direitos fundamentais de terceiros ou mesmo interesses coletivos”

desconsidera os interesses críticos daquele ser. Dworkin (2009, p. 307) refere à essa imposição como uma odiosa forma de tirania, conforme já mencionado ao longo do trabalho.

Ingo Wolfgang Sarlet (2021, p. 193) adverte que a CRFB/88 não estabeleceu qualquer parâmetro do que entende por tortura ou tratamentos desumanos e cruéis. Entretanto, no raciocínio das situações existenciais, quando existe uma diretiva antecipada de vontade, o parâmetro para aquilo que deve se entender como tratamento desumano ou degradante se consubstancia na declaração personalíssima ali contida, dos valores de vida daquela pessoa e dos tratamentos e cuidados que deseja ou não receber na evolução do seu quadro clínico. A referência objetiva é a própria pessoa e o valor tutelado é a dignidade humana, no exercício da autonomia existencial:

O exemplo da vedação da tortura bem ilustra a já referida função da dignidade da pessoa humana como cláusula (ética e jurídica) de barreira, que fundamenta uma espécie de 'sinal de pare', inclusive no sentido de operar como um 'tabu' (no sentido de não ter sua validade absoluta condicionada a qualquer justificativa de matriz dogmática, não estar sujeito a uma ponderação e dela não necessitar para efeitos de ter sua eficácia jurídica e de regulação reconhecida), a estabelecer um 'território proibido', onde o Estado não pode intervir e onde, além disso, lhe incumbe assegurar a proteção da pessoa (e sua dignidade) contra terceiros (SARLET, 2021, p. 193).

De certa forma, a DAV estabelece uma norma privada sobre as percepções existenciais daquela pessoa e estabelece os critérios de ponderação do que é considerado digno ou não por ela. Em relação à terminalidade, algumas limitações aos direitos da personalidade são legitimadas quando funcionalizam a autonomia existencial, isto é, estabelecem o parâmetro dos valores fundamentais daquele paciente. E, no sentir da construção desse trabalho, como essa normatização pessoal tem como referência a própria existência e personalidade do declarante, cabe àqueles que com ele se relacionam compreender e respeitar os preceitos ali contidos em um exercício de alteridade no reconhecimento da dignidade do outro na sua forma mais singela e pura.

#### 4.3 A FUNÇÃO DOS CUIDADOS PALIATIVOS NA PRESERVAÇÃO DA PERSONALIDADE ATÉ A MORTE

Para compreender os cuidados paliativos como uma abordagem pela equipe de saúde que permite a plenitude da existência, isso é, que aquele paciente em fase de terminalidade possa continuar a ser a pessoa que ele é até o dia da sua morte, protegendo, então, sua personalidade, faz-se necessário melhor esclarecer alguns conceitos já anteriormente mencionados, como a qualidade de vida e a ideia de dor total. Ambos os conceitos, assim como os próprios cuidados paliativos, serão trabalhados no contexto da dimensão da alteridade da dignidade humana, levando em conta o desenvolvimento deles, inexoravelmente, em espaços de intersubjetividade, mais ou menos dominados por uma racionalidade técnico-tecnológica.

As perspectivas fundamentais para formação desse contexto são as limitações dos espaços de liberdade individual, que encontram barreira na solidariedade, como afirmado no item anterior em consonância com as lições de Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 138). Em outras palavras, como cada pessoa desenvolve sua personalidade no seio social, a liberdade plena dessa construção encontra limites no reconhecimento da personalidade e da dignidade do outro, de forma que, quando os aspectos submetidos a decisões sejam personalíssimos, quando o único referencial subjetivo e objetivo sejam as próprias convicções sobre o viver e o morrer dignamente da própria pessoa, está-se diante da barreira estabelecida pela alteridade.

A outra perspectiva que influencia o desenvolvimento das ideias de qualidade de vida, compreensão da dor do outro e dos próprios cuidados paliativos é a alternativa apresentada por Jürgen Habermas (1968, p. 53) à racionalidade racional-teleológica na ação simbolicamente mediada. Na perspectiva do filósofo, a ação simbolicamente mediada leva em consideração, por meio das projeções do trabalho e da linguagem, “a totalidade do gênero humano, e não de uma época singular, de uma classe determinada ou de uma situação ultrapassável”.

A consequência da ação simbolicamente mediada seria a ação comunicativa, onde a interação humana, pautada por normas axiológicas, como a diretriz da dignidade humana e da preservação da integralidade das dimensões personalíssimas do ser humano, exige o respeito por parte do outro que se relaciona. Segundo o autor, “a validade das normas sociais só se funda na intersubjetividade do acordo acerca de intenções e só é assegurada pelo reconhecimento geral das obrigações” (HABERMAS, 1968, p. 59-60).

O cuidado e o respeito pela integridade da personalidade do outro é um vetor imperativo em uma sociedade plural e democrática. As compreensões sobre o bem viver e o bem morrer só podem ser mediadas pela ação comunicativa no reconhecimento mútuo de tais concepções fundamentais, de forma que só se pode ser digno ao reconhecer a dignidade do outro e ter a própria dignidade reconhecida. Isto é, só se pode ter a garantia de uma vida e morte dignas se forem possíveis a convivência harmônica e o respeito a essas situações existenciais fundamentais.

Nesse sentido, Henrique Moraes Prata (2012, p. 123-125) afirma que a qualidade de vida, em uma perspectiva objetiva, deve ser considerada como aquilo que a própria pessoa considera como uma vida boa, sob influência de todas as dimensões da sua personalidade e, a qualidade de vida relacionada à saúde como a sensação de bem estar físico, psicológico e emocional em relação às atividades cotidianas. A dimensão da alteridade na qualidade de vida pode ser percebida, sob o prisma da enfermagem, em como o reconhecimento da personalidade e das situações existenciais pode oferecer suporte para superação das dificuldades e a retomada de um bem viver pelo alívio multidimensional do sofrimento:

Maiores níveis de apoio social estão relacionados a pacientes com melhor QV global e funcional. Por outro lado, menores níveis de QV devido à presença de sintomas físicos estão relacionados a piores níveis de apoio social, bem como uma pior QV global está relacionada a maiores níveis de sintomas de depressão. Ainda, conclui-se que maiores níveis de QV estão associados a pacientes do sexo feminino, a pessoas com maior idade, menor escolaridade e maior renda, bem como maiores níveis de apoio social ao sexo masculino, a pacientes que possuem algum cuidador e que são casados. Maiores níveis de sintomas de depressão estiveram associados às mulheres (AZEVEDO; PESSALACIA; MATA *et al*, 2017, p. 6).

De certa forma, dentro do contexto apresentado, pode-se questionar se com o avanço da técnica e da tecnologia médicas o índice geral de qualidade de vida melhorou significativamente. Leo Pessini (s/d, p. 2) partindo de tal reflexão chega a uma conclusão paradoxal: a resposta para tal questionamento pode ser sim ou não. Em suas palavras:

Não temos maior conhecimento biológico, que nos capacita a prognósticos precisos da morte? Não temos analgésicos poderosos, que aumentam a possibilidade de controlar a dor? Não temos máquinas mais sofisticadas, capazes de substituir e controlar órgãos que entram em disfuncionamento? Não temos maior conhecimento

psicológico, que é um instrumental precioso no sentido de aliviar as ansiedades e sofrimento de uma morte antecipada? Não temos tudo nas mãos, exatamente o que necessitamos para tornar realidade a possibilidade de uma morte digna, em paz? A resposta para cada caso pode ser sim e não. Sim, temos muito mais conhecimento que tínhamos anteriormente. Mas não, este conhecimento não tornou a morte um evento digno. O conhecimento biológico e as destrezas tecnológicas serviram para tornar nosso morrer mais problemático; difícil de prever, mais difícil ainda de lidar, fonte de complicados dilemas éticos e escolhas difícilimas, geradoras de angústia, ambivalência e incertezas. (...)Atualmente, a medicina trabalha com vistas ao futuro, procurando promover uma vida boa, saudável, aumentar o tempo de vida e sua qualidade. A morte é admitida com relutância no âmbito da medicina, como o limite para atingir tais objetivos. É sentida como falha... (PESSINI, s/d, p. 2).

A morte, entretanto, tem papel fundamental para uma existência plena. Justamente a consciência da espera do encontro com ela que se pode chegar a uma concepção do que seria uma vida bem vivida e não desperdiçada. Sem a morte, o viver se converte em indiferença e se morre existencialmente, antes da própria morte física. Nesse sentir, o problema reside no fato que a ciência e a medicina moderna tornaram a morte algo técnico, objeto do raciocínio teleológico e tecnológico, e não um acontecimento da maior magnitude para natureza, que envolve todas as dimensões emocionais e físicas do ser humano que a vive<sup>71</sup>.

O conceito de *dor total* foi desenvolvido por Cicely Saunders (1996), pioneira nos cuidados paliativos no *St. Joseph's* e no *St. Christopher's Hospices*<sup>72</sup> e leva em consideração o ser humano em toda sua integralidade e em todas suas manifestações. Tal compreensão vem de uma evolução na terapêutica paliativa praticada por Cicely Saunders desde 1963 e, que segundo ela, é uma das poucas regras que se faz constante nos cuidados paliativos (SAUNDERS, 1996, p. 1600). Em suas considerações:

Nós acreditamos que existem poucas regras cardiais no tratamento da dor intratável nesse estágio [de doença terminal avançada]. Primeiro, nós temos que fazer uma avaliação o mais cuidadosa possível dos sintomas que incomodam o paciente. Não para fazer um diagnóstico

---

<sup>71</sup> Cf. a menção no item anterior à BITTAR, 2019, p. 52, sobre a conversão técnica da vida humana na pós-modernidade.

<sup>72</sup> O termo *hospice* não tem correspondência exata com o português, mas, pode ser considerado como locais onde pacientes terminais podem ser cuidados em sua integralidade, com alívio dos sofrimentos e com uma vida mais próxima possível daquela que tinha antes da enfermidade. Um exemplo é a Casa Paliativa: <<https://www.casadocuidar.org.br/projetos/casapaliativa/>>.

e indicar um tratamento específico, porque isso já foi feito, mas sim para tratar a dor e todas outras coisas que podem somar para um estado generalizado de miséria como uma doença em si. Em breve se tornará claro que cada morte era tão individual quanto a vida que a precedeu e que toda experiência de vida está refletida na morte de um paciente. Isso leva ao conceito de dor total, que foi apresentado como um complexo de elementos físicos, emocionais, sociais e espirituais. Toda experiência de um paciente inclui ansiedade, depressão, e medo; preocupação com a família que ficará enlutada; e também a necessidade de encontrar algum sentido na situação, alguma realidade mais profunda na qual se pode confiar – tradução livre<sup>73</sup>.

A compreensão de todas essas dimensões se faz fundamental para que se possa falar em proteção da personalidade no fim da vida. O sofrimento talvez seja a maior expressão de individualidade e pessoalidade que se pode ter nesse contexto, e o exercício de alteridade, de colocar-se no lugar existencial do outro, de reconhecer suas manifestações personalíssimas, é o meio pelo qual a dignidade na morte se realiza. Ana Claudia Quintana Arantes (2019, p. 42) afirma que “o sofrimento, porém, é algo absoluto, único. Totalmente individual. Podemos ver as doenças se repetirem no nosso dia a dia como profissionais de saúde, mas o sofrimento nunca se repete” e continua concluindo que “mesmo que o tratamento ofereça alívio para a dor, a experiência da dor passa por mecanismos próprios de expressão, percepção e comportamento. Cada dor é única. Cada ser humano é único”.

A dor física, embora a seja a mais perceptível e a mais limitante, não é a única causa do sofrimento do ser que está vivendo seus dias finais acometidos por uma doença grave e incurável. Cicely Saunders (1973, p. 31) afirma que o tratamento da dor é uma das etapas para permitir uma vida plena na terminalidade. Segundo ela, “o ponto é que quando você alivia a dor, a pessoa pode ser ela mesma. De ser capaz de ir ao teatro duas noites antes que você morra é o tipo de coisa que nós devemos

---

<sup>73</sup> No original: “We believe that there are a few cardinal rules in the treatment of intractable pain at this stage. First, we have to make as careful an assessment as possible of the symptoms that trouble the patient. This is not in order to make a diagnosis and give specific treatment, because that has already been done, but in order to treat pain and all the other things that can add up to a general state of misery as a disease itself. It soon became clear that each death was as individual as the life that preceded it and that the whole experience of that life was reflected in a patient’s dying. This led to the concept of ‘total pain’, which was presented as a complex of physical, emotional, social, and spiritual elements. The whole experience for a patient includes anxiety, depression, and fear; concern for the Family who will become bereaved; and often a need to find some meaning in the situation, some deeper reality in which to trust” (SAUNDERS, 1996, p. 1600).

ter como nosso objetivo, onde isso for possível – tradução livre<sup>74</sup>” (SAUNDERS, 1973, p. 31).

Acrescenta, ainda, em uma perspectiva multidimensional do sofrimento que “muita dor pode ser aliviada sem recorrer a analgésicos. O médico deve sentar e ouvir as variadas facetas do sofrimento de forma que ele veja que sempre que alguma coisa específica ou outro auxílio pode ser oferecido – tradução livre<sup>75</sup>” (SAUNDERS, 1973, p. 31). Considerar as etapas da evolução dos sentimentos, das emoções ao longo do progresso, a compreensão ou a simples presença de espírito podem ressignificar esse momento; tornar o processo de luto menos sofrido, a convivência familiar melhor, restaurar a potência do ser.

A necessidade dessa abordagem que permita um viver pleno no processo de terminalidade se dá em razão da sua não vinculação com um tempo específico, isto é, dias, meses ou anos.

As vezes a reta final não é reta final no tempo: é a reta final da nossa vida. A terminalidade pode se prolongar por anos. Terminalidade não é a semana que vem. Terminalidade não é tempo, e sim uma condição clínica que advém de uma doença grave, incurável, sem possibilidade de controle, e diante da qual, impotente, a medicina cruza os braços. Isso pode ser vivenciado em horas, dias, semanas, meses ou anos. Se a doença avança devagarzinho, pode levar anos; se vai depressa, a pessoa parte em uma semana ou em poucos dias. Na dimensão biológica, quando fui pesquisar o que é o processo de morte, a medicina tradicional não me forneceu respostas para as perguntas que me inquietam. Falando agora de maneira bastante técnica, o processo ativo, na iminência da morte, é descrito como uma falência de órgãos ou até mesmo uma septicemia. Por isso, a maioria das pessoas morrendo são levadas ao hospital e transferidas para Unidade de Terapia Intensiva. Os médicos ainda não aprendem na faculdade a diferença entre ter uma parada cardíaca e morrer. Na verdade, morrer é um processo que jamais poderá ser interrompido, mesmo que façam tudo o que a medicina oferece. Se o processo ativo de morte se inicia, nada conseguirá impedir seu curso natural (ARANTES, 2019, p. 82-83).

---

<sup>74</sup> No original: “The point is that you can relieve pain so that a person is himself. To be able to go to the theatre two nights before you die is the kind of thing we should have as our aim, wherever it is possible” (SAUNDERS, 1973, p. 31).

<sup>75</sup> No original: “So much pain can be relieved without resorting to analgesics. The doctor must sit and listen to the various facets of distress so that he may see whenever something specific or some new adjuvant can be introduced” (SAUNDERS, 1973, p. 31).

Ainda que fosse um dia ou algumas horas, o cuidar do ser humano para que ele continue sendo vida até ser morte, é um imperativo inquestionável. Mesmo que sejam minutos, esses minutos devem ser revestidos de um sentimento de significação plena da vida que se viveu.

Leo Pessini (s/d, p. 6-7) expressa a diferença entre dor<sup>76</sup> e sofrimento, afirmando que a doença em si corrói a integridade do corpo e, a dor e o sofrimento podem fazer sucumbir a integridade geral daquela pessoa, destrói, portanto, quem ela é. O bioeticista assevera, no mesmo sentido de Ana Claudia Quintana Arantes (2019, p. 42) que o sofrimento é uma dimensão personalíssima, de forma que “existe um momento na doença crônica, quando a impotência torna-se mais intolerável que a dor, em que aparece a diferença entre dor e sofrimento. Nem sempre quem está com dor sofre. O sofrimento é uma questão pessoal. Está ligado aos valores da pessoa” (PESSINI, s/d, p. 7), sendo uma manifestação da personalidade daquele ser, portanto.

O autor ainda exemplifica que “duas pessoas podem ter a mesma condição física, mas somente uma delas pode estar sofrendo com isso. A palavra dor deve ser usada para a percepção de um estímulo doloroso na periferia ou no sistema nervoso central, associado a uma resposta efetiva” (PESSINI, s/d, p. 7). Em relação ao sentimento de impotência, Elisabeth Kübler-Ross (2017, p. 264) demonstra a importância da dimensão da alteridade no reconhecimento mútuo da dignidade humana em cada ser que está sendo a pessoa que é, em razão de que “o aspecto

---

<sup>76</sup> O autor destaca as manifestações diferentes da dor e as classifica como: “*Dor física*: É a mais óbvia e a maior causadora de sofrimento. Surge de um ferimento, doença, ou da deterioração progressiva do corpo, no idoso e no doente terminal; impede o funcionamento físico e a interação social. No nível físico, a dor funciona como um alarme de que algo está errado no funcionamento do corpo. Como a dor afeta o todo da pessoa, ela pode facilmente ir além de sua função como sinal de alarme. Dor intensa pode levar a pessoa urgentemente a solicitar sua própria morte. *Dor psíquica*: Frequentemente, surge do enfrentar a inevitabilidade da morte, perdendo controle sobre o processo de morrer, perda das esperanças e sonhos, ou ter que redefinir o mundo. Causa inevitável de humor. *Dor social*: É a dor do isolamento. A dificuldade de comunicação que se experimenta justamente quando o morrer cria o senso de solidão num momento em que desfrutar de uma companhia é muito importante. A perda do papel social familiar é também bastante dura. Por exemplo, um pai doente torna-se dependente dos filhos e aceita ser cuidado por eles. *Dor espiritual*: Surge da perda de significado, sentido e esperança. Apesar da aparente indiferença da sociedade em relação ao “mundo além deste”, a dor espiritual está aí. Todos necessitamos de um sentido - uma razão para viver e uma razão para morrer. Em recentes pesquisas nos Estados Unidos, ficou evidenciado que o aconselhamento em questões espirituais situa-se entre as três necessidades mais solicitadas pelos que estão morrendo (e seus familiares). Estes aspectos da dor estão todos inter-relacionados e, por vezes, não é tão fácil distinguir um do outro. Se os esforços para lidar com a dor enfocam somente um aspecto e negligenciam os outros, o paciente não experimentará alívio da dor e sofrerá mais. Vale lembrar a Saunders, que afirma: “o sofrimento somente é intolerável se ninguém cuidar”. É na filosofia do *hospice* que vemos a viabilização de uma medicina paliativa, que honra a integralidade do ser humano. Vejamos, a seguir, algumas perspectivas deste enfoque.

mais importante para o paciente, talvez, seja a sensação de que seus relatos podem ser importantes e trazer ao menos algum sentido para os outros” (KÜBLER-ROSS, 2017, p. 265).

É nessa dimensão da alteridade que os cuidados paliativos começam a ganhar contornos mais concretos, na substituição do paradigma do curar pelo paradigma do cuidar. Leo Pessini (s/d, p. 3) demonstra que

As ações de saúde são hoje sempre mais marcadas pelo ‘paradigma da cura’, governado por uma inclinação em direção a cuidados críticos, medicina de alta tecnologia. A existência sempre mais numerosa de UTIs em nossos hospitais exemplifica essa realidade. É bom lembrar que a presença massiva da tecnologia é um fato necessário na medicina moderna. À medida que a prestação de serviço do sistema de saúde tomam-se sempre mais dependentes da tecnologia, foram deixadas de lado práticas humanistas, tais como manifestação de apreço, preocupação e presença solidária com os doentes. O ‘cuidar’ surge no mundo tecnológico da medicina moderna simplesmente como prêmio de consolação quando o conhecimento e as habilidades técnicas não vencem. O paradigma de curar facilmente torna-se prisioneiro do domínio tecnológico da medicina moderna. Se algo pode ser feito, logo deve ser feito. Também idolatra a vida física e alimenta a tendência de usar o poder da medicina para prolongar a vida em condições inaceitáveis. Esta idolatria da vida ganha forma na convicção de que a inabilidade para curar ou evitar a morte é uma falha da medicina moderna. A falácia desta lógica é que a responsabilidade de curar termina quando os tratamentos se esgotam. Um outro eixo de leitura e compreensão começa a ganhar força. É o paradigma do cuidado. Vejamos algumas de suas características. O crescente interesse público em torno da eutanásia e suicídio assistido chama nossa atenção para os limites de ‘curar’ da medicina moderna. Cuidados de saúde, sob o paradigma do cuidar (*caring*), aceitam o declínio e a morte como parte da condição do ser humano, uma vez que todos sofremos de uma condição que não pode ser ‘curada’, isto é, somos criaturas mortais.

O paradigma do cuidar embasa a ideia de plenitude da existência aqui defendida, em razão, principalmente, de buscar compreender a pessoa que existe por detrás da dor e da doença. Busca entender as manifestações da personalidade de quem aquele ser é, de quem ele foi, e permitir que a sua vida seja vivida o mais próximo possível dos seus ideais, mesmo quando a evolução da doença é inevitável e, em mais ou menos tempo, a morte irá vir encontrá-lo. Ana Claudia Quintana Arantes (2019, p. 43) demonstra a necessidade de atenção à todas dimensões daquele ser humano ao afirmar que nos exames físicos e laboratoriais, se avalia a doença, mas nunca a pessoa e arremata que “observando um ser humano, seja ele quem for, não

consigo saber onde fica sua paz. Ou quanta culpa corre em suas veias, junto com seu colesterol. Ou quanto medo há em seus pensamentos, ou mesmo se estão intoxicados de solidão e abandono” (ARANTES, 2019, p. 43) Envolve, portanto, uma perspectiva de cuidado pleno, conforme expressa Elisabeth Kübler-Ross (2017, p. 266)

Frequentemente, os pacientes reagem com uma admiração quase exagerada por quem cuida deles e lhes dedica um pouco de tempo. Ficam privados de tais gentilezas num mundo atarefado, de números e aparelhos, e não é de estranhar que um toque leve de humanidade provoque uma reação tão positiva. Numa época de incertezas, da bomba de hidrogênio, de grandes massas e correrias, uma pequenina doação pessoal pode ser muito significativa. A doação é de ambos os lados: do paciente, sob a forma de ajuda, de inspiração e de encorajamento que podem proporcionar a outros nas mesmas condições; de nós, sob a forma de cuidado, de tempo e desejo de comunicar aos outros o que eles nos ensinaram<sup>77</sup> no fim de suas vidas.

Nesse contexto, Elisabeth Kübler-Ross fez uma investigação ao longo da sua carreira como médica das fases de sofrimento que um paciente terminal manifesta. Nesse estudo, evidencia-se a multiplicidade de dimensões que a personalidade de cada pessoa se manifesta, formando um cosmos de sentimentos, emoções, histórias, dor e sofrimento, alegrias que, ao final, descrevem quem aquela pessoa foi. A autora classifica o processo da morte e do morrer em cinco estágios: a negação e o isolamento; a raiva; a barganha; a depressão e a aceitação.

O primeiro estágio, da negação e do isolamento está intimamente ligado com o pensamento contemporâneo da inevitabilidade da morte, quase como uma crença de que é possível se livrar dela, talvez, pela presença massiva de tecnologias possibilitadoras do prolongamento da vida (ou da morte?) com consequências distanásicas. Elisabeth Kübler-Ross (2017, p. 44) explica que “a negação funciona como um para-choque depois de notícias inesperadas e chocantes, deixando que o paciente se recupere com o tempo, mobilizando outras medidas radicais”, de forma

---

<sup>77</sup> Ana Claudia Quintana Arantes (2019, p. 46-47). expressa que “é impressionante como todos adquirem uma verdadeira ‘antena’ captadora de verdade quando se aproximam da morte e experimentam o sofrimento da finitude. Parecem oráculos. Sabem tudo o que realmente importa nessa vida com uma lucidez incrível. Como recebem acesso direto à própria essência, desenvolvem a capacidade de ver a essência das pessoas à sua volta. Não há fracasso diante das doenças terminais: é preciso ter respeito pela grandeza do ser humano que enfrenta sua morte. O verdadeiro herói não é aquele que quer fugir do encontro com sua morte, mas sim aquele que a reconhece como sua maior sabedoria”.

que o diálogo para o entendimento da situação deve ser natural e ao tempo do paciente, sendo encerrado quando chegar aos limites do que ele suporta.

O isolamento vem como superação da negação, sendo caracterizado quando o paciente “fala de sua morte, de sua doença, de sua mortalidade e imortalidade, como se fossem irmãs gêmeas, coexistindo lado a lado, encarando assim a morte, sem perder as esperanças” em razão do pensamento de que “somos todos imortais em nosso inconsciente, é quase inconcebível reconhecermos que também temos de enfrentar a morte” (KÜBLER-ROSS, 2017, p. 47). É um momento em que ele ainda procura afastar dos outros a ideia da sua morte.

A raiva, o segundo estágio, é uma reação natural ante o sentimento de impotência e limitação que vêm junto da morte no horizonte. Segundo Elisabeth Kübler-Ross (2017, p. 56-57), o sentimento da raiva vem da interrupção que a morte mais ou menos próxima provoca nos planos e no projeto de vida e assevera

Que faríamos de nossa raiva, senão extravasá-la naqueles que provavelmente desfrutarão tudo isso [a autora refere-se às realizações futuras planejadas que talvez nunca ocorrerão]? Gente que vai e vem atarefada só nos fazendo lembrar que sequer podemos nos sustentar nas pernas. Gente que só faz pedir exames desagradáveis e prolonga a internação com todas as limitações, restrições e gastos, e que volta para casa no fim do dia e goza a vida. Gente que nos manda ficar quietos para não ter de recomeçar a transfusão ou a aplicação do soro, quando sentimos vontade de pular da cama e fazer qualquer coisa para mostrar que de algum modo ainda agimos. [...] É quando procura ter a certeza de que não está sendo esquecido e levanta a voz, e faz exigências, e se queixa, e reclama atenção, talvez como um último brado: ‘não esqueçam que estou vivo! Vocês podem ouvir minha voz, ainda não estou morto!’

Ana Claudia Quintana Arantes (2019, p. 44-45) demonstra que a raiz desse comportamento de raiva, que muitas vezes é descontado na equipe de cuidados dos hospitais como na exclamação feita na citação anterior, é oriunda do ensino médico contemporâneo. Pode-se, inclusive, remontar ao pensamento teleológico racional habermasiano, e da matriz cartesiana outrora apresentada por José Eduardo Siqueira (2000, p. 61-62). Segundo Ana Claudia Quintana Arantes (2019, p. 44-45) a impotência da medicina ante a impossibilidade da cura sentencia que “não há nada mais a fazer” e aponta que “pode não haver tratamentos disponíveis para a doença, mas há muito mais a fazer pela *pessoa* que tem a doença” (grifo no original) e explica

que “todo médico deveria ser preparado para nunca abandonar seu *paciente*, mas na faculdade aprendemos a não abandonar a *doença dele*” (grifos no original).

O cuidado da integralidade da pessoa é pressuposto básico para que ela possa continuar dando significado para sua vida, mesmo quando ela já está morrendo. Elisabeth Kübler-Ross (2017, p. 57) demonstra como a raiva pode ser domada quando o foco dos cuidados está na pessoa:

Um paciente que é respeitado e compreendido, a quem são dispensados tempo e atenção, logo abaixará a voz e diminuirá suas exigências irascíveis. Saberá que é um ser humano de valor, que necessita de cuidados, que deixam atuar nos mais altos níveis possíveis daquilo que ele pode. Será ouvido sem a necessidade de explosões temperamentais, será visitado sem precisar tocar a campainha com tanta insistência porque será um prazer visitá-lo e não uma obrigação necessária. O pior é que talvez não analisemos o motivo da raiva do paciente; nós a assumimos em termos pessoais, quando na sua origem, nada ou pouco tem a ver com as pessoas em que é descarregada.

Os cuidados focalizados na integralidade da pessoa, em todas as dimensões da sua personalidade, podem transformar a vida não só do doente, mas de quem dele também cuida. É a manifestação mais pura e realizadora da alteridade na dignidade humana, na construção da personalidade de seres humanos que estão sendo o que eles são. O terceiro estágio, da barganha, assume, nesse contexto, um viés do desejo de continuar sendo, de não ter o encontro com a morte, de forma que “a barganha, na realidade, é uma tentativa de adiamento; tem de incluir um prêmio oferecido ‘por bom comportamento’, estabelece também uma meta auto-imposta (por exemplo, um show a mais, o casamento de um filho” no qual está incluída “uma promessa implícita de que o paciente não pedirá outro adiamento, caso o primeiro seja concedido”<sup>78</sup> (KÜBLER-ROSS, 2017, p. 89).

O quarto estágio, o da depressão, tem um estigma social muito grande, sendo, muitas vezes entendido como uma desistência. Em um primeiro momento, ele pode ser encarado como uma afronta à plenitude da existência, mas, conforme se

---

<sup>78</sup> Elisabeth Kübler-Ross (2017, p. 18) estabelece um raciocínio que explica, em grande parte, as condutas distanásicas e, de certa forma, alguns estágios do processo do morrer, como a barganha: “em nosso inconsciente, não podemos conceber nossa própria morte, mas acreditamos em nossa imortalidade. Contudo, podemos aceitar a morte do próximo, e as notícias do número dos que morrem nas guerras, nas batalhas e nas auto-estradas só confirmam a crença inconsciente em nossa imortalidade, fazendo com que – no mais recôndito de nosso inconsciente – nos alegremos com um ‘ainda bem que não fui eu’”.

verá nas explicações a seguir, são justamente esses momentos de introspecção que permitem que a pessoa compreenda o que de fato é importante para ela. É da depressão que se oriunda a sabedoria relatada por Ana Claudia Quintana Arantes (2019, p. 46-47). Segundo Elisabeth Kübler-Ross (2017, p. 93)

Quando a depressão é um instrumento na preparação da perda iminente de todos objetos amados, para facilitar o estado de aceitação, o encorajamento e a confiança não tem razão de ser. O paciente não deveria ser encorajado a olhar o lado risonho das coisas, pois isto significaria que ele não deveria contemplar sua morte iminente. Dizê-lhe para não ficar triste seria contraproducente, pois todos nós ficamos profundamente tristes quando perdemos um ser amado. O paciente está prestes a perder tudo e todos a quem ama. Se deixarmos que exteriorize seu pesar, aceitará mais facilmente a situação e ficará agradecido aos que puderem estar com ele neste estado de depressão sem repetir constantemente que não fique triste. [...] No pesar preparatório há pouca ou nenhuma necessidade de palavras. É mais um sentimento que se exprime mutuamente, traduzido, em geral, por um toque carinhoso de mão, um afago nos cabelos, ou apenas por um silencioso 'sentar-se ao lado'. É esta a hora em que o paciente pode pedir para rezar, em que começa a se ocupar com coisas que estão à sua frente e não com as que ficaram para trás.

A dimensão emocional da personalidade ganha forma e concretude, nesse estágio. A importância dos sentimentos e do diálogo, conforme se demonstrou anteriormente por meio dos ensinamentos de Hans-Georg Gadamer (2000, p. 133; 140), mesmo que silencioso, completam a compreensão do ser humano que aquelas pessoas em contato são. É nesse contexto que o quinto e último estágio se manifesta: a aceitação. Assim, explica Elisabeth Kübler-Ross (2017, p. 118-119) que nesse estágio, as

Conversas, então, passam de verbais a não verbais. O paciente já indica com um gesto de mão que nos sentemos um pouco. É provável que só segure nossa mão num pedido velado de que fiquemos em silêncio. Para quem não se perturba diante de quem está prestes a morrer, esses momentos de silêncio podem encerrar as comunicações mais significativas. [...] Nossa presença pode até ser uma garantia de que vamos ficar por perto até o fim. Quando já estiverem sendo providenciadas as coisas mais importantes, podemos simplesmente deixar que saiba que tudo está bem sem precisar dizer alguma coisa. [...] Para o paciente, é reconfortante sentir que não foi esquecido quando nada mais pode ser feito por ele. É gratificante inclusive para o visitante, pois isto vem mostrar que a morte não é uma coisa horrível, medonha, que tantos querem evitar.

O processo de aceitação é o que mais manifesta a possibilidade de realização da plenitude da existência. É a tomada de consciência de que a morte se relaciona muito mais com a vida e com a potência no seu viver do que com a sua ausência. Mas, para tanto, faz-se imprescindível que o *ser humano* seja cuidado com carinho e atenção, para permitir as manifestações da sua personalidade, ter sua dignidade reconhecida. Nesse processo, ambos podem crescer, compreendendo a que realidade da morte e do morrer de um modo coerente com as filosofias e projetos de vida encerram uma trajetória de dignidade biográfica, não sendo necessário sofrimentos e dores excruciantes que roubam a plenitude daquele ser.

Em um prisma espiritual, Ana Claudia Quintana Arantes (2019, p. 86-91) demonstra, por uma visão oriental, como o processo de morrer é encarado em relação aos quatro elementos da natureza, fala-se em dissolução dos quatro elementos. É o que a medicina trata como processo ativo de morte. A dissolução do primeiro elemento, a terra, compreende a questão física, a desintegração das funções vitais; a dissolução do segundo elemento, o fogo, é o momento de introspecção, de descobrimento da própria essência, permitindo que aquela pessoa ainda pode *ser* humana nas manifestações da sua personalidade e que o que o trouxe até aqui foi o amor; a dissolução do terceiro elemento, o ar, é a que tem maior conexão com a espiritualidade daquele ser, é a descoberta do sagrado que mora dentro dele, em que se devolverá o sopro vital que lhe foi emprestado para cumprir a sua missão na terra – em termos médicos, é o início do processo agônico, da morte em si; e a dissolução do último elemento, a água, está associada ao estágio da depressão e da aceitação, em que o ser contempla a sua morte, é a devolução do sopro vital, como um afogamento na água da essência daquele ser (ARANTES, 2019, p. 86-91).

Nesse momento, está contida a essência da ideia de plenitude da existência. Consubstancia a mais pura e inexorável experiência do viver, da elevação do ser à sua última potência, no último realizar da sua dignidade e no último significado que terá a sua vida. E que ela seja bem vivida. Elisabeth Kübler-Ross (2017, p. 22) assevera que todos um dia terão de encarar a morte, de forma que “se todos pudessemos começar admitindo a possibilidade da nossa própria morte, poderíamos concretizar muitas coisas, situando-se entre as mais importantes, o bem-estar de nossos pacientes, de nossas famílias”.

A incerteza desse período, em questões existenciais e temporais, traz esse toque do essencialmente humano. Nos dizeres de Ana Claudia Quintana Arantes

(2019, p. 91) “esse ‘não saber’ do tempo nos traz a possibilidade de vivenciar o momento presente. Ele nos traz a oportunidade de experimentar a plenitude” e conclui “a morte, do outro ou nossa, será uma rara, ou até única, experiência de estarmos verdadeiramente presentes na nossa vida”. A morte, mais uma vez, é uma referência à vida, e não à ausência.

Os cuidados paliativos permitem esse cuidado pleno, que possibilitam o desenvolvimento da personalidade e a plenitude do seu ser mesmo quando já em processo de terminalidade. Para fins conceituais, a Organização Mundial da Saúde (*World Health Organization – WHO*, no inglês) define os cuidados paliativos em nível internacional, como uma abordagem que visa melhorar a qualidade de vida dos pacientes e das suas famílias no enfrentamento com problemas associados à doenças que colocam em risco a vida, por meio da prevenção e alívio do sofrimento com a identificação rápida da doença e dos sintomas, com um cuidado impecável e pelo tratamento da dor e de outros problemas físicos, psicossociais e espirituais (WHO, 2020)<sup>79</sup>.

A OMS ainda pontua os objetivos e princípios dos cuidados paliativos da seguinte forma: 1) promove o alívio da dor e outros sintomas angustiantes; 2) afirma a vida e enfrenta o morrer como um processo natural; 3) pretende não prolongar nem abreviar a morte; 4) integra as dimensões psicológicas e espirituais no cuidado do paciente; 5) oferece suporte para ajudar os pacientes a terem a vida mais ativa possível até a morte; 6) auxilia a família lidar com a doença do paciente e com o seu próprio sofrimento; 7) utilizam uma abordagem de equipe para atender às necessidades dos pacientes e suas famílias, incluindo aconselhamento sobre o luto, se indicado; 8) melhoram a qualidade de vida e também impactam positivamente o curso da doença; 9) podem ser dispensados em uma fase inicial da doença, juntamente com outros tratamentos que podem prolongar a vida, como a quimioterapia e a radioterapia, e incluem as pesquisas necessárias para compreensão e melhor manejo das complicações clínicas angustiantes<sup>80</sup> (WHO, 2020).

---

<sup>79</sup> No original: “*Palliative care is an approach that improves the quality of life of patients and their families facing the problem associated with life-threatening illness, through the prevention and relief of suffering by means of early identification and impeccable assessment and treatment of pain and other problems, physical, psychosocial and spiritual*” (WHO, 2020).

<sup>80</sup> No original: “*1) provides relief from pain and other distressing symptoms; 2) affirms life and regards dying as a normal process; 3) intends neither to hasten or postpone death; 4) integrates the psychological and spiritual aspects of patient care; 5) offers a support system to help patients live as actively as possible until death; 6) offers a support system to help the family cope during the patients*

Nesse contexto, os CP no Brasil ainda são pouco desenvolvidos, tendo uma qualidade questionável. Em estudo recente, demonstrou-se que os CP são desenvolvidos no Brasil “de modo bastante frágil, de maneira isolada e dependentes quase sempre de doações, além de acesso limitado a medicações para o controle da dor. Evidencia-se, neste contexto, que pacientes com doenças graves convivem regularmente com a dor não controlada e não têm acesso a CP de qualidade no país” (BOAVENTURA; PESSALÁCIA; MARTINS *et al*, 2019, p. 2).

Ana Cláudia Quintana Arantes (2019, p. 47) assevera que o Brasil é o terceiro pior país do mundo para se morrer, em pesquisa feita pelo *The Economist*, em 2010, mas que ainda se mantém atual. Ainda demonstra que essa dificuldade em ter uma morte digna e com qualidade se dá em razão de que “nossa sociedade não está preparada e que nossos médicos, como parte desta sociedade miserável, e em busca pela ignorância da realidade da própria morte, não estão preparados para conduzir o processo de morrer dos seus pacientes, o fim natural da vida humana” (ARANTES, 2019, p. 47).

Em resposta a esse cenário, os CP são a melhor alternativa em conjunto com a ortotanásia, pois permitem que a morte não seja adiantada nem atrasada e, no interregno da evolução da doença, a pessoa continue a ser quem ela foi, quem ela é, e quem ela será até a vida passar a ser morte. Ana Claudia Quintana Arantes (2019, p. 49) faz um apontamento cirúrgico sobre os cuidados paliativos nesse contexto

Infelizmente, no Brasil, todo mundo pensa que fazer Cuidados Paliativos é sedar o paciente e esperar a morte chegar. Muitos pensam que é apoiar a eutanásia ou acelerar a morte, mas isso é um engano imenso. (...) Aceito a morte como parte da vida e tomo todas as providências e condutas para oferecer ao meu paciente a saúde, definida aqui como o bem-estar resultante do conforto físico, emocional, familiar, social e espiritual. Acredito que a vida vivida com dignidade, sentido e valor, em todas as suas dimensões, pode aceitar a morte como parte do tempo vivido assim, pleno de sentido. Acredito que a morte pode chegar no tempo certo, e assim será conhecida como ortotanásia.

---

*illness and in their own bereavement; 7) uses a team approach to address the needs of patients and their families, including bereavement counselling, if indicated; 8) will enhance quality of life, and may also positively influence the course of illness; 9) is applicable early in the course of illness, in conjunction with other therapies that are intended to prolong life, such as chemotherapy or radiation therapy, and includes those investigations needed to better understand and manage distressing clinical complications” (WHO, 2020).*

Ana Claudia Quintana Arantes (2020, p. 112) atesta que “em serviços paliativos de boa qualidade, o controle dos sintomas é obtido com grande efetividade e os índices de sedação são baixíssimos: em serviços exclusivos de paliativos, mal chegam a 10%”. E, por meio da sua experiência como médica paliativista confirma a defesa aqui feita de que é possível se viver de forma plena quando o cuidado à pessoa e em preservação da sua personalidade multidimensional, ainda que essa vida seja, tecnicamente, categorizada como em estágio terminal, ao afirmar que pacientes pedem a eutanásia ou a sedação, mas “quando o sofrimento foi aliviado, não persistiram no pedido de abreviar a vida. Viveram mais, viveram bem dentro do possível, viveram e morreram com seu sofrimento cuidado, dignamente” (ARANTES, 2019, p. 172). Em outra passagem, ainda atesta que o objetivo dos cuidados paliativos “é aliviar o sofrimento por meio do controle dos sintomas de desconforto, e raramente alguém deseja a morte quando seu sofrimento está sendo cuidado” (ARANTES, 2020, p. 112).

A rejeição à eutanásia feita aqui neste trabalho se dá justamente pelas razões demonstradas neste item: os cuidados e o respeito à personalidade de cada ser humano, em um processo de alteridade e reconhecimento mútuo, permitem uma vida plena até a morte. Mesmo quando já se está doente. Abreviar a vida por causa de uma dor e de um sofrimento não compreendidos é retirar a possibilidade de aquele ser enxergar a plenitude da vida que viveu. Além, é a possibilidade de que ele possa continuar a *ser* humano até o momento que a potência do seu ser se esgote – não prolongando o processo de morrer, como faz a distanásia – com uma pessoa realizada, completa e respeitada em todas suas dimensões.

## 5 CONCLUSÃO

### DA MORTE

*“Um dia... pronto!..., me acabo.  
Pois seja o que tem de ser.  
Morrer: que me importa?... O diabo  
É deixar de viver”.*  
(Mário Quintana)

A conclusão desse trabalho, assim como é o ciclo da existência humana, pretendeu redundar na reafirmação da vida, isto é, uma defesa da complexidade e da dignidade inerentes ao bem viver e, inexorável para a última consequência desse interregno: o bem morrer, com qualidade e em consideração a todas dimensões humanas.

No contexto do viver e do morrer qualificados pela dignidade humana e pela possibilidade de realização da plenitude do ser, as regras são insuficientes para oferecer uma tutela adequada e com a amplitude necessária para a dinamicidade da vida biotecnológica hodierna. Uma retomada axiológica, nesse sentido, é essencial para que se proteja todas as dimensões da personalidade humana e, permita que todos os indivíduos possam realizar seus projetos de vida, pela dimensão da alteridade.

Assim, situa-se a matriz sistemática do trabalho em um contexto pós-positivista, onde uma ética humanista estabelece as delimitações de atuação do ordenamento e dos próprios particulares na sua atuação. O que ficou demonstrado é que a retomada principiológica e ética do direito não estabelece um espaço de arbitrariedade e subjetivismo na atuação do próprio direito, mas, dentro de um meio ambiente axiologicamente delimitado a referência objetiva e subjetiva está centrada na proteção da pessoa e do livre desenvolvimento da sua personalidade, do nascimento à morte.

Na dimensão principiológica, ressaltou-se a função da dignidade humana para possibilitar uma existência plena. A ideia contemporânea de dignidade humana é oriunda do pós-guerras, onde a vulnerabilidade humana e a fragilidade das relações humanas foram escancaradas para o mundo e para o próprio ser humano, sendo, então, uma resposta às atrocidades cometidas no período.

A ideia de dignidade humana se chega é aquela que permite que todos os seres humanos possam continuar a ser durante a sua existência, construindo-se quotidianamente nas suas relações com o mundo e com os outros e que nenhum projeto de vida possa anular outro, isto é, que esse respeito essencial ao ser humano seja, também, aplicado em uma dimensão de alteridade.

Indica-se que a ortotanásia, abordagem endossada pelo trabalho, aceita a morte como o destino inquestionável de cada ser humano e, junto a práticas de cuidados paliativos, busca que o paciente acometido de mal grave e incurável – que levará, inevitavelmente, à morte em mais ou menos tempo – possa ter a melhor qualidade de vida possível dentro da sua realidade, garantindo o respeito essencial ao ser humano. A ortotanásia não abrevia a vida, mas também não a prolonga sob custos desumanos, apenas permite que a morte chegue no exato momento em que as forças de vida daquela pessoa se esgotam. Permite, assim, que cada ser humano continue sendo a pessoa que é até na hora da sua morte, garantindo a realização da sua personalidade e da sua dignidade.

Dentro dos espaços de liberdade resulta a autonomia existencial: a capacidade de cada pessoa, de acordo com a sua experiência de vida e com as concepções formadas sobre o viver e o morrer dela oriunda, decidir os rumos adequados para o seu projeto de vida, isto é, o que seria uma vida boa e uma morte digna, no recorte aqui feito. A autonomia existencial não é fruto somente da dignidade humana e da liberdade inerente às situações existenciais que aquela pessoa tem de decidir, mas também tem influência da alteridade, de forma que cada ser digno tem sua dignidade reconhecida pelo outro, e o outro também assim é reconhecido como um ser digno de respeito quanto as suas convicções existenciais, num processo de construção mútuo.

Formado o núcleo conceitual básico para o bem viver e o bem morrer, passou-se a discutir uma revisão conceitual dos institutos clássicos do direito privado, como os negócios jurídicos e as relações jurídicas sob uma nova ótica existencial e adequada aos valores constitucionais que colocaram a pessoa na centralidade do ordenamento, tomando como exemplo fático as diretivas antecipadas de vontade.

A categoria clássica do negócio jurídico tem origens patrimonialistas que ainda mantém, sendo sua manifestação por excelência os contratos. Contudo, a lógica economicista e patrimonial do instituto não tem amplitude adequada para tutela de situações existenciais, justamente pelo núcleo essencial da formação de tais negócios

não obedecerem à finalidade econômica – o patrimônio se torna aspecto secundário nos negócios existenciais – mas a cuidados pessoais e formadores e/ou garantidores da dignidade humana, como é o caso das DAVs, que visam estabelecer os cuidados e tratamentos que a pessoa deseja ou não receber quando já estiverem em processo de terminalidade.

Assim, nascem os negócios biojurídicos, que não são categoria autônoma dos negócios jurídicos, mas espécie que visa atender as finalidades existenciais para que foram criados. Os negócios biojurídicos podem ser entendidos como manifestações de autonomia existencial, portanto personalíssimas, que têm como centro de referência objetiva e subjetiva a própria pessoa, estabelecendo disposições referentes à sua saúde ou à sua integridade física e psicoemocional.

A segunda categoria revisitada são as relações jurídicas, que como ficou demonstrado, não são capazes de se adequar a lógica da maioria das relações existenciais e dos negócios biojurídicos. A existencialidade humana e as vicissitudes de uma vida boa e de uma morte digna não se amoldam à formação clássica de uma relação jurídica, com um vínculo de dever/direito ou de subordinação entre as partes frente a um direito subjetivo oriundo de uma regra objetivamente prevista pelo ordenamento jurídico positivado, justamente em razão da infinidade de possibilidades que a vida humana coloca frente ao indivíduo diariamente, ainda mais em um contexto onde a medicina e a biotecnologia se revolucionam quase no mesmo ritmo incessante do viver.

Em relação ao primeiro pilar, as situações jurídicas visam proteger acontecimentos da vida fática, ou situações de interesse do sujeito que, por definirem o que ele compreende como uma existência digna, têm relevância para o direito, de forma que ele deve oferecer mecanismos – como os negócios biojurídicos e as DAVs – para garantir a efetividade e a realização plena de cada ser, sem anular a dignidade do outro. A sacralidade da vida aqui assume uma posição que não defende a vida a qualquer custo e sob qualquer forma, mas sim a proteção à uma vida digna de ser bem vivida porque é coerente com as concepções existenciais da pessoa que a vive, isto é, vive-se sem indiferença aos rumos que a própria existência passa a seguir.

Aqui é importante destacar e reafirmar que restou alicerçado ao longo do trabalho que essa vida dotada de plenitude, do nascimento ao morrer, não necessariamente corresponde a uma vida prazerosa, mas sim a uma vida qualificada de significado e sentido em viver. Essencialmente, afirma-se que seria de uma

incoerência que beira o absurdo para integridade do sistema de direito em si tutelar uma vida digna e não uma morte digna, onde o ser em estado terminal é cuidado na sua integralidade e respeitado em sua essência para que o seu processo de morte se preencha de vida ressignificada.

Por fim, construiu-se a base da compreensão da personalidade na sua concepção clássica, isto é, na capacidade de ser titular de direitos e sujeito de deveres, até uma visão contemporânea e interdisciplinar do livre desenvolvimento da personalidade, que define quem é aquele ser no mundo frente ao outro e aos demais seres humanos. Essa concepção mais recente do livre desenvolvimento da personalidade mostra-se como essencial para realização da plenitude do ser, pois, conforme afirmou-se, a pessoa não pode ser fatiada em suas diferentes dimensões, em uma pluralidade de *fatispecies* conforme vive, mas sim como um universo completo e a se completar que por si só já merece uma tutela e um respeito adequados.

Nesse sentir, as DAVs são um instrumento que, ao estabelecer as concepções existenciais daquela pessoa, como os tratamentos e cuidados que deseja ou não receber, no recorte da terminalidade da vida que aqui se trata, consubstanciam os valores essenciais dessa pessoa, isto é, configura-se como um instrumento de manifestação da autonomia existencial e materializa em um documento a complexidade daquele ser.

Os cuidados paliativos, dentro do complexo sistêmico aqui demonstrado, completam a tutela da integralidade da pessoa em uma existência digna e plena. Quando se assume que os cuidados paliativos cuidam da pessoa que está morrendo em primeiro plano e não centralizam sua atenção na doença incurável que nela habita, pode-se concluir que se está cuidando da essência daquela pessoa e, portanto, permitindo que ela viva o seu ser humano até a sua morte. Não se trata de abreviar a vida ou deixar morrer aqueles que “não tem mais jeito”. A filosofia da plenitude da existência se embasa no extremo oposto: permitir que a aquela pessoa continue sendo quem ela é, na plena potência do estado atual do seu ser, até que a sua vida seja morte.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. **Lei fundamental da república federal da Alemanha.** *Deutscher Bundestag*. Tradutor: Assis Mendonça, Aachen; Revisor Jurídico: Urbano Carvelli, Bonn. Versão alemã de 23 de maio de 1949. Última atualização em 29 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 10. set. 2021.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução.** 10. ed. revista e modificada. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ANGELUCI, Cleber Affonso. Considerações sobre o existir: as diretivas antecipadas de vontade e a morte digna. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 21, p. 39-59, jul./set. 2019

ARANTES, Ana Claudia Quintana. **A morte é um dia que vale a pena viver.** Rio de Janeiro: Sextante, 2019.

ARANTES, Ana Claudia Quintana. **Histórias lindas de morrer.** Rio de Janeiro: Sextante, 2020.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana.** Tradução de Roberto Raposo; posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARGENTINA. **Manual sobre los derechos de los/as pacientes para el equipo de salud.** *Ministerio de Salud*. Argentina: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, octubre de 2020. Disponível em <[http://www.legisalud.gov.ar/pdf/msres1049\\_2021anexo1.pdf](http://www.legisalud.gov.ar/pdf/msres1049_2021anexo1.pdf)>. Acesso em 27. Jul. 2021.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil v. 3. Teoria Geral: Relações e Situações Jurídicas.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 4ª ed., revista, 3ª tiragem 08/2005. Impresso no Brasil: Malheiros Editores, 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia.** 4 ed. atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Cissa; PESSALACIA, Juliana Dias Reis; MATA, Luciana Regina Ferreira da; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone; PEREIRA, Maria da Graça. **Interface between social support, quality of life and depression in users eligible for palliative care.** Rev. Esc. Enferm. USP. vol. 51: e03245. São Paulo: 2017. Disponível em: <[https://www.scielo.br/pdf/reeusp/v51/pt\\_1980-220X-reeusp-51-e03245.pdf](https://www.scielo.br/pdf/reeusp/v51/pt_1980-220X-reeusp-51-e03245.pdf)>. Acesso em 4. mai. 2020.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no fim da vida.** *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, vol. 38, p. 235-274, 2010.

BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade.** *Col. Pensamento Político.* Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, com apoio: Fundação Roberto Marinho.

BETTI, Emílio. **Teoria do negócio jurídico.** Tradução: Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** 8 ed. rev. aum. e mod. Por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Bioética e direito: a luta pela não reificação da vida.** In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun [coord.]. **Direitos da Personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato.** 1. ed. Barueri [SP]: Manole, 2019.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade.** 3. ed. Modificada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2014.

BOAVENTURA, Jacqueline Resende; PESSALACIA, Juliana Dias Reis; MARTINS, Tatiana Carvalho Reis; SILVA, Alexandre Ernesto da; MARINHO, Maristela Rodrigues; SILVA NETO, Priscila Kelly da. **Participação e controle social no contexto político dos cuidados paliativos no Brasil: uma reflexão teórica.** *Revista de enfermagem do Centro Oeste Mineiro.* vol. 9:e3433. p. 1-7. Divinópolis: 2019. Disponível em: <<http://seer.ufsj.edu.br/index.php/recom/article/view/3433>>. Acesso em 04. mai. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: out. 2019.

BRASIL. [Código Civil (2002)]. **Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Brasília, DF: Presidência da República, 2020.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: mar. 2020

CALSAMIGLIA, Albert. **Postpositivismo**. *Doxa* [publicaciones periódicas]. N. 21, p. 209-220, 1998. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SierveObras/23582844322570740087891/index.htm>>. Acesso em 01 ago. 2007.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, CFM. **Resolução CFM nº 1.805 de 28 de novembro de 2006**. *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção I, p. 169: 2006. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>>. Acesso em 23. jul. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, CFM. **Resolução CFM nº 1.995 de 9 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes**. *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção I, p. 269-270: 2012. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>>. Acesso em 23. jul. 2021.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. In.: MONTEIRO, João Paulo. **Filosofia Política 2**. Porto Alegre: L&PM Editores (UNICAMP; UFRGS – com apoio do CNPQ), 1985.

DADALTO, Luciana. **Morte digna para quem? O direito fundamental de escolha do próprio fim**. *Pensar*, Fortaleza, v. 24, n. 3, p. 1-11, jul./set. 2019.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 5. Ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

DADALTO, Luciana. **Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou porque é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal)**. *Revista de Bioética y Derecho*. n. 28, mayo/2013.

DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. **Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro**. *Rev. Bioét.* (Impr.). v. 21, n. 3, 2013.

DINIZ, Antonio Carlos. **Pós Positivismo**. In: Dicionário de Filosofia do Direito. Coord. Vicente de Paula Barreto. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo; Revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. **A incapacidade para o diálogo**. *In: Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz (organizadores). Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p.129 a 140.

GALLAGHER, James. **10 anos em 10 meses: como os cientistas de Oxford criaram em tempo recorde um novo modelo de vacina contra o coronavírus**. *BBC News: Internacional*. 23. nov. 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55049893>>. Acesso em: 15. dez. 2020.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Diretivas Antecipadas de Vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro**. *RIBD*, Ano 1, n. 2, 2012.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Coordenador e atualizador Edvaldo Brito; atualizadora Reginalda Paranhos de Brito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. *Ensaios políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução de Artur Mourão. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1968.

HAMEL, Liz; WU, Bryan; BRODIE, Mollyann. **Views and experiences with end-of-life medical care in Japan, Italy, the United States, and Brazil: a cross-country survey**. *The Henry J. Kaiser Family Foundation*. Abr. 2017. Disponível em: <<https://files.kff.org/attachment/Report-Views-and-Experiences-with-End-of->

Life%20Medical-Care-in-Japan-Italy-the-United-States-and-Brazil>. Acesso em 27. Jul. 2021.

ITÁLIA. Senato della Repubblica: biblioteca nacional. **Constituição da República Italiana**. Roma: Sennato della Repubblica, 2018. Disponível em: <[https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST\\_PORTOGHESE.pdf](https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf)>. Acesso em 12. mar. 2021.

KÜBLER-ROSS, Elisabeth. **Sobre a morte e o morrer**: o que os doentes terminais têm para ensinar a médicos, enfermeiras, religiosos e aos seus próprios parentes. Tradução de Paulo Menezes. 10ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2017.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil: parte general**. Tradução e notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, da edição original alemã LARENZ, Karl; Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. 3ª ed., 1975, C.H. Beck'sche de Munich. Madrid, Espanha: EDERSA, 1978.

LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna**. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/existencialidade-humana-o-negocio-juridico/>>. Acesso em out. 2020.

LIMA, Rachel Maçalam Saab. **Entre a vida e a liberdade: dilemas contemporâneos do direito à morte digna**. In: TEPEDINO, Gustavo *et al.* (Coord.). *Anais do VI Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Negócios biojurídicos**. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado [coord.]. **Negócio jurídico e liberdades individuais – autonomia privada e situações jurídicas existenciais**. Curitiba: Juruá, 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019a.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 11. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019b.

MIRAGEM, Bruno. **Teoria Geral do Direito Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Livro digital.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 105-147.

OLIVEIRA, Ademardo Serafim de. **Antropologia Filosófica**. In: **Introdução ao Pensamento Filosófico**, 6ª ed. São Paulo: Loyola, 1993, p.119 a 143.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. *Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro de 1948*. Unicef Brasil. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 21. jul. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil: Teoria Geral de Direito Civil**. Vol. I. Revisão e Atualização: Maria Celina Bodin de Moraes. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

PESSNI, Léo. **Distanásia: algumas reflexões bioéticas a partir da realidade brasileira**. *Rev. Bioét.*, vol. 12, n. 1, 2004.

PESSINI, Léo. **Vida e morte na UTI: a ética no fio da navalha**. *Rev. Bioét.* vol. 24, n. 1, 2016.

PESSINI, Léo. **Distanásia: até quando investir sem agredir?** *Rev. Bioét.* vol. 4, n. 1. s/d.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Reimpressão da edição de marco de 1982. Coimbra: Almedina, 2016.

PRATA, Henrique Moraes. **Enfermidade e infinito**: direitos da personalidade do paciente terminal. 2012. 238 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

RAMOS, Cesar Augusto. **O liberalismo político e seus críticos**. *Crítica*. Revista de Filosofia; Londrina. v. 10. n. 32. p. 229-264. out./2005.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODOTÀ, Stefano. **Autodeterminação e laicidade**. Tradução Carlos Nelson de Paula Konder. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152, jul./set. 2018.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação**. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 41, n. 163, jul./set. 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 5. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. e-book.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. *In: Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SAUNDERS, Cicely. **A personal therapeutic Journey**. *BMJ: British Medical Journal*. vol. 313, n. 7072, 1996, p. 1599-1601. *JSTOR*. Disponível em: <[www.jstor.org/stable/29733878](http://www.jstor.org/stable/29733878)>. Acesso em 19. jul. 2021.

SAUNDERS, Cicely. **Care of the dying**. *BMJ: The British Medical Journal*. vol. 1, no. 5844, 1973, p. 29-41. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20263907>>. Acesso em 19. jul. 2021.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson [coord.]. **Direito Civil Constitucional**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016. São Paulo: Malheiros, 2017.

SIQUEIRA, José Eduardo. **Tecnologia e medicina entre encontros e desencontros**. *Simpósio. Rev. Bioét.*, v. 8, n. 1, 2000.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. **A decisão judicial em Hans Kelsen e a tradição do cartesianismo**. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*; Belo Horizonte; n. 114; p. 345-387; jan./jun. 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Autonomia existencial**. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. **Notas esparsas sobre o direito civil na legalidade constitucional**. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; DE CICCIO, Maria Cristina; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima [coord.]. **Direito civil na legalidade constitucional: algumas aplicações**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHO. **WHO Definition of palliative care. Cancer**. Disponível em: <<https://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>>. Acesso em 11. mar. 2020.