



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

BRENO SILVEIRA MOURA ALFEU

**AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO RESPOSTA DO DIREITO AO
DESAFIO DO PLURALISMO CULTURAL**

FORTALEZA

2021

BRENO SILVEIRA MOURA ALFEU

**AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO RESPOSTA DO DIREITO AO
DESAFIO DA PLURALIDADE CULTURAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico

Orientador(a): Prof^a. Dra. Maria Vital da Rocha

FORTALEZA

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

A1d Alfeu, Breno Silveira Moura.
AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO RESPOSTA DO DIREITO AO DESAFIO
DA PLURALIDADE CULTURAL / Breno Silveira Moura Alfeu. – 2021.
135 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2021.

Orientação: Profa. Dra. Maria Vital da Rocha.

1. Direito à vida. 2. Pluralismo cultural. 3. Pluralismo social. 4. Sociedade brasileira. 5. Diretivas Antecipadas de Vontade. I. Título.

CDD 340

BRENO SILVEIRA MOURA ALFEU

**AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO RESPOSTA DO DIREITO AO
DESAFIO DA PLURALIDADE CULTURAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico

Orientadora: Prof^ª. Dra. Maria Vital da Rocha

Aprovada em: 24/06/2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dra. Maria Vital da Rocha (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. André Dias Fernandes
Universidade 7 de Setembro (UNI7)

Prof. Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha
Universidade 7 de Setembro (UNI7)

À minha mãe, Simone Moura; à Jéssica Timbó;
aos meus avós, Tiago Otacílio de Alfeu, Maria
Hortência Silveira de Alfeu e Maria Nilce Moura
da Silva; e à família Moura, por tudo que fizeram
e fazem em minha vida, todos apoiando a mim em
todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a **Deus**, em primeiro lugar, por todas as oportunidades e experiências que tive – e terei – no decorrer de toda a minha existência.

Depois, devo confessar que o campo de agradecimentos sempre é um fator de complicação na elaboração dos meus trabalhos acadêmicos. Isso se explica pelo simples fato incontroverso que tenho gratidão a todos que me auxiliaram na jornada que culminou neste trabalho. De logo, agradeço não apenas aos que contribuíram e ajudaram ao término de mais este ciclo. Sou grato àqueles que mesmo antes do início da jornada para obtenção estiveram presentes nos momentos que mais necessitei. Recordo isso tanto com satisfação quanto com pesar em função do momento delicado pelo qual todos estamos passando desde o último ano, que afetou a todos indistintamente. Compartilho das agruras que nos afetaram emocional, espiritual e materialmente. Tenho esperança que tudo melhorará, como, de fato, já ocorre pouco a pouco.

Dito isso, apresento o rol de agradecimentos em ordem cronológica retrospectiva, vindo desde o momento de apresentação deste trabalho e regredindo aos primórdios de meu ingresso no programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

Agradeço à professora **Maria Vital da Rocha** que é não apenas orientadora, mas exemplo de profissional séria, zelosa e diligente. É um exemplo ímpar de dedicação à carreira acadêmica com quem pude aprender e me espelhar durante os últimos dois anos. Sou grato pela sua atenção durante todos os semestres de curso. Espero também que eu, algum dia, consiga inspirar outras pessoas da forma sincera que a senhora faz em seu cotidiano.

Agradeço aos professores participantes da banca examinadora, **André Dias Fernandes e Danilo Fontenele Sampaio Cunha**, pelo tempo disponibilizado para a leitura deste trabalho que tanto me importa.

Agradeço a todos os colegas da **Turma de Mestrado de 2019** com quem pude trocar experiências, receber e prestar auxílio no aprendizado. Nunca cogitei conhecer tantas tão pessoas incríveis quanto cada um de vocês. Toda a rotina acadêmica e extracurricular foi muito proveitosa, instigante e alegre por causa da presença de vocês, sobretudo, nas dificuldades, “perrengues” e “sumários” que tivemos de superar.

Agradeço **aos amigos Fernanda Leontsinis e Larissa Rocha**, ambas participantes do grupo virtual de “orientandos da Professora Vital”. O vínculo firmado com vocês e o auxílio prestado contribuí para a realização deste trabalho.

Agradeço à **Jéssica Timbó** pela presença incansável ao meu lado, sempre apoiando, ajudando, inspirando e torcendo por esse sonho que, hoje, está em vias de se concluir. Sei, com total segurança, que não estaria onde estou ou chegaria onde cheguei sem você. Como já fiz tantas vezes, afirmo que sem você eu não percorreria nem metade do caminho de hoje, já que você acredita mais em mim do que eu mesmo. Você mudou minha vida para melhor e eu espero retribuir em dobro tudo que você representa para mim. Admiro e amo você.

Agradeço à minha queridíssima **Maria José Fontenelle Barreira** que é minha eterna professora há quase 10 anos, dentro e fora da Universidade. Hoje posso lhe chamar de amiga do peito. Obrigado pelos conselhos, reflexões e ensinamentos rotineiros durante nossas conversas. A senhora é uma das pessoas mais sensatas que já conheci, dotada de retidão de conduta, seriedade, serenidade e bondade inigualáveis. Características essas que tenho como norte no meu cotidiano.

Agradeço a todos do escritório **Wagner Barreira Advogados Associados**. Local que nunca imaginei ser possível existir no mundo profissional, pois, além de ser composto por engajados profissionais de rigor técnico e cordial extraordinários, é uma verdadeira família. Sou grato pelos desafios e conquistas diários que participei junto de vocês, o que me fez e faz um profissional cada vez melhor. Tenho orgulho e gratidão pela experiência prática, convivência e por poder contribuir para a continuidade dessa advocacia centenária, que é sem similar.

Agradeço a todos **meus amigos de infância do Conjunto Ceará**. Lembro de cada um de vocês todos os dias naqueles tempos em que tudo era mais simples e tranquilo, mesmo na dificuldade. Recordarei para sempre a convivência junto a todos vocês. Mesmo com a tristeza de que alguns deles não estão mais entre nós, nunca vou lhes esquecer e os guardo em meu coração.

Agradeço aos **meus irmãos**. Embora tenhamos pouca convivência pelo cotidiano conturbado, nutro enorme carinho por vocês.

Agradeço ao meu pai, **Francisco Carlos Tolstoi Silveira de Alfeu**, pelo dom da vida e pelo apoio financeiro para que eu pudesse chegar hoje aqui e estar escrevendo esta dedicatória.

Agradeço à **família Moura** nas pessoas de Tio Francisco Moura “Bacharel”, Tia Francimar Moura “Semire”, Tia Francisca Moura “Silvia” e Tio Clécio Lima da Costa por todo o

auxílio incondicional a minha pessoa, resultado de tanto esforço e sacrifício da parte de vocês para ajudar em tudo que necessitava, mesmo em momentos de dificuldades para todos. Em especial, sou grato à minha avó Maria Nilce Moura, a qual venceu vários desafios de saúde nos últimos anos. Fico feliz por ter e estar lhe prestando auxílio como a senhora já fez por mim. E sou mais realizado por ainda estar convivendo com a senhora.

Agradeço à minha avó, **Maria Hortência Silveira de Alfeu**, que insistia e ensinou o “valor do estudo” e por sempre ter proporcionado educação e auxílio enquanto estava viva, além do carinho com que me tratava.

Agradeço a meu avô, **Tiago Otacilio de Alfeu**, meu exemplo de vida a ser seguido, em quem penso todos os dias e para quem oro esperando que esteja em um local melhor e abençoado por Deus. Lembro que estou cumprindo mais uma etapa da promessa feita ao senhor quando era pequeno. Vou continuar honrando minha palavra e a sua memória. Tenho orgulho de ser seu neto.

Agradeço à minha mãe, **Francisca Simone Moura da Silva**, por toda a dedicação e cuidado em me criar apesar das inúmeras dificuldades que sempre enfrentamos. Não esqueço os desafios e provações vencidas. Obrigado pelas renúncias que a senhora realizou e pela sua dedicação comigo. Saiba que lhe amo e que não seria nada sem seu auxílio e esforço.

Agradeço, novamente, a todos que citei nesta curta dedicatória. Sem a contribuição de cada um de vocês eu não seria quem sou hoje. Obrigado por terem participado do meu passado, por contribuírem com o meu presente e desejo que todos estejam presentes no meu futuro. Vou seguir meu caminho com toda dedicação e afinco não somente por mim, mas para honrar todos vocês, que gastaram, reiteradamente, um pouco de seus tempos comigo. Declaro a todos, como já fiz antes: sempre estarei aqui por vocês.

RESUMO

O presente trabalho é centrado no estudo das Diretivas Antecipadas de Vontade dentro do contexto social da atualidade, com enfoque ao fato de que o pluralismo cultural é tanto sua característica distintiva quanto um desafio para o sistema jurídico. A mencionada análise é desenvolvida a partir de abordagem do Direito à Vida a partir de conjugação da ciência do Direito a campos de diversos do conhecimento, tais como antropologia, sociologia e filosofia, e aliando isso à realidade brasileira. A concepção central para a viabilização disso é a observação de que vida é compreensão mínima da realidade humana e é base de variadas perspectivas sobre si, inclusive, quanto às suas expressões e amplitude no plano jurídico, as quais convergem ou divergem continuamente, originando uma tensão social e, por consequência, um dissenso contencioso, ou dissenso material. E a manutenção dessa tensão, ante à função do Direito de ser ferramenta da estabilização da sociedade, produz um desafio ao plano jurídico acerca de como comportá-lo através de suas prescrições normativas. Disso advém a questão central que esta dissertação busca responder: com foco no direito à vida e na sociedade brasileira, como o Direito pode responder ao desafio decorrente da multiculturalidade contemporânea? A resposta jurídica é possível de ser delimitada pela especificação de um meio de consenso procedimental que permite a manutenção do dissenso material. As Diretivas Antecipadas de Vontade são a hipótese obtida, haja vista serem uma forma jurídica aberta e adaptável aos desígnios e subjetividade de seu titular, ambos os quais, por sua vez, são afetados por sua perspectiva cultural, inclusive quanto ao direito à vida. O presente estudo objetiva, portanto, investigar a validade dessa resposta mediante uma pesquisa básica de viés transdisciplinar de abordagem quantitativa e qualitativa que faz uso do método hipotético-dedutivo aplicado a referenciais teóricos da Filosofia, Antropologia, Sociologia Jurídica e Direito, dentre os quais se adotam como principais Marcelo Neves e Luciana Dadalto. E isso é concretizado a partir de fontes bibliográficas e documentais conferidas, além de centrado na técnica de investigação monográfica.

Palavras-chave: Direito à vida. Pluralismo cultural. Pluralismo social. Sociedade brasileira. Diretivas Antecipadas de Vontade.

ABSTRACT

The present thesis is centered on the study of Advance Directives of Will within the current social context, focusing on the fact that cultural pluralism is both its distinctive feature and a challenge to the legal system. The aforementioned analysis is developed by a approach of the Right to Life in conjugation of the science of Law with different fields of knowledge, such as anthropology, sociology and philosophy, and allying this to the Brazilian reality. The central concept to make this possible is the observation that life is a minimal understanding of human reality and is the basis of varied perspectives on itself, including its expressions and amplitude in the legal sphere, which converge or diverge continuously, giving rise to social tension and, consequently, a content dissent, or material dissent. And the maintenance of this tension, in face of the Law's function of being a tool for stabilizing society, produces a challenge to the legal plan regarding how to accommodate it through its normative prescriptions. From this comes the central question that this dissertation seeks to answer: focusing on the Right to Life and on Brazilian society, how can the Law respond to the challenge arising from contemporary multiculturalism? The legal response may be delimited through by specifying a means of procedural consensus that allows the maintenance of the material dissent. The Advance Directives of Will are the hypothesis obtained, since they are a open legal form and adaptable to the designs and subjectivity of their holder, both of which, in turn, are affected by their cultural perspective, including the right to life. The present study aims, therefore, to investigate the validity of this answer through a basic research with an transdisciplinary bias of a quantitative and qualitative approach that makes use of the hypothetical-deductive method applied to theoretical references of Philosophy, Anthropology, Legal Sociology and Law, among which are adopted as main ones Marcelo Neves and Luciana Dadalto. And this is achieved from bibliographic and documental sources in addition to being centered on the technique of monographic investigation.

Keywords: Right to life. Cultural pluralism. Social pluralism. Brazilian society. Advance Directives of Will.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC	Código Civil
CC/02	Código Civil de 2002
CF	Constituição Federal do Brasil
CF/88	Constituição Federal de 1988
CFM	Conselho Federal de Medicina
DAV	Diretivas Antecipadas de Vontade
DPAHC	<i>Durable Power of Attorney for Health Care</i>
POLST	<i>Physician Orders for Life-Sustaining Treatment</i>
TRF-1	Tribunal Regional Federal da 1ª região

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	UMA POSSÍVEL RESPOSTA PARA A TENSÃO DECORRENTE DO PLURALISMO CULTURAL NA SOCIEDADE BRASILEIRA EM RELAÇÃO AO DIREITO À VIDA	17
2.1	O Direito em interface com o Pluralismo Cultural	19
2.2	O Direito à Vida no plano jurídico brasileiro	27
<i>2.2.1</i>	<i>Breve análise valorativa e histórica sobre as concepções de vida</i>	29
<i>2.2.2</i>	<i>Análise específica do Direito à Vida no Brasil para a identificação da forma jurídica procedimental</i>	35
3	AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E A RESOLUÇÃO Nº 1.995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA	46
3.1	A identificação interna das Diretivas Antecipadas de Vontade: âmbito geral	47
3.2	A identificação externa das Diretivas Antecipadas de Vontade junto à realidade brasileira	57
<i>3.2.1</i>	<i>Pressupostos das Diretivas Antecipadas de Vontade no Brasil</i>	57
<i>3.2.2</i>	<i>Justificativas das Diretivas Antecipadas de Vontade no Brasil</i>	63
<i>3.2.3</i>	<i>O regramento específico dispensado às Diretivas Antecipadas de Vontade no Brasil</i>	67
3.3	A Perspectiva Prática do Modelo Brasileiro de Diretivas Antecipadas de Vontade: Estudo de Caso Paradigma e Análise de Controvérsias	72
<i>3.3.1</i>	<i>Análise da Ação Civil Pública nº 0001039-86.2013.8.06.4.01.3500</i>	73
<i>3.3.2</i>	<i>Análise das controvérsias existentes na Ação Civil Pública</i>	78
4	AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO INSTRUMENTO DE RESPOSTA DO DIREITO ÀS TENSÕES DECORRENTES DO PLURALISMO CULTURAL	84
4.1	As Diretivas Antecipadas de Vontade em correspondência com o Pluralismo Cultural	86
4.2	O Direito à Vida em análise conjunta com as Diretivas Antecipadas de Vontade	98
4.3	As Diretivas Antecipadas de Vontade como resposta do Direito ao dissenso conteudístico: limitações de validade e coerência	111
5	CONCLUSÃO	121
	REFERÊNCIAS	123

1 INTRODUÇÃO

A vida é fenômeno complexo que serve de pressuposto base, seja de partida, seja de desenvolvimento, da realidade social e do conhecimento humano. Sua centralidade não foge do campo de atuação do Direito e de outras ciências, sendo delineada e traduzida de acordo com a forma de atuação de cada uma delas.

O Direito detém relação próxima com essa temática, já que este é ferramenta de estabilização e manutenção da convivência humana em sociedade, motivo pelo qual não pode evitar de tratar desse fenômeno.

De fato, por ser um fato comum e indistinto à existência humana, a vida comporta diversas facetas no tecido social contemporâneo. Isso porque a individualidade e o pluralismo cultural são marcas e estímulos da pós-modernidade. Resulta disso a emergência de diversas perspectivas do que seria vida, dos seus desdobramentos individuais e coletivos, podendo eles serem convergentes em algumas circunstâncias, mas - em outras - divergentes, formando, portanto, um dissenso estrutural.

Esse dissenso forma uma tensão junto à sociedade, de modo que ele institui um desafio ao Direito acerca de como comportá-lo para cumprir aquele seu desiderato de regulação social. Assim, surge a seguinte pergunta: com foco no direito à vida e na sociedade brasileira, como o Direito pode responder ao desafio decorrente da multiculturalidade contemporânea? A forma de resposta jurídica selecionada parte da ótica procedimentalista, com fundamento no consenso procedimental em conjunto com a manutenção do dissenso material conteudístico decorrente do pluralismo.

Nesse contexto, observam-se as Diretivas Antecipadas de Vontade como resposta a esse desafio, uma vez elas que instauram um procedimento jurídico aberto – ou neutro¹ - possível de acomodar diferentes perspectivas. E isso, especialmente, porque o principal afetado é o seu usuário e podem por ele ser adaptadas para garantir juridicidade aos seus desígnios e à sua subjetividade, a qual, por sua vez, é afetada por sua perspectiva cultural, inclusive quanto ao direito à vida.

O presente estudo investiga a validade dessa resposta ao desafio imposto ao Direito pela multiculturalidade hodierna mediante uma pesquisa básica de abordagem quantitativa e qualitativa que faz uso do método hipotético-dedutivo aplicado junto a referenciais teóricos

¹ Menciona-se neutro em substituição a aberto em alguns momentos no decorrer do presente trabalho. Porém, compreende-se que não são sinônimos perfeitos, bem como que neutro não é uma característica possível ao Direito. É que, também como demonstrado a seguir, as prescrições normativas sempre estão aglutinadas a uma perspectiva material acerca da realidade que condiciona seus limites, possibilidades, eficácia e efetividade, seja objetivamente, seja subjetivamente.

atinentes ao tema, que, em sua maioria, são Marcelo Neves e Luciana Dadalto. O trabalho foi elaborado via uma construção interdisciplinar e desenvolvido a partir de fontes bibliográficas e documentais conferidas diretamente, estando centrado no método de investigação monográfico.

A dissertação resultante está distribuída em cinco capítulos e trata de três elementos básicos: a Pluralidade Cultural; o Direito à Vida e as Diretivas Antecipadas de Vontade. E os referidos elementos serão tratados em correlações com a realidade brasileira.

O primeiro capítulo – que é o presente - tem como finalidade a introdução do tema, abordando a sua delimitação, problematização, justificativa, objetivos e a metodologia utilizada em cada um dos capítulos, bem como nesta pesquisa em geral.

O segundo capítulo trata de caracterizar, em momento inicial, as circunstâncias fáticas sociais da contemporaneidade para que seja possibilitado caracterizar dois dos três elementos básicos do presente trabalho: a Pluralidade Cultural, como elemento estrutural da sociedade hodierna; e o Direito à Vida, analisando elementos em duas vertentes, as quais são antecedente - que é relativo ao fato que esse direito objetiva cuidar (no caso, a vida) mediante uma breve evolução histórica – e consequente – concernente ao próprio direito em si, com atenção ao que se pesquisou na parte antecedente, àquela pluralidade e aos seus contornos específicos no direito brasileiro.

Ao fim desse capítulo, é possível demonstrar como se dá a identificação do terceiro elemento da presente pesquisa, a partir das características necessárias para uma forma jurídica que seja apta a responder o desafio jurídico decorrente da multiculturalidade a partir do direito à vida. Como hipótese, são indicadas as Diretivas Antecipadas de Vontade, estas analisadas no próximo capítulo.

A metodologia para esse capítulo está estruturada em uma abordagem qualitativa, fundada no método dedutivo aplicado junto aos paradigmas apresentados pelos referenciais doutrinários e desenvolvida a partir de fontes bibliográficas e documentais conferidas diretamente. O referencial teórico utilizado será variado, pois aborda-se – principalmente, nesta parte - temas que interseccionam os campos sociológico, antropológico, filosófico e, principalmente, jurídico. Em razão disso, o principal referencial dessa segunda parte é Marcelo Neves, principalmente na sua pesquisa quanto à estruturação social com base na teoria dos sistemas e quanto à realidade dos sistemas sociais brasileiros.

O terceiro capítulo tem como foco as Diretivas Antecipadas de Vontade. Para cuidar disso em convergência com o exposto no capítulo anterior e com os objetivos do presente trabalho, efetiva-se exposição geral das Diretivas Antecipadas de Vontade, sua estrutura

teórica, características e modalidades, ao mesmo passo em que será efetivada uma sistematização conceitual a fim de delinear sua configuração de instituto.

Em seguida, mas ainda nessa repartição do texto, analisa-se o tratamento das diretivas na ordem jurídica brasileira. Isso é realizado com a atenção de dar relevância aos seus aspectos pressupostos, suas justificativas e o regramento específico deles no Brasil - em âmbito normativo e no aspecto judicial -, com vistas, sobretudo, aos seus elementos técnico-jurídicos.

A perquirição desses elementos é sucedida pela análise da Ação Civil Pública 0001039-86.2013.4.01.3500, a qual serve de caso representativo. Esse processo consubstancia, primordialmente, o confronto de posicionamentos mais relevante acerca as Diretivas Antecipadas judicialmente a nível de coerência com o Direito brasileiro. Por fim, efetiva-se análise dessa ação judicial junto ao contexto por ela tocado e proposto, ressaltando tanto controvérsias quanto congruências do que se discutiu nela, de forma a se trazer maior concretude ao estudo.

Para esse mesmo terceiro capítulo, houve utilização de uma abordagem qualitativa e quantitativa, já que, no desenvolvimento do tema, são utilizados dados estatísticos que demonstram a relevância e a necessidade do instituto. Ademais, isso foi viabilizado mediante o método dedutivo também junto aos paradigmas dos referenciais teóricos da seção anterior do texto e examinado com base em fontes bibliográficas e documentais conferidas diretamente.

O principal referencial teórico utilizado nesse capítulo é de cunho jurídico, perpassando o direito constitucional, o direito civil e o biodireito, com remissões esporádicas às concepções científicas presentes no capítulo anterior. As pesquisas e escritos de Luciana Dadalto serão utilizados para o desenvolvimento dessa parte do trabalho, pois ela desenvolve pesquisas sobre o tema de Diretivas Antecipadas de Vontade no Brasil.

O quarto capítulo é construído de maneira a formar uma síntese do presente trabalho, constituindo-se para validar a hipótese tida no segundo capítulo. Ou seja, seu escopo é verificar se as Diretivas Antecipadas de Vontade reúnem os elementos e atendem às condições impostas para que possam ser admitidas como resposta ao desafio jurídico da multiculturalidade, sobretudo, de maneira coerente com o sistema jurídico brasileiro. Desse modo, seu objetivo é certificar a hipótese indicada no segundo capítulo com as características dela expostas na terceira parte da dissertação.

Assim, converge os três elementos principais do presente trabalho – novamente, Pluralismo Cultural, Direito à Vida e Diretivas Antecipadas de Vontade -, trabalhando-os

simultaneamente. De modo inicial, verificam-se as suas características em confronto ao dissenso estrutural da sociedade contemporânea, enfocando-se a realidade brasileira, adicionando-se a isso os modelos teóricos desenvolvidos por Marcelo Neves. Em segundo momento, é realizada demonstração sobre como elas se adequam às plurais possibilidades antecedentes e consequentes de exercício do direito à vida. O resultado disso é indicado na forma de simetrias que explicitam a conciliação, correspondência e consistência daquela hipótese.

Por fim, é realizada abordagem nesse mesmo quarto capítulo sobre como e por quais motivos as diretivas antecipadas contribuem como resposta para o desafio disposto ao Direito pelo Pluralismo Cultural. Ou seja, se elas podem ser ferramentas conciliação da tensão social acerca do direito à vida, inclusive, na sociedade brasileira. Essa última abordagem se concretiza pela análise conjunta entre Pluralismo Cultural, Direito à Vida e Diretivas Antecipadas de Vontade, delineando-se convergências no patamar de simetrias que revelam sua compatibilidade, além dos limites teóricos de sua utilização como meio do Direito de melhor correspondência aos parâmetros jurídicos e sociais contemporâneos.

Nessa parte do texto, foi empregado o método dedutivo junto aos referenciais utilizados, fazendo-se uma abordagem qualitativa e quantitativa, com remissões às concepções científicas de capítulos anteriores, a fim de que se possa demonstrar a validação da hipótese de solução à pergunta central deste trabalho. Para tanto, foram aproveitadas fontes documentais e bibliográficas conferidas diretamente. Os referenciais teóricos são comuns aos três elementos principais deste trabalho, com constante utilização de Marcelo Neves e Luciana Dadalto, além de outros afetos aos campos jurídico, filosófico, sociológico e antropológico.

O último capítulo serve de encerramento estrutural da dissertação, demonstrando não apenas o percurso da pesquisa desenvolvida, mas as conclusões acerca da validade da hipótese indicada como resposta à sua pergunta central.

2 UMA POSSÍVEL RESPOSTA PARA A TENSÃO DECORRENTE DO PLURALISMO CULTURAL NA SOCIEDADE BRASILEIRA EM RELAÇÃO AO DIREITO À VIDA

A convivência humana passou por diversas transformações durante toda a sua história, tendo se estabelecido mediante parâmetros de organização diversos, desde formas tribais até estruturas sociais complexas.

Hoje, na pós-modernidade, a sociedade se encontra em um estado de culminação das modificações dos padrões de convivência coletiva. Rui Nunes² desenvolve essa observação afirmando que “[...] a cultura humana pós-moderna caracteriza-se por determinados contornos que a distinguem de outros modelos culturais, predominantes até o século passado”. E aprofunda esse entendimento aduzindo que “[...] essa sociedade encontra na diversidade de opinião e na pluralidade ideológica, cultural e religiosa o seu eixo vertebral e o fundamento das instituições que lhe servem de suporte”³.

Ou seja, a marca distintiva da sociedade contemporânea é sua estruturação e organização, dentro de um contexto cultural de pluralidade, a partir de uma diversidade ontológica, linguística e pragmática das várias ordens que a compõem. Isso é tanto reflexo quanto origem de si própria, uma vez que a prática cultural, segundo o parâmetro clássico de Stuart Hall⁴, perpassa a noção de sociedade como elemento necessário e constitutivo dela. Assim, é possível delinear que a sociedade hodierna detém um marco axiológico específico, o qual é centrado em uma variabilidade cultural que condiciona diferenciados padrões de ação dentro da realidade humana.

A diversidade inerente à estrutura social contemporânea é contextualizada e retratada por Niklas Luhmann. Este autor explicita o movimento de diferenciação constante da sociedade durante o processo histórico humano⁵. Com base nisso, verifica-se uma crescente complexidade social decorrente do desenvolvimento específico dos setores que a constituem, os quais começam a deter autonomia e a se diferenciar dos demais, mantendo-se por meio de uma lógica de funcionamento e de racionalidade próprias.

² NUNES, Rui. **Diretivas antecipadas de vontade**. Brasília: CFM / Faculdade de Medicina da Universidade do Porto-Portugal, 2016, p. 13.

³ NUNES, loc. cit.

⁴ HALL, S. A centralidade da cultura: notas sobre as revoluções culturais do nosso tempo. **Educação e Realidade**, Porto Alegre, n. 2, v. 22, 1997, p. 22.

⁵ NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o estado de direito. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 37, p. 93-106, 1997, p. 93-94.

A própria sociedade é formada por essa diversidade relacionada com a diferenciação e, concomitantemente, ela estrutura um dissenso intrínseco que se torna sua característica. Conforme Marcelo Neves, o dissenso é, por sua vez, forma estrutural da sociedade contemporânea em razão da diversidade cultural e da fragmentação moral que dela provêm, sendo o cotidiano da ordem social a coexistência coletiva de valores e interesses de uma diversidade incontável e contraditória⁶.

Para Neves⁷, a sociedade brasileira compartilha desse marco de diferenciação setorial na composição de um sistema social. Porém, o desenvolvimento e o estabelecimento disso se fazem de uma maneira específica, que é na forma de “uma complexidade desestruturada e desestruturante”, sendo configuração social hipercomplexa⁸.

Assim, nelas, o princípio da diferenciação, a autonomia e a autorreferência não se efetivaram de forma suficiente⁹. Isso gera problemas de coexistência das várias esferas sociais, prejudicando a integração sistêmica e a inclusão social de diversas parcelas da população, além de formas destrutivas dos sistemas consigo e com outros, embora seja necessária a manutenção do pluralismo que forma o dissenso social¹⁰. E essa verificação de caracteres da sociedade brasileira e de outras latino-americanas – ou periféricas - trazem novas considerações à teoria de Luhmann¹¹.

Desse modo, a realidade brasileira se constitui com base nessa complexidade, sendo também composta por esse pluralismo. Ou seja, o País compartilha daquele marco axiológico que serve de base para a caracterização e estruturação da convivência em coletividade coerente com as peculiaridades da pós-modernidade.

Esse marco é composto pela diversidade ideológica, o que resulta em duas vertentes logicamente derivadas desta: inexistência de uma visão singular sobre os fenômenos atinentes à existência e à atuação do ser humano; e na inexistência de uma constatação unificada do bem individual. Isso se explica por aquela fragmentação – ou diferenciação – social.

E isto apresenta consequências junto à autodeterminação da pessoa, uma vez que ela é sedimentada no meio em que ela vive a partir de seu horizonte moral e cultural. Sendo o meio profícuo em variabilidade, por conseguinte, há pluralidade de visões projetadas nas condutas

⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 123-125; 127-129.

⁷ Ibid., p. 244-258.

⁸ Ibid., p. 238.

⁹ Ibid., p. 236-237.

¹⁰ Ibid., p. 238-239.

¹¹ Empregou-se aqui uma redução da teoria sistêmica conforme desenvolvida por Marcelo Neves, uma vez que a exploração e desenvolvimento total de seu pensamento destoariam das finalidades específicas do presente trabalho.

e ideais humanos, particulares ou coletivos, do que não são exceções o Direito e as concepções de vida.

2.1 O direito em interface com o Pluralismo Cultural

Boaventura de Sousa Santos¹² estabelece premissas básicas que evidenciam, atualmente, o embate de diversidade cultural acerca das concepções e práticas de direitos do mundo atual. Dentre elas, destacam-se as seguintes: as culturas detêm versões diferentes dos fundamentos e valores inerentes a cada uma delas; elas se julgam completas a ponto de rechaçar os ideais de outras; e elas dividem a coletividade em grupos baseados em princípios contrários – igualdade e diferença¹³.

Essas premissas demonstram que há tensão inerente à diversidade cultural na realidade social hodierna. Ante isso, é evidente que o Poder Público, através do Direito – da ordem jurídica -, tem como tarefa tratar o desequilíbrio interno à coletividade e buscar o equilíbrio social, para que seja viabilizada a convivência humana organizada.

Sobretudo, deve-se destacar que o pluralismo impõe esse dever de uma forma qualificada, sendo, por isso, a função do direito fomentar e propiciar que “[...] todos os valores, interesses e expectativas possam apresentar-se livre e igualmente no âmbito dos procedimentos políticos e jurídicos”¹⁴.

Essa conjuntura geral permite constatar que o Direito à Vida é forma jurídica não destoante dessa conclusão. Aliás, a sua própria concretização e possibilidade de exercício são condicionadas pela perspectiva internalizada tanto em uma ordem individual quanto em uma ordem coletiva – na vertente do presente trabalho, jurídica.

Contudo, a depender do aspecto particular ou coletivo que se enfoca na análise de uma forma jurídica específica, haverá distorções internas a ela - dentro seu próprio campo de significações - e externas a ela, em razão de sua correlação com outros direitos¹⁵. Isso afeta as suas possibilidades de exercício.

¹² SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 39, 1997, p. 112-115.

¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa, loc. cit.

¹⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 132.

¹⁵ Tal constatação foi estudada e desenvolvida pelo autor em oportunidade anterior, na qual se verificaram as interações específicas entre símbolos linguísticos no ramo jurídico com alta carga de abstração e semântica, no caso, vida e dignidade. As interações específicas entre esses centros de irradiação do conhecimento e da práxis jurídica refletem tanto uma conformidade social a favor de uma multiplicidade de condutas quanto contra outras formas de agir junto à coletividade (cf. ALFEU, Breno Silveira Moura. **Dignidade e vida como núcleos vetores de criação de relações jurídicas: consequências aplicáveis às práticas de ortotanásia**. 2017. Monografia (graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017).

Efetivamente, tal constatação parte de uma simples premissa. A ordem jurídica não somente é influenciada por uma conjuntura cultural, mas é por ela constituída, embora não exclusivamente, uma vez que há outros elementos¹⁶. Perquirindo esse pressuposto, Miguel Reale concluiu haver não apenas o caráter lógico da norma jurídica, mas também de uma vertente axiológica implicitamente contida na prescrição objetiva e mantida – ou controvertida – pela subjetividade individual¹⁷.

Existe, assim, um condicionamento às formas de expressão de um direito – ou de sua própria compreensão – a partir de um horizonte específico, especialmente o cultural. Além disso, esse condicionamento é apurado no decorrer das eras, estabelecendo uma historicidade específica de cada concepção linguística e, consecutivamente, jurídica¹⁸.

Uma breve incursão acerca da história semântica inerente à concepção de vida confirma isso junto à variabilidade e às possibilidades de exercício do Direito à Vida. Na era moderna, ocorre a secularização do conhecimento humano, de forma que se rompe com diversas bases religiosas¹⁹. Disso surge autonomia para uma compreensão de vida afastada de sua sacralidade divina – que, primordialmente, era tanto defendida no oriente quanto no ocidente em razão das práticas de fé²⁰ – e mais arraigada na sua cientificidade, seja decorrente do conhecimento as ciências da natureza, seja pelo saber das ciências sociais e antropológicas²¹.

Nesse contexto, o Direito à Vida se apresentava de maneira conjugada a outros direitos tidos como necessários à humanidade – por exemplo, liberdade -, motivo pelo qual não lhe tinha sido dispensada maior atenção²². Porém, isso ainda influenciou modificação de

¹⁶ REALE, Miguel. Fundamentos da concepção tridimensional do direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 56, n. 2, p. 66-87, 1961, p. 75.

¹⁷ REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 269-270.

¹⁸ KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, jul./dez., 1992, p. 134 – 142.

¹⁹ RANQUETAT JÚNIOR, César A. Laicidade, laicismo e secularização: definindo e esclarecendo conceitos. **Revista Sociais e Humanas**. Santa Maria, v. 21, n. 1, p. 67-75, 2008, p. 2 – 4.

²⁰ RECKZIEGEL, Janaína; CONINCK, Beatriz Coninck Bauermann. A afirmação histórica da proteção da vida humana. **Revista do direito da UNISC**, v. 2, n. 46, p. 34-62, 2015, p. 37-38; 38-40; 48.

²¹ Tal afirmação faz menção às noções sobre vida - ainda que com o tom metafísico, mesmo que tenha sido este tenha sido mitigado nos séculos XVII e XVIII – como uma manifestação que era observada mediante três visões distintas: Vitalismo, Organicismo e Mecanicismo. E a concepção mecanicista é a que encontra prevalência nos mencionados séculos até, de fato, o conhecimento humano se manifestar pelas ciências biológicas no século XIX (cf. ALFEU, Breno Silveira Moura. **Dignidade e vida como núcleos vetores de criação de relações jurídicas: consequências aplicáveis às práticas de ortotanásia**. 2017. Monografia (graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017, p. 47-51).

²² RECKZIEGEL, Janaína; CONINCK, Beatriz Coninck Bauermann. A afirmação histórica da proteção da vida humana. **Revista do direito da UNISC**, v. 2, n. 46, p. 34-62, 2015, p. 43.

práticas públicas comuns em prol de um maior respeito à vida, posto que isso decorria daqueles outros direitos²³.

Ou seja, seu exercício ocorria de forma negativa, já que era realizado pela efetivação do respeito ao direito por toda a sociedade, como uma forma de garantia mínima e coletiva, mesmo que tal proteção pudesse ser relativizada em prol da manutenção do Estado, da Lei e da ordem social²⁴.

Posteriormente, a partir do século XX, com a alta produção das convenções e declarações internacionais nos períodos pós-guerras mundiais, surge modificação sobre os contornos do direito à vida, proibindo-se ameaças a ele em uma medida diversa, pois vedado ameaçá-lo de forma arbitrária e afetar os demais direitos humanos (ou direitos fundamentais)²⁵. Compreende-se que a vida ultrapassa o significado meramente biológico, para além daquela vertente negativa, pois, desse período até a contemporaneidade, observa-se o surgimento e crescente sedimentação de uma vertente positiva, o que tem esteio à necessidade de proteção do ser humano e de suas potencialidades, como demonstram Agamben, Nietzsche e Ortega y Gasset²⁶.

Isso delinea uma vertente positiva. E ela é correspondente à marca estrutural da sociedade atual – bem como do direito contemporâneo –, a qual é a pluralidade cultural. Essa perspectiva traz consigo uma peculiar indeterminação para o exercício do direito à vida. É que o caráter cultural influencia a constituição da prescrição objetiva da norma jurídica e a realização de sua eficácia por causa da subjetividade do indivíduo²⁷ que por ela será afetado. Em razão disso, a própria organização social e as condutas individuais são modificadas.

²³ De fato, uma das mudanças que se pode mencionar está no preterimento das execuções públicas, que eram tidas como espetáculos de mortes lentas e agonizantes, para um formato mais objetivo de pena de morte por guilhotina, a fim de que se aplicasse a lei sem sofrimento prolongado (cf. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramallete. 27 ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 16-17).

²⁴ Utiliza-se essa expressão em razão do fato de que, nesse período, era admitida uma proteção relativa à vida, dispensando-se a sua inviolabilidade, ainda que sua salvaguarda fosse necessária para não tornar vazio o contrato social defendido àquela época. Como afirma Rousseau, ocasiões extremas tornavam inviável a sua manutenção, sendo um fim utilitarista que determinava a relativização dessa sacralidade vital (cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios do direito político**. Tradução Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 43-45; ISHAY, Micheline. **The history of human rights: from ancient times to the globalization era**. London: University of California Press Ltd., 2003, p. 85).

²⁵ RECKZIEGEL, Janaína; CONINCK, Beatriz Coninck Bauermann. A afirmação histórica da proteção da vida humana. **Revista do direito da UNISC**, v. 2, n. 46, p. 34-62, 2015, p. 48-49; 51-52.

²⁶ ALFEU, Breno Silveira Moura. **Dignidade e vida como núcleos vetores de criação de relações jurídicas: consequências aplicáveis às práticas de ortotanásia**. 2017. Monografia (graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017, p. 51-54.

²⁷ Nesse ponto, ainda deve-se relembrar que a moral de um indivíduo é influenciada pelo ambiente cultural ao qual ele está inserido, não se podendo negar, ao mesmo tempo, que essa influência não é absoluta, uma vez que outros fatores também exercem influência, inclusive para a constituição do direito e da realização dele no meio social (cf. REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 270-271).

Diante desse panorama, conclui-se haver uma indeterminação inerente ao ambiente social para o direito à vida.

No âmbito do pluralismo cultural, essa indeterminação resulta, com base no exposto, da incomensurabilidade de perspectivas dos indivíduos, o que é um problema a ser enfrentado pelo direito²⁸. Thomas Kuhn realizou a observação desse problema ao constar que, durante a evolução da ciência²⁹, é recorrente tanto a diversidade de paradigmas científicos quanto as questões conexas a eles, os problemas que eles buscam resolver e as definições que tratam e trazem consigo³⁰.

Para esse autor, a incomensurabilidade de padrões teóricos envolve mais do que uma simples substituição de um modelo de pensamento por outro, mas sim atualização conceitual, incorporação de novos elementos linguísticos e epistemológicos³¹. O conhecimento científico – e a formulação de novos paradigmas – é condicionado pelas perspectivas de seus proponentes, de forma que é possível que cientistas observem o mesmo fenômeno, mas os percebam de modos diferentes, principalmente quando se fala de diferentes áreas do conhecimento³².

As observações realizadas por Kuhn também possível são constatadas na dinâmica dos sistemas sociais contemporâneos. Isso é afirmado por Marcelo Neves³³ ao apontar para o fato de que a incomensurabilidade se apresenta nos sistemas sociais, inclusive no sistema jurídico, já que ela se relaciona à diversidade de perspectivas sobre um mesmo aspecto da realidade decorrente da diferenciação sistêmica existente socialmente. Isso representa um problema que vai além e envolve também conexões complexas de comunicação, uma vez que o direito também trata de expectativas normativas da diversidade de esferas sociais diferenciadas, para as quais há variados significados e valores, que podem tanto convergir quanto divergir³⁴.

De fato, o Direito é um dos sistemas que compõem a sociedade, sendo afetado pela incomensurabilidade tanto que sua lógica interna a respeito de um elemento que o compõe pode ser alterada para validá-lo ou não a depender da sua comunicação eventual com os outros sistemas.

²⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 148-149.

²⁹ Refere-se aqui à ciência como sinônimo de conhecimento científico.

³⁰ KUHN, Thomas S. **The structure of scientific revolutions**. 2 ed. Chicago: University of Chicago Press, 1996, p. 148.

³¹ Ibid., p. 149.

³² Ibid., p. 150.

³³ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 149.

³⁴ Ibid., p. 149-150.

Ao Direito à Vida isso se aplica. Porém, em razão da pluralidade que constitui a sociedade, as formas de como a eficácia desse direito podem se manifestar provavelmente será desarmoniosa, gerando, inclusive, uma tensão que afeta a efetividade das normas jurídicas sobre um determinado tema. E isso porque é óbvia a observação de que a diversidade cultural resulta em variação de significados, importância e perspectivas acerca da forma de exercício de um direito, que podem ou não serem correspondentes, convergentes ou divergentes.

Desse modo, é desafio do Direito estruturar o seu funcionamento em face do pluralismo, o qual origina incomensurabilidade e tensão na realidade humana, pois é elemento integrante da sociedade. Isso também é desafio do Poder Público, já que ele é a entidade à qual foi atribuída a função de viabilizar – mesmo que minimamente – a ordem social.

Como possíveis respostas a esse desafio, surgem *praxis* públicas de enfrentamento daquela problemática proveniente do pluralismo social. Exemplos disso são o liberalismo igualitário e o multiculturalismo.

O primeiro é estruturação pública, jurídica e política em que a sociedade se compromete a garantir direitos básicos iguais e parcelas equitativas dos recursos sociais - os quais são escassos - a todos os seus membros³⁵. Colimando isso, a sociedade erige estrutura institucional para possibilitar uma realidade em que há direitos e oportunidades sem distinção entre os indivíduos – não sendo permitido a sua utilização para impor uma forma de vida, o que privilegia a liberdade de associação -, enquanto estes devem decidir os rumos de suas vidas com aqueles recursos, benefícios e deveres dispostos a si³⁶.

Aquele segundo, multiculturalismo, é posicionamento que observa diferenças culturais e propõe defesa dos grupos minoritários no ambiente social³⁷. É possível determinar no seu cerne duas proposições centrais de contraposição àquele liberalismo: as minorias não demandam apenas igualdade e liberdade de associação para se manterem, mas requerem sim reconhecimento público de suas identidades para serem tratados de acordo com as suas diferenças culturais³⁸; e o liberalismo igualitário instaura uma ordem social discriminatória e supressora de maneira inconsciente e sutil³⁹.

O multiculturalismo pode ser identificado como uma objeção ao liberalismo igualitário, tendo em vista que aponta suas falhas e promove contraposição argumentativa

³⁵ VITA, Álvaro de. Liberalismo igualitário e multiculturalismo. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 55-56, p. 5 – 27, 2002, p. 5-6.

³⁶ RAWLS, John. **A theory of justice: revised edition**. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 4 - 7.

³⁷ TAYLOR, Charles. **Politics of recognition**. New Jersey: Princeton University Press, 1994, p. 27.

³⁸ VITA, Álvaro de. Liberalismo igualitário e multiculturalismo. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 55-56, p. 5 – 27, 2002, p. 7.

³⁹ TAYLOR, Charles. **Politics of recognition**. New Jersey: Princeton University Press, 1994, p. 43.

ante seus fundamentos. Conforme Brian Barry evidencia, o multiculturalismo pode ser entendido em duas vertentes, uma descrição de um estado de coisas (descritivo) e outra ideológica e normativa (prescritivo).

A vertente descritiva corresponde ao significado de pluralismo cultural, o qual reflete a realidade em que a diversidade se tornou um atributo próprio da sociedade hodierna⁴⁰. A vertente prescritiva implica em transposição do multiculturalismo ao ramo político e institucional⁴¹.

O multiculturalismo traz, contudo, falhas que prejudicam a própria estabilidade social, pois: propicia uma forma de atuação pública que acentua uma coletividade e não os indivíduos⁴²; e não detém base unificada para o que significa cultura, ou mesmo minoria cultural, sendo as concepções dela por ele constituídas ou muito abrangentes ou muito restritas⁴³.

Enfocar uma atuação pública, política e normativa baseando-se em reconhecimento de direitos a um grupo específico traz duas consequências à sociedade. Uma delas é acentuar delimitação de grupos, diferenciando-os de outros, o que estimula desentendimento e conflito⁴⁴. Ou seja, para reforçar o reconhecimento de grupos, deve-se verificar os membros por características comuns a eles e diferentes dos outros membros da sociedade, embora houvesse a possibilidade evidenciar o que todos os membros da sociedade têm em comum.

A outra delas é prezar pela homogeneidade dentro do grupo. Isso significa manter sua coesão mediante normas que reforcem a sua existência em face de outros grupos e salvaguardando a adesão por parte de seus membros, constituindo normas de conformidade indispensáveis e obrigatórias, ao contrário de uma voluntariedade necessária no liberalismo igualitário⁴⁵. E ambas as consequências referidas afetam, segundo liberais igualitários, como Barry, uma estabilidade social consistente.

Ante essas duas formas de atuação do Poder Público como resposta ao desafio decorrente do pluralismo cultural na sociedade, o plano jurídico recebe reflexos diretos, originando institutos com inclinação em favor de uma única perspectiva ou de várias. Contudo, ao fazer isso, desprestigia-se uma perspectiva diferente, o que causa, novamente, uma tensão social decorrente da incomensurabilidade.

⁴⁰ BARRY, Brian. **Culture and Equality: an egalitarian critique of multiculturalism**. Cambridge: Polity Press, 2001, p. 22.

⁴¹ BARRY, Brian. *Loc. cit.*

⁴² *Ibid.*, p. 113-114.

⁴³ *Ibid.*, p. 114-115; 305-306.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 300-302.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 149-152.

As divergências - e a impossibilidade de mitigação dessa tensão – de âmbito particular ou coletivo encontram substrato para sua continuidade na fundamentação de qualquer forma de atuação em uma perspectiva material – ou substancial. O que se observa, em função disso, é uma tensão constante entre perspectivas de mundo, porque a escolha de um viés específico é necessária para a orientação das ações tanto do Poder Público quanto do indivíduo.

O direito à vida também se encontra afetado por esse estado de coisas, já que a incomensurabilidade de perspectivas e expectativas normativas dos indivíduos que compõem a coletividade dão ensejo à idealização de plúrimos contornos e conformações jurídicas. E isso permite considerações diversas sobre os limites de proteção desse direito e de satisfação das prerrogativas e obrigações que exsurtem dele. As percepções acerca disso variam em razão da subjetividade que se busca orientar pela norma objetiva, mas também pela mudança no próprio indivíduo – que é influenciado pelo ambiente cultural em que está inserido – durante a época em que ele existe. E isso ressalta os contornos do marco básico da sociedade contemporânea.

O pluralismo gera, portanto, a necessidade de uma atuação pública que busca formas políticas, institucionais e jurídicas mais adequadas às exigências de uma sociedade justa, diversificada e igualitária. Consoante os exemplos já expostos, os padrões de práxis pública se proliferam no sentido de ou dar preferência à liberdade individual, em moldes igualitários, sinérgica à autonomia de associação, ou para o fortalecimento de coletividades em prol de reconhecimento público e de manutenção de sua existência junto a outras coletividades possivelmente opostas.

Nesse quadro contextual em relação à sociedade hodierna e ao direito à vida, o que se observa é a constituição de um desafio. Como se possibilitar a estabilização da realidade social em face do pluralismo cultural contemporâneo?

Tratar de estabilização e manutenção da existência humana em sociedade demanda considerar o plano jurídico da realidade do ser humano – sem prejuízo de outros campos, como a política. Portanto, viabilizar o plano social em um ambiente de constante e iterativa tensão originada pela diversidade cultural e o dissenso dela proveniente é desafio iminente ao Direito⁴⁶.

É necessário atentar para a causa comum da aludida tensão, a qual é o confronto de perspectivas substanciais – ou materiais - que formam o dissenso inerente à realidade social.

⁴⁶ E aqui se menciona “viabilizar” por se objetivar a abrangência do direito como elemento correspondente e, hoje, indissociável da organização social, constituindo uma permanente simbiose. A razão disso está presente no fato de que ele participa tanto da estabilização e manutenção da ordem social, quanto da sua mudança, produzindo – e sendo produzido por eles - desde elementos estruturais até fatores e agentes institucionais.

Disso se infere que, para o Direito ter possibilidade de enfrentar, responder e superar esse desafio, deve ser estabelecida uma forma normativa que comporte essas tensões e se adeque a elas. O que também exige comportar e se adequar às possibilidades do direito à vida.

Ao abordar essa questão e as condições contemporâneas aludidas, Marcelo Neves afirma que, em contraposição ao consenso social defendido por Habermas, não há como se concretizar uma orientação conteudística integralmente válida para efetivar o consenso, já que essa tendência simplificadora contraria a complexidade social⁴⁷. Buscar um consenso a partir de um conteúdo – perspectiva substancial ou material - difusamente válido a todas as esferas de subjetividade é contrariar a própria estrutura social e fomentar sua desestabilização. Logo, isso é contrário à finalidade do direito.

Se ineficiente produzir um consenso material, necessário é, portanto, manter o dissenso material e a própria pluralidade social. No entanto, essa manutenção pura e simples não pode ocorrer de forma desordenada ou desorganizada, sendo o papel do Direito isto evitar. Impõe-se, desse modo, um consenso procedimental para comportar essa pluralidade contemporânea, o que viabiliza e promove a coexistência das diferenças e a intermediação do dissenso estrutural⁴⁸. Essa possibilidade é conveniente, já que tanto evitaria os perigos decorrentes do consenso - pois absorve a pluralidade - quanto permite a identificação de uma forma jurídica que correspondesse a ela.

O parâmetro procedimental básico de estruturação da atuação do Poder Público mediante o plano jurídico, para a continuidade da convivência em coletividade, pauta-se no “[...] respeito às divergências quanto a valores e interesses que se exprimem nos diversos grupos e circulam nos vários âmbitos autônomos de comunicação”⁴⁹. Com base nisso, é possível conciliar estruturas sociais e reduzir irritação nos sistemas que compõem a sociedade.

Isso demonstra que, para se garantir consistência à sociedade mediante estabilização e manutenção dos elementos que a compõem, é necessário haver um mecanismo que sirva de procedimento de coexistência entre as diversidades existentes na sociedade. Faz-se necessário um mecanismo específico que permita a manifestação das individualidades que formam o pluralismo cultural presente na convivência coletiva.

No âmbito do Direito à Vida, então, deve-se identificar uma forma jurídica apta a permitir externalização, realização e efetivação dos desígnios dos sujeitos participantes da

⁴⁷ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 135-136.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 136; 239.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 128.

pluralidade social, de modo que sua subjetividade seja não somente reconhecida pela ordem jurídica, mas, sim, ativamente exercida.

Esse mecanismo não pode ser centrado em uma perspectiva material conteudística única ou em alguma sobreposição delas, pois não há um padrão comum sobre como se deve ocorrer o exercício do direito à vida. E isso principalmente pela influência não só da fragmentação moral, mas pela perspectiva cultural que a influencia. A proteção de uma perspectiva substancial única provocaria uma irritação sistêmica, posto que resultaria na dominação de uma cultura ou sobreposição de uma pela outra, fortalecendo o dissenso e a tensão social, especialmente pela tendência cultural - com destaque ao mundo ocidental - evidenciada por Boaventura de Sousa⁵⁰. A resposta objetivada não pode ser diferente para a sociedade e para o sistema jurídico brasileiros, pois ambos reúnem diversos dos pressupostos desenvolvidos até o presente momento por compartilharem do marco axiológico exposto inicialmente.

Desse modo, cogita-se viabilizar isso mediante uma forma jurídica aberta que possa comportar qualquer perspectiva possível de ser confrontada por outra e conciliar o dissenso estrutural contemporâneo. Portanto, a ótica teórica que se deve utilizar para perquirir uma resposta correspondente é de vertente procedimentalista⁵¹.

Assim, o Direito deve constituir um canal de externalização a despeito perspectiva material a fim de que se possa validar uma norma jurídica dentro de uma realidade de pluralismo cultural e mediante deliberação. No entanto, até mesmo essa resposta depende de um pressuposto que existe na atualidade: a existência mínima de uma liberdade social, a qual está presente seja em prol de uma vertente igualitária, seja em favor de uma vertente multicultural.

Para que se possa identificar, a partir disso, uma forma jurídica correspondente a esse procedimento compatível com o pluralismo e com a tensão social acerca do Direito à Vida, deve-se, antes, compreender os contornos conceituais desse mesmo direito.

2.2 O Direito à Vida no plano jurídico brasileiro

⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 39, 1997, p. 112-115.

⁵¹ Procedimentalismo aqui é empregado não no sentido original e objetivamente acentuado no âmbito do direito constitucional e nas decisões atinentes a direitos fundamentais. E sim no significado de que se busca a verificação de uma forma de agir validada objetivamente pelo direito, tal qual uma prática costumeira reconhecida pela legislação e pela jurisprudência.

Evidente a constatação de que direito à vida recebe influência em reflexo às modificações da realidade social em razão da multiplicidade de culturas. Ele não é agente - entidade, ideal ou concepção - externo isolado das influências culturais. Isso porque essa concepção jurídica é atinente ao elemento mais básico da existência humana, a partir do qual a humanidade se origina e desenvolve a sua existência, tanto em consonância com a individualidade de cada pessoa quanto em favor ou em face da coletividade.

A vida - e consequentemente o seu contorno jurídico - é um fenômeno de fundo múltiplo que sofre influências da cultura. Não é apenas uma ideia conexas à função biológica do ser humano, mas sim uma concepção mais abrangente. A historicidade inerente a esse conceito revela essa ampliação, pois ela é submetida a novos desenvolvimentos e revisões, perpassando o campo linguístico, o valorativo e, consequentemente, o jurídico.

A prescrição objetiva da norma de direito e o sistema jurídico realizam, em função disso, uma seleção sistêmica acerca de quais padrões conceituais e significados de um determinado âmbito serão comportados e revestidos pela autoridade estatal⁵². Em relação ao Direito à Vida, não é diferente o funcionamento da atividade jurídica.

No entanto, a estrutura do consenso procedimental que é necessário ao Direito deve salvaguardar uma possibilidade igual de manifestação desses sentidos diferentes, sendo isso impreterível para a manutenção social e estatal⁵³. É que a profusão semântica e o dissenso decorrem da própria diversidade cultural, a qual é parte estrutural, indissociável, da sociedade contemporânea.

Assegurar possibilidades iguais de manifestação dos sentidos atinentes à concepção de vida - as quais derivam da perspectiva cultural e da subjetividade do indivíduo que busca exercê-lo - é essencial ao sistema jurídico, inclusive para garantir uma forma consistente de exercício do direito à vida. Igualmente, a forma jurídica neutra propiciadora do consenso procedimental deve estar em adequação a essa condição inafastável, sendo apta a comportar essa diversidade semântica.

A fim de que se possa realizar identificação da forma jurídica aludida no plano jurídico brasileiro, é fundamental explorar, inicialmente, a concepção de vida. E isso para que se possa estabelecer o universo de variabilidade - mesmo que minimamente ou a título exemplificativo das noções comuns presentes no cotidiano - dessa noção. Mediante essa perquirição, torna-se viável, posteriormente, explicitar os contornos do Direito à Vida no País,

⁵² NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 132.

⁵³ *Ibid.*, p. 132-133.

os quais se originam e são influenciados pela pluralidade de perspectivas originadas daquele universo de variedade conceitual.

Para tanto, é útil, antes, realizar verificação inicial, abordando suas características específicas, seja no âmbito valorativo, seja no âmbito histórico, para retratar aquele universo mínimo de variabilidade, com foco em concepções que, de algum modo, são presentes na atualidade⁵⁴. Após, a mencionada análise posterior de cunho jurídico e atrelada ao Pluralismo Cultural do Direito à Vida no panorama social brasileiro é factível.

2.2.1 Breve análise valorativa e histórica sobre as concepções de vida

Vida é uma concepção que detém desenvolvimento semântico diferenciado e recorrente no decorrer da história humana, sendo sua compreensão diversas vezes atrelada à religião e à espiritualidade (ou oriental, ou ocidental). Todavia, em outras circunstâncias, é desvencilhada delas, o que se pode observar pela secularização e emergência do conhecimento científico.

No ideário oriental⁵⁵, a vida encontra bases de observação a partir do hinduísmo – em que se concebe igualdade entre os seres humanos e não humanos, pois participam de uma realidade coletiva⁵⁶ -, do zoroastrismo, do taoísmo, do budismo, do confucionismo e do islamismo – empregando concepções de sacralidade da vida e fraternidade compatíveis com o cristianismo⁵⁷.

Na religião ocidental, observa-se similar desenvolvimento sobre vida, a qual é dotada de uma sacralidade, não podendo ser ameaçada, consoante influenciou a tradição judaico-cristã⁵⁸. Ela é proveniente de Deus, divindade externa ao ser humano, dotada tanto de concretude por propiciar a existência terrena quanto abstrata por propiciar a salvação da

⁵⁴ Isso é explanado porque uma análise exaustiva tanto foge dos objetivos científicos do presente trabalho quanto torna impossível o seu encerramento. A própria observação da incomensurabilidade confirma esta inviabilidade por causa da infinitude de valores, expectativas e pretensões existentes no âmbito social - do que participa a noção de vida – composto de pluralidade cultural e diversidade de subjetividades e individualidades.

⁵⁵ RECKZIEGEL, Janaína; CONINCK, Beatriz Coninck Bauermann. A afirmação histórica da proteção da vida humana. *Revista do direito da UNISC*, v. 2, n. 46, p. 34-62, 2015, p. 37-38.

⁵⁶ Tal posicionamento é demonstrado na produção bibliográfica de Raimon Panikkar (também conhecido como Raimundo Panikkar ou Raymond Panikkar), uma vez que este autor traz exposições sobre as compreensões ocidentais sobre direitos humanos ao mesmo tempo que realiza integrações e contraposições com base na religião e costumes hindus (cf. PANIKKAR, Raimon. **Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?**. Tradução de Roberto Cataldo Costa e Raimundo Panikkar. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. São Paulo: Editora Renovar, 2004, p. 205-238).

⁵⁷ LAUREN, Paul Gordon. **The evolution of international human rights: visions seen**. 3 ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2013, p 9.

⁵⁸ RECKZIEGEL, Janaína; CONINCK, Beatriz Coninck Bauermann. A afirmação histórica da proteção da vida humana. *Revista do direito da UNISC*, v. 2, n. 46, p. 34-62, 2015, p. 38-39.

morte, seja no antigo, seja no novo testamento⁵⁹. Ao lado disso, há concepções de vida sendo desenvolvidas tanto pelo gnosticismo quanto pelo conhecimento metafísico da filosofia grega. No gnosticismo⁶⁰, que era religião paralela ao cristianismo - após a oficialização desta como credo romano - e que foi desenvolvida sobre bases místicas, detinha uma compreensão semelhante sobre vida. Ela seria a unidade originada juntamente com a *logos*, entidade semelhante à idealização de divindade.

Voltando historicamente para o conhecimento filosófico clássico da Grécia antiga, a filosofia grega apresenta contribuição sobre o que seria vida, mas isso o faz a partir da concepção de Alma, como demonstram Platão e Aristóteles⁶¹. Nesse último filósofo, é que se observa uma compreensão mais objetiva – embora ampla - sobre vida, a qual seria o caractere distintivo do ser animado e do ser inanimado, sendo ela expressa nas várias formas de entender, envelhecer, sentir, comer e descansar⁶².

Na idade média, Tomás de Aquino realiza concepção base sobre vida tomando como base o pensamento aristotélico e a concepção de Alma - convergindo-os em união à crença cristã, divergindo das bases metafísicas iniciais -, delineando vida como algo de capacidade singular que se funda na Alma, pois sobrevive ao falecimento do corpo⁶³.

No período da renascença, a revolução científica traz novas considerações à ideia de vida, embora mantenha alguma base metafísica, originando três linhas conceituais distintas: vitalismo – esta teoria considera vida como uma força vital (ou um fluido), a qual, quando detida por um ser, torna possível classificá-lo como ser vivo, além de estabelecer uma ligação com Deus⁶⁴; organicismo – o qual compreende vida como um conjunto de interações do ser animado em decorrência do desenvolvimento próprio de cada sistema orgânico, sendo que também se vale das noções de Alma e vida de Aristóteles⁶⁵ -; e mecanicismo – que idealiza vida como uma complexidade em funcionamento submetido às leis da natureza, semelhante a

⁵⁹ CORRÊA, André Luís *et al.* Aspectos históricos e filosóficos do conceito de vida: contribuições para o ensino de biologia. **Filosofia e História da Biologia**, v. 3, 2008, p. 24-25.

⁶⁰ COUTINHO, Francisco Ângelo. **Construção de um perfil conceitual de vida**. 2005. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005, p. 53.

⁶¹ ALFEU, Breno Silveira Moura. **Dignidade e vida como núcleos vetores de criação de relações jurídicas: consequências aplicáveis às práticas de ortotanásia**. 2017. Monografia (graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017, p. 45-46.

⁶² ARISTÓTELES. **Sobre a alma**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2010, p.64.

⁶³ CORRÊA, André Luís *et al.* Aspectos históricos e filosóficos do conceito de vida: contribuições para o ensino de biologia. **Filosofia e História da Biologia**, v. 3, 2008, p. 24-25.

⁶⁴ COUTINHO, Francisco Ângelo. **Construção de um perfil conceitual de vida**. 2005. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005, p. 55-56.

⁶⁵Ibid., p. 53.

uma máquina, diferindo das concepções anteriores por ser proveniente de um afastamento da metafísica e da religião e fundada na observação e previsão do mundo natural⁶⁶.

Dessas três linhas, o vitalismo e o mecanicismo se mantêm como principais expoentes acerca das considerações sobre, embora haja prevalência do mecanicismo, o que perdura durante os séculos XVII e XVIII⁶⁷. Consta-se que, nessa época, não há uma autonomia completa ou específica para as concepções de vida, sendo que aproximações teóricas quanto a ela sempre são realizadas mediante auxílio de outras formas de conhecimento, seja teológico ou metafísico, seja da ciência da natureza ou das ciências sociais.

Nesse mesmo período, além das construções conceituais elencadas, há observações sobre o tema junto à investigação antropológica, política e filosófica realizadas por Locke, Smith, Kant, Hume, Rousseau e Espinosa⁶⁸. Estes autores - e outros - aproximam-se e empregam concepções sobre o que seria vida a partir daqueles pressupostos epistêmicos diferentes já relatados, mas associados a temas específicos, como os direitos de todo ser humanos ou a forma de organização estatal⁶⁹. Em exemplo disso, Espinosa trata acerca de vida investigando questões éticas da humanidade, conjugando isso a temáticas de busca pela felicidade, satisfação e plenitude⁷⁰.

A autonomia específica sobre vida começa a surgir no século XIX pelo advento da ciência biológica e da abordagem das questões bioéticas⁷¹. Essa setorização e avanço no campo das ciências da natureza também se encontram em compasso com novas vertentes das ciências sociais. Com efeito, essas novas perspectivas influenciaram abordagens filosóficas mais aprofundadas sobre o tema. Nietzsche apresenta definição de vida como o resultado de embate de um conjunto de forças que atuam internamente ao ser humano, sendo motriz de sua

⁶⁶ Ibid., 59; 62-64.

⁶⁷ FILGUEIRAS, Carlos A. L. A influência da Química nos saberes médicos acadêmicos e práticos do século XVII em Portugal e Brasil. *Química Nova*, São Paulo, v. 22, n. 4, jul./ago. p. 185-210, 1999.

⁶⁸ ALFEU, Breno Silveira Moura. **Dignidade e vida como núcleos vetores de criação de relações jurídicas: consequências aplicáveis às práticas de ortotanásia**. 2017. Monografia (graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017, p. 45-46.

⁶⁹ RECKZIEGEL, Janaína; CONINCK, Beatriz Coninck Bauermann. A afirmação histórica da proteção da vida humana. *Revista do direito da UNISC*, v. 2, n. 46, p. 34-62, 2015, p. 43.

⁷⁰ SOUSA, André Luís Bonfim. Pulsão de vida, pulsão de liberdade: o conceito de *conatus* na ética de Espinosa. *Revista Helius*, Sobral, v. 1, n. 2, 2014, p. 2-5; e PAULA, Marcos Ferreira de. **Alegria e felicidade: a experiência do processo liberador em Espinosa**. 2009. Tese (Doutorado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 10-13; 19-24; 34-50.

⁷¹ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética no início da vida. *Revista Pistis e Práxis: Teologia e Pastoral*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 41 - 55, jan./jun., 2010, p. 42-43.

vontade de poder⁷². Essa vontade se expressa na busca por conquista, por dominação, sendo o plano jurídico e a organização estatal uma forma de restrição da vida humana⁷³.

O descobrimento do DNA entre os séculos XIX e XX traz ainda mais autonomia para aproximações conceituais sobre vida, com base no conhecimento biológico mediante a contribuição evolucionista de Darwin e os estudos de genética de Mendel, permitindo observá-la como um processo de seleção genética e de contato do ser vivo com o ambiente⁷⁴.

Concomitantemente, proliferam-se concepções de vida como⁷⁵: organização de células – teoria da autopoiese; interpretação do ambiente por um ser vivo por meio de signos – teoria biossemiótica; lista de prioridades de um organismo; dentre outras.

No século XX, surgem observações diferenciadas sobre vida denominadas Hipótese Gaia – idealizada por James Lovelock, em que se idealizou vida em um macrosentido, albergando também a organização de seres humanos em um mesmo planeta formando uma entidade maior que busca equilíbrio próprio – e possibilidade de Vida artificial – esta consistente na concepção de vida como conjunto de características que, quando reunidas, tornam possível a classificação de um ser como vivo, seja animado ou não⁷⁶. A partir desse período, as ciências da natureza internalizaram paradigma de pesquisa que se foca na delimitação instrumental sobre vida, dispensado demais incursões sobre suas especificidades⁷⁷.

As ciências sociais continuam, entretanto, a apresentar novas considerações acerca da vida, como é o caso da filosofia, conforme explicita Ortega y Gasset. Este autor desenvolveu seu posicionamento sobre o tema no século XX, mas suas ideias influenciam o século XXI⁷⁸. E isso ocorre especialmente porque o seu modelo teórico é compatível com o reforço à individualidade característico da era pós-moderna em que se encontram as estruturas sociais hodiernas, as quais são fundadas no pluralismo e no dissenso.

⁷² LOPES, Carla de Avellar. **A vida na metafísica ocidental: uma intersecção entre Agamben e Nietzsche**. 2015. Monografia (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015, p. 29-31.

⁷³ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A genealogia da moral**. Tradução de Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 74.

⁷⁴ COUTINHO, Francisco Ângelo. **Construção de um perfil conceitual de vida**. 2005. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005, p. 70-78.

⁷⁵ CORRÊA, André Luís *et al.* Aspectos históricos e filosóficos do conceito de vida: contribuições para o ensino de biologia. **Filosofia e História da Biologia**, v. 3, 2008, p. 27-31.

⁷⁶ COUTINHO, Francisco Ângelo. **Construção de um perfil conceitual de vida**. 2005. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005, p. 88-93; 97-102.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 37-38.

⁷⁸ CARVALHO, José Mauricio de. Ortega y Gasset: a vida como realidade metafísica. **Revista Trans/Form/Ação**, Marília, v. 38, n. 1, p. 167 - 186, Jan./Abr., 2015, p. 169-169.

A concepção de Ortega y Gasset conjectura ser vida um construto decorrente da própria existência humana, consistente em uma tarefa perene a ser realizada e que se reconstrói e se atualiza de forma recorrente durante seu cumprimento, sendo, portanto, autorreferente, reflexiva e decorrente de um agir comum do ser humano na realização dos seus desígnios consigo mesmo e junto ou em face de outrem, estruturada tanto pelas escolhas tomadas quanto pelas que não foram tomadas⁷⁹.

Conceito recorrentemente associado à Vida é a Dignidade humana. Esta é usualmente presente nas aproximações acerca do que seria aquele. Isso se explica porque dignidade encerra consigo noções variadas a ela adicionadas durante o curso da história humana, sendo, por isso, dotada de uma semântica múltipla características que, a depender do contexto sob o qual é analisada, apresenta novas facetas⁸⁰.

Ela é observada, de maneira geral, em correspondência às ideias de autonomia, liberdade, igualdade e de autodeterminação. Seu percurso histórico revela que essa é tendência mais recente em função de seu estudo com maior foco pelas ciências humanas, estas que inseriram não apenas novos elementos semânticos a ela, mas revisaram os já inclusos. Efetivamente, o seu desenvolvimento histórico revela que ela é uma construção de base filosófica e religiosa⁸¹, tendo sido objeto de acréscimos variados de significado.

Na antiguidade clássica, dignidade tinha sua noção unida ao pensamento político e à filosofia clássica, já que era referente à posição do indivíduo junto à sua comunidade e ao reconhecimento a ele atribuído por seus pares⁸². O estoicismo da era romana realiza aproximações sobre Dignidade por meio de uma dualidade. Ela se faz presente coletivamente – por ser comum à natureza humana, que, por isso, era considerada superior aos outros seres – e particularmente, sendo uma qualidade de diferenciação entre os humanos⁸³.

O cristianismo inicial – era do império romano – centra dignidade como a ligação entre homem e Deus, evidenciando a necessidade de observância dos ditames divinos⁸⁴. Na idade média, Boécio e São Tomás de Aquino explicitam a manutenção desse viés sacro, mas

⁷⁹ ALFEU, Breno Silveira Moura. **Dignidade e vida como núcleos vetores de criação de relações jurídicas: consequências aplicáveis às práticas de ortotanásia**. 2017. Monografia (graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017, p. 54.

⁸⁰ ALFEU, Breno Silveira Moura. **Dignidade e vida como núcleos vetores de criação de relações jurídicas: consequências aplicáveis às práticas de ortotanásia**. 2017. Monografia (graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017, p. 39-44; 58-59.

⁸¹ O sentido objetivado de utilização do termo “religião” é amplo, abrangendo tanto as organizações sociais de cunho religioso quanto formas diversas de espiritualidade.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 33.

⁸³ CICERO, Marcus Tullius. **Dos deveres**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 63.

⁸⁴ OLIVEIRA, Paulo Tadeu Nascimento de. A cristologia de são leão magno nos seus sermões de natal. **Revista de Magistro de Filosofia**, Anápolis, ano VIII, n. 16, jul./dez. 2015, p. 3-4.

incluem no seu ideal de dignidade o elemento racional, este que influencia sua autodeterminação e expressão de sua individualidade⁸⁵.

A transição da idade média para a época moderna apresenta elementos de transição para as concepções ínsitas à dignidade. Por exemplo, no período renacentista e das grandes navegações, há embate acerca da amplitude dela, o que fomentou discussão presença de dignidade para os povos não cristão, como os indígenas⁸⁶.

A idade moderna apresenta as maiores renovações a partir da secularização, o que originou diversas novas formulações de significados o conceito ora abordado. E estes são os mais presentes nos estudos atuais. Exponentes dessas formulações são: Kant, aduzindo ser dignidade a característica intrínseca do ser humano, que representa ser ele uma finalidade em si mesmo⁸⁷; e Hegel, com a noção de dignidade inerente ao ser humano que detém inserta em si a ideia de respeito aos direitos, desenvolvimento das individualidades e autoenquadramento do indivíduo em sociedade⁸⁸. Nos séculos XX e XXI, dignidade é desenvolvida por outros vieses, recebendo significado de limite de proteção individual em face da ação estatal⁸⁹; circunstância que demanda do Estado a satisfação das necessidades humanas⁹⁰; e elemento complexo de cunho ético⁹¹, de autodeterminação do ser humano⁹², de participação social política⁹³ ou de instância de liberdade de expressão⁹⁴.

Analogamente à ideia de Vida – que é ideia dotada de sentido de base da realidade humana -, a Dignidade detém um contorno singular. Ela se tornou símbolo característico da

⁸⁵ RODRIGUES, Ricardo Antônio. Severino Boécio e a invenção filosófica da dignidade humana. **Revista Seara Filosófica**, n. 5, p. 3 - 20, 2012, p. 11; 16.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 36-37.

⁸⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. 2ª reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2011, p. 58-59; 62-65.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 45-46; BECCHI, 2008, p. 193.

⁸⁹ *ibid.*, p. 52; 56-57.

⁹⁰ BECCHI, Paolo. O princípio da dignidade humana. Tradução de Guilherme Genro; revisão de Dimitri Dimoulis. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, jul./set., p. 191 – 222, 2008, p. 195.

⁹¹ BECCHI, Paolo, *loc. cit.*

⁹² *ibid.*, p. 195–196.

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 45-46; BECCHI, 2008, p. 145.

⁹⁴ BEÇAK, Rubens; LONGH, João Victor Razatti. A democracia participativa e sua realização – perspectiva histórica e prospecção futura: O marco civil para a regulamentação da internet no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 105, p. 185-210, 2010, p. 10.

humanidade, sendo centro agregador de valores, o que, ao ser transportado para o plano jurídico, configura-se como núcleo irradiador de direitos e deveres no plano jurídico⁹⁵.

Sendo Vida o pressuposto mais básico da ideia de ser humano e a dignidade o marco diferencial deste, observa-se uma complementariedade, pois ambos estão imbricados de forma que a análise de um implica na verificação do outro, direta ou indiretamente. E, ao se considerar, sobretudo, vida como um exercício contínuo do agir humano na realidade, não se pode dissociá-la da ideia de dignidade por ser uma expressão de individualidade, liberdade, autonomia e autodeterminação. Assim, vida se perfaz mediante respeito à dignidade do ser humano, esta no seus mais diversos significados, qualificando-a por meio da ideia de vida digna.

A variabilidade valorativa interna à concepção de vida é, portanto, explícita no decorrer da história humana. Infere-se haver um conjunto amplo de significados e perspectivas possíveis de serem atribuídas a esse termo linguístico. Isso evidencia o dissenso conteudístico estrutural da sociedade, sendo falacioso afirmar que esses significados não afetam a realidade contemporânea hodierna, haja vista ela ser marcada pela incomensurabilidade.

Interessante ressaltar que essa observação do universo de significados configura uma conjuntura restrita de duas vertentes que os agrupam. Uma delas é fundada em um senso de inércia e alberga significados de vida alinhados aos aspectos de existência e de sistema de características e funções biológicas básicas. A outra tem base no senso de dinâmica e engloba o aspecto de atividade, expressão, exercício do ser vivo e resultado de processos de escolhas individuais.

A compreensão dessa conjuntura já, em si mesma, reconduz à ideia de dissenso. E também orienta a identificação da forma procedimental necessária à conciliação do dissenso conteudístico existente na pluralidade cultural hodierna. A razão dessa constatação está no fato de que ela deve possibilitar a coexistência da diversidade para a manutenção da própria estrutura social⁹⁶. E isso torna possível perquirir os contornos do Direito à Vida no Brasil.

2.2.2 Análise específica do Direito à Vida no Brasil para a identificação da forma jurídica procedimental

⁹⁵ ALFEU, Breno Silveira Moura. **Dignidade e vida como núcleos vetores de criação de relações jurídicas: consequências aplicáveis às práticas de ortotanásia**. 2017. Monografia (graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017, p. 39-44; 58-61.

⁹⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 128.

A variabilidade de significação e de aproximações atinentes à vida evidenciam ser ela um fenômeno complexo, que serve tanto de ponto de partida para a existência do ser humano quanto de condição de possibilidade do desenvolvimento do conhecimento deste. Sua importância a torna escopo de incidência do Direito. Este absorve o conceito complexo vida e o expressa na forma do Direito à Vida. Essa afirmação é aplicável à realidade sociojurídica brasileira.

Apesar de o Direito à Vida estar positivado constitucionalmente e ser reiterado infraconstitucionalmente na ordem jurídica brasileira, há um inexorável alcance mutável desse direito decorrente da variação de significados e valores subjacentes a si. Isso ocorre pelo fato de que ele tem, como uma consequência inafastável, a pressuposição de uma compreensão – ou seleção de um significado - específica sobre esse valor.

A cognição pressuposta sobre vida influencia a eficácia e a efetividade do direito a ela correlato, de modos diferenciados a depender dessa seleção semântica, modificando o alcance e originando desdobramentos múltiplos, por causa do pluralismo intrínseco à estrutura social atinente ao Estado Democrático de Direito⁹⁷. Isso se nota quando, por exemplo, são discutidas questões concernentes ao fim e ao início da manutenção vital. Este tema detém considerável repercussão no tecido social, sendo fomentador de ideias e posicionamentos contrários acerca do estado moral da vida humana, conforme ressalta Habermas⁹⁸.

No âmbito da multiculturalidade – em sentido descritivo - brasileira, há uma profusão de sentidos, limitações e possibilidades de exercício e dos desdobramentos desse direito. Ele é tão importante e singular - por ser elemento base de início e de desenvolvimento da realidade social e do agir humano - que a ideia de vida (ou melhor, sua forma específica no plano jurídico) encontra-se em diversas esferas de construtos teóricos do direito centrais aos sistemas atuais, sejam a dos direitos humanos⁹⁹ e direitos fundamentais¹⁰⁰, seja a dos direitos da personalidade¹⁰¹. Essa constatação é inserta no plano jurídico brasileiro.

⁹⁷ MORAES, Germana de Oliveira; PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. O biodireito através do prisma do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. **Revista Nomos**. v. 28, n.1, p. 103 – 127. Jan./jun., 2008, p. 113-116.

⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 41-53.

⁹⁹ RECKZIEGEL, Janaína; CONINCK, Beatriz Coninck Bauermann. A afirmação histórica da proteção da vida humana. **Revista do direito da UNISC**, v. 2, n. 46, p. 34-62, 2015, p. 36-37.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia – UFU**, Uberlândia, v. 38, n.1, 2010, p. 236; 246-247.

¹⁰¹ FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**. v. 6. n. 1, p. 241-266, 2006, p. 252-255. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/313>. Acesso em: 01 mar. 2020.

Inclusive, seguindo uma tendência de proteção jurídica à vida de maneira mais evidente a partir dos períodos pós-guerra do século XX, o Brasil apresenta primeiro registro expresso em Constituição Federal de 1946 e, depois, apenas na atualmente vigente, de 1988¹⁰², esta em seu artigo 5º.

Em ambas, o que se estabelece de forma direta – e em compreensão primária - é a inviolabilidade da vida. Essa é uma vertente negativa de reconhecimento do direito, já que constitui uma garantia de proteção. A inviolabilidade induz um ideal de defesa – ou, com mais exatidão, proteção e exercício passivos - da vida e, por consequência, do seu titular, embora não se esgote nele. E o exercício desse direito ocorre na forma de um respeito difuso a ele pela coletividade em favor do próprio indivíduo.

Observa-se que a ordem jurídica brasileira – a partir de uma primeira observação – realizou uma seleção prévia dos sentidos existentes na pluralidade social para constituir uma norma de proteção objetiva, que possibilita a sua satisfação mediante um não-fazer, no caso, não ameaçar a vida.

Surgem diversos questionamentos a partir dessa verificação, diante do fato de vida detém um universo de significados que se distribui naquela conjuntura restrita de vertentes de inércia – que corresponde a esse exercício passivo, negativo, do direito à vida – e de dinâmica. Todavia, importa analisar duas dessas perguntas. Até que ponto é válido esse exercício passivo centrado na defesa? O exercício do direito à vida não poderia ocorrer de alguma outra forma de caráter prestacional, ou ativo coeso com aquela vertente de dinâmica?

Antes de perquirir e desenvolver essas questões, demanda-se distinguir a concepção de que a vida ali aludida naquele direito negativo é um valor moral absoluto que se sedimentou no significado de existência, ou preservação da existência humana plena¹⁰³. Isso condiciona a sua expressão no plano jurídico, resultando no fato de que ela é harmônica com as concepções de sacralidade e de inviolabilidade, sendo essa consideração difundida de maneira recorrente.

José Afonso da Silva¹⁰⁴ apresenta que a ideia de vida, no âmbito de nossa Constituição, não é “[...] considerada apenas no seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional[...]”, pois “sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade”. E que

¹⁰² RECKZIEGEL, Janaína; CONINCK, Beatriz Coninck Bauermann. A afirmação histórica da proteção da vida humana. **Revista do direito da UNISC**, v. 2, n. 46, p. 34-62, 2015, p. 48-49.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia – UFU**, Uberlândia, v. 38, n.1, 2010, p. 246-247.

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 199-200.

o contorno constitucional da vida humana “[...] integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais)”.

E - embora Afonso da Silva¹⁰⁵ apresente a vida, no caso, a vida humana protegida constitucionalmente, como símbolo linguístico e valorativo de grande amplitude - ele delimita o desdobramento jurídico desse valor à sua inviolabilidade, não somente a favor do indivíduo, mas também contra ele. Seu posicionamento é lastreado no juízo de que vida é bem jurídico de relevância à coletividade. Logo, fundamenta o seu direito à vida de forma conservadora que se assemelha à base semântica cristã de sacralidade vital absoluta¹⁰⁶.

A jurisprudência brasileira, por sua vez, apresenta adesão a essa perspectiva sobre o direito à vida, de modo que se prestigia a sua proteção de maneira incondicional, conforme demonstram o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

Cautelar. Transfusão de sangue. Testemunhas de jeová. Não cabe ao Poder Judiciário, no sistema jurídico brasileiro, autorizar ou ordenar tratamento médico-cirúrgicos e/ou hospitalares, salvo casos excepcionalíssimos e salvo quando envolvidos os interesses de menores. Se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, e de seus familiares e de quem quer que seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos. Importa ao médico e ao hospital e demonstrar que utilizaram a ciência e a técnica apoiadas em séria literatura médica, mesmo que haja divergências quanto ao melhor tratamento. O Judiciário não serve para diminuir os riscos da profissão médica ou da atividade hospitalar. Se transfusão de sangue for tida como imprescindível, conforme sólida literatura médico-científica (não importando naturais divergências), deve ser concretizada, se para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade das testemunhas de jeová, mas desde que haja urgência e perigo iminente de vida (art. 146, § 3º, inc. i, do código penal)¹⁰⁷.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO ONCOLÓGICO. LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. MEDICAMENTO DE EFICÁCIA NÃO COMPROVADA. SUBSTITUIÇÃO DE TRANSFUSÃO SANGÜÍNIA. IMPOSSIBILIDADE.

Em razão da demora em surtir efeito da medicação requerida como alternativa a transfusão de sangue, não se inibe o risco na fase aguda de comprometimento medular, nem se afasta a necessidade de transfusão sangüínea, não sendo recomendável a utilização de medicamento do qual a eficácia não está comprovada adotada somente como terapêutica alternativa, quando há alguma restrição clínica ao uso de hemoderivados¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 199-207.

¹⁰⁶ ZILLES, Urbano. A Sacralidade da Vida. **Revista Teocomunicação – PUC/RS**, Porto Alegre, v. 37, n. 157, 2007, p. 337-351.

¹⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 595000373 – RS. Relator: Sérgio Gischkow Pereira, Porto Alegre, 28 de março de 1995. **Pesquisa de Jurisprudência**, mar. 1995.

¹⁰⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de instrumento nº 47458-RS (2005.04.01.047458-2). Relator: Luiz Carlos de Castro Lugon, Porto Alegre, 25 de abril de 2006. **Pesquisa de Jurisprudência**, jun. 2006.

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. RECUSA DE TRATAMENTO. INTERESSE EM AGIR.

Carece de interesse processual o hospital ao ajuizar demanda no intuito de obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta à transfusão de sangue. Não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente, independentemente do consentimento dela ou de seus familiares. Recurso desprovido¹⁰⁹.

Entretanto, apesar da proteção necessária, o término da vitalidade humana é um processo espontâneo e natural¹¹⁰. Ou seja, há um reflexo prático desse valor, que não pode ser olvidado em função da sua ocorrência indistinta a todos os seres considerados vivos. Apesar de o exercício do direito à vida em vertente protecionista e passiva se consubstancie no máximo prestígio à manutenção vital, o encerramento das funções orgânicas é um evento futuro, certo e inevitável da existência humana.

Aquela vertente negativa de proteção à vida pauta-se na necessária busca pela manutenção vital de um organismo, de modo que, a partir da perspectiva de vida selecionada tanto pelas normas jurídicas citadas quanto pelas decisões judiciais referidas, torna-se um imperativo coletivo a continuidade da vida.

Essa vertente de abordagem sobre o tema traz problemas específicos, inclusive para a própria ordem jurídica. Barroso e Martel¹¹¹ apresentam crítica que aponta falha estrutural às perspectivas morais e culturais que consideram a vida como valor absoluto e, de certa forma, um dever. Elas impõem a obstinação terapêutica em desfavor do paciente, o que se constitui em um tratamento indesejado, gerador agonia e padecimento de quem se encontra em situação precária, resultando na perseguição da vida a todo custo e em prejuízos morais graves e irreparáveis¹¹². Essa linha de pensamento agride a liberdade de consciência e profissional do médico, também ofendendo seus valores éticos¹¹³.

Em adição a essa problemática, é necessário tecer outra consideração que perpassa a riqueza semântica do ideal de vida. A referida profusão de sentidos e significados da concepção de vida permite a observação de uma vertente sobre vida diferenciada daquela inicial de protecionismo passivo.

¹⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70020868162 – RS. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Porto Alegre, 22 de agosto de 2007. **Pesquisa de Jurisprudência**, ago. 2007.

¹¹⁰ MORAES, Germana de Oliveira; PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. O biodireito através do prisma do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. **Revista Nomos**. v. 28, n.1, p. 103–127. Jan./jun., 2008, p.114.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia – UFU**, Uberlândia, v. 38, n.1, 2010, p. 242-243.

¹¹² *Ibid.*, p. 243; 267.

¹¹³ *Ibid.*, p. 243.

Ela torna possível outras concepções viabilizadas por fundamentos distintos para o exercício do direito à vida. Conforme Carvalho¹¹⁴ - ao tratar do pensamento orteguiano -, a vida não é apenas uma ocorrência objetiva – um processo ou fenômeno – que influencia e constitui a existência do humano, mas também é um fenômeno subjetivo, implicando em um compromisso individual complexo – centrado historicamente – atinente ao projeto próprio de cada pessoa composto por seus anseios, decisões e desígnios.

A concepção de fundo liberal baseia vida a partir de uma perspectiva subjetiva, segundo a qual o indivíduo determina a forma de desenvolvimento de sua vida. Esta não é considerada apenas um processo, mas sim um planejamento individual que será exercido por ele. Não se pode excluir disso, por ser um projeto próprio, a possibilidade de a pessoa determinar a maneira de enfrentar crises e dificuldades desse seu trajeto singular, o que traz a si a responsabilidade de refletir acerca de que maneira e por qual forma sua vida poderá findar¹¹⁵.

Essa concepção também é reflexo daquela complementariedade entre vida e dignidade humana, na medida em que ela se centra nos ideais de autonomia individual, autodeterminação, liberdade e igualdade. Isso resulta na exigência de que esse projeto próprio não pode ser alvo de subversão completa pelo Poder Público, pois a dignidade o protege, de vez que esta também se afigura como salvaguarda do indivíduo. Além disso, esse mesmo caractere da humanidade impõe face ao Estado que a realização desse projeto seja estimulada ou impulsionada, mesmo que minimamente, por este.

A aludida noção de respeito aos desígnios do projeto individual vital é, inclusive, referendada jurisprudencialmente, o que é demonstrado pelos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul – este confirmando uma divergência interna¹¹⁶, já que o julgado a seguir contrasta dos anteriores -, do Mato Grosso e do Pará:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. NEGATIVA DO PACIENTE. NECESSIDADE DE SER RESPEITADA A VONTADE DO PACIENTE.

1. O direito à vida previsto no artigo 5º da Constituição Federal não é absoluto, razão por que ninguém pode ser obrigado a se submeter a tratamento médico ou

¹¹⁴ CARVALHO, José Mauricio de. Ortega y Gasset: a vida como realidade metafísica. **Revista Trans/Form/Ação**, Marília, v. 38, n. 1, 2015, p. 167–186.

¹¹⁵ ALFEU, Breno Silveira Moura. **Dignidade e vida como núcleos vetores de criação de relações jurídicas: consequências aplicáveis às práticas de ortotanásia**. 2017. Monografia (graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017, p. 55.

¹¹⁶ O julgado apresentado não é o único que pode ser utilizado como exemplo para a presente exposição, uma vez que há outros precedentes no mesmo sentido (cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70054988266 – RS. Relator: Irineu Mariani, Porto Alegre, 20 de novembro de 2013. **Pesquisa de Jurisprudência**, nov. 2015).

intervenção cirúrgica contra a sua vontade, não cabendo ao Poder Judiciário intervir contra esta decisão, mesmo para assegurar direito garantido constitucionalmente.

2. Ademais, considerando que “não se justifica prolongar um sofrimento desnecessário, em detrimento à qualidade de vida do ser humano”, o Conselho Federal de Medicina (CFM), publicou a Resolução nº 1.995/2012, ao efeito de dispor sobre as diretivas antecipadas de vontade do paciente, devendo sempre ser considerada a sua autonomia no contexto da relação médico-paciente.

3. Hipótese em que o paciente está lúcido, orientado e consciente, e mesmo após lhe ser explicado os riscos da não realização do procedimento cirúrgico, este se nega a realizar o procedimento, tendo a madrasta do paciente, a seu pedido, assinado termo de recusa de realização do procedimento em questão, embora sua esposa concorde com a indicação médica.

4. Por essas razões, deve ser respeitada a vontade consciente do paciente, assegurando-lhe o direito de modificar o seu posicionamento a qualquer tempo, sendo totalmente responsável pelas consequências que esta decisão pode lhe causar¹¹⁷.

TESTEMUNHA DE JEOVÁ - PROCEDIMENTO CIRÚRGICO COM POSSIBILIDADE DE TRANSFUSÃO DE SANGUE - EXISTÊNCIA DE TÉCNICA ALTERNATIVA - TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO - RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - DIREITO À SAÚDE - DEVER DO ESTADO - RESPEITO À LIBERDADE RELIGIOSA - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - LIMINAR CONCEDIDA - RECURSO PROVIDO.

Havendo alternativa ao procedimento cirúrgico tradicional, não pode o Estado recusar o Tratamento Fora do Domicílio (TFD) quando ele se apresenta como única via que vai ao encontro da crença religiosa do paciente. A liberdade de crença, consagrada no texto constitucional não se resume à liberdade de culto, à manifestação exterior da fé do homem, mas também de orientar-se e seguir os preceitos dela. Não cabe à administração pública avaliar e julgar valores religiosos, mas respeitá-los. A inclinação de religiosidade é direito de cada um, que deve ser precatado de todas as formas de discriminação. Se por motivos religiosos a transfusão de sangue apresenta-se como obstáculo intransponível à submissão do recorrente à cirurgia tradicional, deve o Estado disponibilizar recursos para que o procedimento se dê por meio de técnica que dispense-na, quando na unidade territorial não haja profissional credenciado a fazê-la. O princípio da isonomia não se opõe a uma diversa proteção das desigualdades naturais de cada um. Se o Sistema Único de Saúde do Estado de Mato Grosso não dispõe de profissional com domínio da técnica que afaste o risco de transfusão de sangue em cirurgia cardíaca, deve propiciar meios para que o procedimento se verifique fora do domicílio (TFD), preservando, tanto quanto possível, a crença religiosa do paciente¹¹⁸.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO OBRIGAÇÃO DE FAZER – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA – DECISÃO “A QUO” QUE CONCEDEU A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA PARA DETERMINAR QUE O ESTADO DO PARÁ OU A UNIÃO, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR EM “COMPETÊNCIA DE CADA UM DOS NÍVEIS FEDERAÇÃO” OU EM OBRIGAÇÃO SUPLETIVA – CORRETA A DECISÃO DE 1º GRAU, EIS QUE PRESENTE OS REQUISITOS AUTORIZADORES PARA A CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – VISLUMBRO AINDA O REQUISITO DO PERICULUM IN MORA, POIS CASO NÃO SEJA SUBMETIDA A CIRURGIA COM MÁXIMA URGÊNCIA, PATENTE RISCO DA AGRAVADA DE VIR A FALECER, PELO QUE ESCORREITA A DECISÃO ORA HOSTILIZADA –RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO, Á UNÂNIMIDADE.

¹¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70065995078 – RS. Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Porto Alegre, 03 de setembro de 2015. **Pesquisa de Jurisprudência**, set. 2015.

¹¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Agravo de Instrumento nº 0022395962006811000 – MT. Relator: Sebastião de Arruda Almeida, Cuiabá, 31 de maio de 2006. **Pesquisa de Jurisprudência**, jul. 2006.

(...)

No mérito, a controvérsia recursal restringe-se a verificar se correta ou não a decisão “a quo” que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela para determinar que o Estado do Pará providenciasse a cirurgia médica a ser realizada no Hospital São Marcos, no Estado do Piauí.

In casu, observo que a agravada é portadora de doença cardiovascular, e que necessita urgentemente de cirurgia. No entanto, sendo testemunha de Jeová, rejeita procedimentos cirúrgicos que envolvam utilização de derivados de sangue, razão pela qual requereu a realização da cirurgia pelo Dr. José Lira Mendes Filho, no Hospital São Marcos, em Teresina, que se responsabilizou em realizar a cirurgia sem que houvesse diluição de sangue.

Portanto, entendo correta a decisão de 1ª grau, eis que presentes os requisitos autorizadores para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, quais sejam, *fumus boni iuris*, consubstanciado no direito constitucionalmente garantido à vida e saúde, e ainda, no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como que deve ser respeitada a crença religiosa do agravada, em homenagem a liberdade religiosa, já que existe via de tratamento alternativo que respeite os princípios pelos quais se orientam as Testemunhas de Jeová, no caso concreto, possibilidade de realizar a cirurgia de que necessita a agravada sem qualquer transfusão de sangue.

Vislumbro ainda o requisito do *periculum in mora*, pois caso não submetida a cirurgia com máxima urgência, patente o risco da agravada de vir a falecer, pelo que escorreita a decisão ora hostilizada.

Isto posto, conheço do recurso e na esteira do parecer ministerial, nego-lhe provimento para manter integralmente a decisão de 1ª grau, em todos os seus termos¹¹⁹.

França, Baptista e Brito¹²⁰ - adentrando o tema das testemunhas de jeová e sua recusa à realização de procedimento médico com transfusão de sangue e hemoderivados de terceiros para si - destacam o dissenso judicial existente sobre esse tema que trata do direito à vida. Nesse tema, há um claro intento de perfazer o direito à vida como resultado da satisfação de desígnios e em prol da autonomia para manutenção vital, mesmo que isso resulte em seu encerramento.

Diante dessas considerações, percebe-se um possível antagonismo que forma tensão entre as posições discordantes acerca da ideia de vida e de seus desdobramentos no panorama jurídico. Essa desarmonia ocorre no âmbito judicial sob a influência do pluralismo cultural junto ao Direito e, por conseguinte, à realidade dos Tribunais brasileiros. Ou seja, no Brasil, apesar de ainda se manter uma concepção de proteção absoluta à vida, há evidente divergência desse posicionamento como resultado do pluralismo estrutural da sociedade do País.

Contudo, essa divergência é apenas aparente, sendo conciliada em um aprofundamento de cunho lógico. A postura mais liberal acerca do direito à vida comporta também a possibilidade proteção absoluta, uma vez que, para tanto, basta o seu titular desejar

¹¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Pará. Agravo de Instrumento nº 00230888520148140301 – PA. Relator: Elena Farag, Belém, 06 de março de 2015. **Pesquisa de Jurisprudência**, mar. 2015.

¹²⁰ FRANÇA, Inácia Sátiro Xavier de; BAPTISTA, Rosilene Santos; BRITO, Virgínia Rosana de Sousa. Dilemas éticos na hemotransfusão em testemunhas de Jeová: uma análise jurídico-bioética. **Revista Acta Paul Enferm** – UNIFESP. São Paulo, v. 21, n.3, p. 498–503.

assim exercê-lo. No entanto, surge um problema na visualização dessa pluralidade sobre o direito à vida.

Se o sistema jurídico, conforme afirma Marcelo Neves, constitui-se selecionando sentidos e valores para se organizar a partir de sua lógica interna¹²¹, seria natural a seguinte conclusão. Ao estabelecer vida como inviolável, estaria o sistema jurídico rechaçando uma vertente destoante disso, verificando como lícito a que foi por ele selecionada e ilícito a que diverge dela.

Esse raciocínio que explicita aquele problema não atenta para algo que se abordou no início desta subseção. A noção de inviolabilidade é dotada de uma indeterminação conceitual, posto que não somente pode dela exsurgir a concepção de proteção absoluta. O vislumbre mais aprofundado sobre inviolabilidade revela que esse símbolo linguístico está associado à ideia de consistência – ou manutenção de consistência. Perguntar como tornar algo inviolável traz como resposta, conseqüentemente, a necessidade de manutenção da consistência daquilo a que se objetiva garantir isso.

Portanto, encerrar o sentido de inviolabilidade à proteção como correspondência única é também negar outras formas de manifestação da vida, bem como é degradar as possibilidades do Direito à Vida, além de regredir a diferenciação dos sistemas sociais e se movimentar na contramão das finalidades do Estado Democrático de Direito¹²². E isso porque este não se forma e não se estabiliza pela exclusão e preterimento de valores e interesses dissemelhantes que compõem a realidade social, já que negar parcela do dissenso conteudístico é regredir e provocar irritações ou corrupções no sistema de diferenciação social.

Desse modo, não basta simplesmente manter a ideia de direito à vida como um centro de proteção absoluta, mas também conceber vida como um fundamento de salvaguarda de exercício individual. Torna-se, assim, possível delinear vida respeitando sua indeterminação intrínseca não se esgotando somente no campo da passividade – exercício passivo e na vertente negativa – e sim permitir que ela avance para o campo da atividade e da iniciativa (do exercício ativo e na constituição de uma vertente positiva ou prestacional). Com base nisso, enfrenta-se a abrangência da indeterminação conceitual inerente, a partir da conformação, da inserção da pluralidade social e do dissenso sistêmico como seus integrantes teóricos e estruturais.

¹²¹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 132.

¹²² *Ibid.*, p. 132-133.

Nesse contexto de novos aportes teóricos, respondem-se aquelas duas primeiras perguntas formuladas no início desta seção sobre as noções de exercício do direito à vida. A primeira é até que ponto se torna válido o exercício passivo do direito à vida? O limite surge quando se permite que o direito à vida seja exercido. E esse exercício não pode afetar a proteção passiva de terceiros, bem como não deve anular a si próprio.

A segunda é o exercício do direito à vida pode ocorrer de alguma outra forma de caráter prestacional ou ativo? Sim, já que a vida não é somente uma ocorrência objetiva de existência no mundo, mas – simultaneamente - um acontecimento subjetivo, que se realiza em um compromisso individual complexo – baseado e desenvolvido historicamente – relativo ao projeto próprio de cada pessoa e composto pelos anseios, decisões, atitudes não adotadas e desígnios desta¹²³. E não somente isso.

É também uma força individual resultante da multidão de influências internas ao humano que origina sua vontade que é, por sua vez, regrada pela ordem jurídica¹²⁴. Evidente que isso também encontra esteio junto à dignidade humana, uma vez que ela é elemento que caracteriza e auxilia a constituição da noção do exercício daquele direito.

Conclui-se que a forma jurídica que se busca identificar para comportar o pluralismo cultural e originar um procedimento apto a instituir o consenso procedimental dentro de um ambiente de contínuo dissenso contitudístico deve possibilitar a coexistência tanto da vertente negativa – passiva – do exercício do direito à vida quanto a vertente positiva – ativa – desse mesmo direito.

Isso exige que sua configuração seja adaptável e permita que o próprio indivíduo determine os desígnios de sua existência durante o seu percurso e desenvolvimento históricos não anulando¹²⁵ as possibilidades daqueles que compõe a coletividade junto a si. O que retoma e converge com o necessário respeito à manifestação de possibilidades iguais de participação nos procedimentos jurídicos e políticos para os valores e interesses decorrentes pluralidade cultural da sociedade contemporânea, conforme expõe Marcelo Neves¹²⁶.

¹²³ CARVALHO, José Mauricio de. Ortega y Gasset: a vida como realidade metafísica. **Revista Trans/Form/Ação**, Marília, v. 38, n. 1, 2015, p. 167–186.

¹²⁴ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A genealogia da moral**. Tradução de Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 74.

¹²⁵ E se utiliza anulando com escolha de uma delimitação linguística melhor, posto que é inevitável, no exercício da vida de forma ativa, que haja atritos entre indivíduos. E isso porque uma das características da vida é a superação adversidades e circunstâncias desfavoráveis a ela (cf. CARVALHO, José Mauricio de. Ortega y Gasset: a vida como realidade metafísica. **Revista Trans/Form/Ação**, Marília, v. 38, n. 1, 2015, p. 171).

¹²⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 128; 132-135.

Apesar da evasão legislativa brasileira sobre o tema aqui abordado – a qual é ocasionada pela corrupção sistêmica que afeta a própria autorreferência do sistema jurídico do País e caracteriza a sua hipercomplexa sociedade periférica -, a forma jurídica que se identifica com esse paradigma se apresenta como resultado da racionalidade outro sistema, de uma regulação de outra fonte. E esta são as Diretivas Antecipadas de Vontade instituídas pela resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina do Brasil, as quais são a hipótese deste trabalho.

3 AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E A RESOLUÇÃO Nº 1.995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

As Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) são foco de debates diversos, uma vez que se relacionam com caracteres centrais à própria natureza humana, como vida, dignidade e morte. Em razão de sua interação com esse campo temático, percebe-se que elas também devem ser enfrentadas pelo Direito, pois esses elementos fulcrais não fogem de seu âmbito de regulamentação.

A abordagem jurídica sobre esses caracteres é realizada como uma consequência necessária à realidade social, de modo a garantir substrato básico à própria existência humana e ao seu desenvolvimento pleno. Disso resulta a ocorrência de interconexão entre ambos os campos temáticos.

No território brasileiro, as Diretivas Antecipadas de Vontade são tratadas pela Resolução nº 1.995, de 31 de agosto de 2012, do Conselho Federal de Medicina do Brasil (CFM). E o seu texto normativo evidencia que seu escopo é a expressão da vontade do indivíduo de maneira prévia a determinadas situações que impossibilitam sua comunicação.

Essas previsões normativas delineiam, primariamente, o tema e incidem condicionando não apenas as formas de constituição dessa expressão, mas também as vias de produção de sua eficácia. Isso ocorre em situações afetas não apenas ao direito à vida, mas também à dignidade humana e à personalidade individual.

Por meio das Diretivas Antecipadas de Vontade, o indivíduo pode: estabelecer limites a práticas médicas; garantir autorização; preservar a sua autonomia volitiva em situações que, normalmente, a ignorariam ou a cerceariam; designar representantes; e, primordialmente, efetivar respeito à sua vontade e seus desígnios. Isso se encontra expresso nos artigos 1º a 3º da referida Resolução nº 1.995/2012 do CFM.

No Brasil, a regulamentação das diretivas é efetivada por meio de norma administrativa do referido órgão de classe. E isso decorre do fato de que há vácuo de normatização legislativa sobre essa temática. Ao contrário do que se espera para uma cultura jurídica baseada no texto legislativo como fonte primária de normas de Direito, o mencionado instituto é exceção a essa tradição do direito brasileiro.

A maneira pela qual o aludido instituto se encontra regulamentado no País é uma das possibilidades de configuração das Diretivas Antecipadas de Vontade dentre várias outras, sendo simplificada em vários aspectos. Esta constatação resulta do fato de que a temática tem origem e desenvolvimento mais acentuado em ordens jurídicas estrangeiras, detendo, em

razão disso, estruturação, eficiência e eficácia distintas nesses âmbitos culturais e sociais diferentes. Porém, há pontos de convergência entre os contornos atribuídos ao regramento das diretivas no Brasil e o estado atual do conhecimento do assunto junto a outros países.

As Diretivas Antecipadas de Vontade encontram interações específicas com o sistema jurídico brasileiro. E isso porque o tratamento desse instituto depende de sua adequação não apenas à ordem constitucional, mas também às ordens legal e infralegal. Essa sua interação - em face da inafastabilidade do Direito no Estado Democrático contemporâneo - produz, aliás, discussões no âmbito doutrinário, legislativo e judicial. Sobretudo, esse tema é objeto de discussão junto ao Poder Judiciário, quanto à sua compatibilidade com o plano jurídico nacional.

Assim, alinhando-se ao foco da presente pesquisa, principalmente em função do exposto no capítulo anterior, para aferir se as Diretivas Antecipadas de Vontade podem, validamente, ser uma forma jurídica apta a constituir um consenso procedimental dentro de um ambiente de contínuo dissenso conteudístico estabelecido nos padrões sociais atuais.

Faz-se necessária - para além da abordagem breve e condensada que se apresentou inicialmente - observação mais profunda dessa temática para a consecução daquele desiderato. Isso possibilita compreendê-la ao passo em que se aproxima da resposta e da confirmação (ou não) da hipótese que resultou na indicação das Diretivas como sua solução.

É indispensável observar os seguintes aspectos desse assunto: a identificação interna desse instituto, o que resulta em análise de suas vertentes histórica e estrutural - ou seja, no âmbito interior dessa temática -; e a identificação externa dele, o que significa verificar seu contato com os vários campos da realidade jurídica brasileira e explicitar as correlações produzidas.

Com isso vista, é necessária a perquirição de ambos os aspectos mencionados tanto de modo teórico - em relação à identificação interna e externa, seja com escopo geral, seja em foco específico ao tratamento do instituto no Brasil - quanto de forma prática, esta mediante estudo de caso paradigma da Justiça brasileira sobre o tema e das controvérsias nele debatidas.

3.1 A identificação interna das Diretivas Antecipadas de Vontade: âmbito geral

A fragilidade e a terminalidade da existência vital humana é circunstância comum à condição de ser humano. Todos estamos sujeitos às mais diversas enfermidades, além de que

elas rotineiramente se desenvolvem e evoluem, ocasionando novas variantes que causam a necessidade de tratamentos e procedimentos médicos inovadores.

A despeito da variabilidade de situações existentes nesse contexto, há uma constante: o ser humano. E, no decorrer da história, houve a exaltação de um símbolo distintivo e próprio ao gênero humano, que é a dignidade¹²⁷.

A dignidade tomou centralidade nas diversas formulações científicas e religiosas, constituindo-se como marco axiológico de uma nova ética social¹²⁸. A partir dessa constatação, o respeito à vontade dos enfermos passou a ser um fundamento ético contemporâneo, especialmente na seara da medicina¹²⁹.

Esse é o contexto em que surgem as Diretivas Antecipadas de Vontade. Elas são o gênero de uma classificação ampla de modalidades de manifestações prévias de vontade acerca de tratamentos, procedimentos e atos médicos para situações em que o elemento volitivo não seja possível de ser externado¹³⁰. Essa classificação resulta da unificação conceitual a partir de uma revisão bibliográfica da temática realizada por Amy E. Thompson¹³¹.

Esse gênero é subdividido em outras duas categorias¹³²: o *Living Will* (Testamento Vital) e o *Durable Power of Attorney for Health Care* (Mandato Duradouro).

O primeiro surgiu - em consonância ao movimento histórico de valorização do ser humano, de sua dignidade e de sua vontade - nos Estados Unidos, em 1969, a partir de proposição concebida por Luis Kutner. Este apresentou proposta de que fosse admitido, naquele país, o *Living Will*¹³³. Testamento vital é a tradução para o português brasileiro desse termo originário para essa espécie de diretivas. Por isso, consideram-se ambos com tradução e sinônimos conceituais¹³⁴.

¹²⁷ALFEU, Breno Silveira Moura. **Dignidade e vida como núcleos vetores de criação de relações jurídicas: consequências aplicáveis às práticas de ortotanásia**. 2017. Monografia (graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017, p. 26-44; 58-59.

¹²⁸NUNES, Rui. **Diretivas antecipadas de vontade**. Brasília: CFM / Faculdade de Medicina da Universidade do Porto-Portugal, 2016, p. 13, 17 e 22.

¹²⁹ *ibid.*, p. 42.

¹³⁰DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; BARTOLOMEU, Dirceu. Diretivas Antecipadas de Vontade: Um modelo brasileiro. **Revista Bioética – CFM**. v. 21, n.3, p. 463 – 476, 2013, p. 464.

¹³¹ THOMPSON, Amy E. *Advance Directives*. **Journal of the American Medical Association**, v. 313, n. 8, 2015, p. 868.

¹³² Utilizaram-se as nomenclaturas traduzidas neste momento e em outros vindouros do texto - embora não sejam sinônimos perfeitos -, já que a estruturação de cada um dos institutos em países diferentes depende da realidade do local. Todavia, há uma forma mínima de estruturação, a qual é o mesmo, independentemente da localidade por ser constante a essência do instituto, como se destacará no decorrer do presente estudo.

¹³³KUTNER, Luis. *Due process of euthanasia: the living will, a proposal*. **Indiana Law Journal**, v. 44, n. 4, p. 539 – 554, 1969.

¹³⁴ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; BARTOLOMEU, Dirceu. Diretivas Antecipadas de Vontade: Um modelo brasileiro. **Revista Bioética – CFM**. v. 21, n.3, p. 463 – 476, 2013, p. 464.

O *Living Will* é relativo ao documento de veiculação da vontade de paciente médico - civilmente capaz - que, ainda dotado de completas faculdades mentais, determina - previamente - até que limite ele concorda se submeter a tratamento, procedimento ou ato médico, quando estiver em estado vegetativo ou não puder recobrar suas capacidades físicas e mentais¹³⁵.

Entretanto, o referido documento e a vontade nele consubstanciada não pode ser meio de direcionamento da ação médica para encerrar a vida do paciente, mas sim, apenas, para cessar a atuação e passivamente agir para o encerramento vital quando for irreversível o quadro clínico¹³⁶.

Assim, à primeira vista, o *Living Will* se coaduna com o conceito de ortotanásia e afasta-se da concepção de eutanásia voluntária, seja ativa ou passiva, seja direta ou indireta¹³⁷. A eutanásia significa agir ativamente para findar vida ainda passível de manutenção e cuidados ou procedimentos proporcionais que possam restabelecer a sua saúde, sendo ativa quando uma ação terminar a função vital ou passiva quando uma omissão o fizer¹³⁸. Ela é direta quando há intenção de encerrar pelo agir, ou não agir, para findar a vida do paciente e é indireta quando a intenção é aliviar a dor e sofrimento, mas o efeito secundário da ação, ou inação, é a morte do organismo quando apto a recuperar suas funções normais¹³⁹.

Por outro lado, a ortotanásia corresponde à cessação de cuidados médicos extraordinários e desproporcionais para situações em que o encerramento da vida seja inevitável, modificando-se o foco da busca pela cura para a efetivação de qualidade de vida no tempo restante¹⁴⁰. Ela é uma conceituação mais abrangente e genérica, sendo necessários para sua configuração alguns requisitos, que são: situação de encerramento vital irreversível do indivíduo; a vontade do paciente em enfrentar a morte; e a efetivação de cuidados paliativos que, embora não curem o paciente, objetivam a qualidade de vida, manutenção da autonomia e alívio da dor sofrida até o momento da morte¹⁴¹.

¹³⁵ KUTNER, Luis. *Due process of euthanasia: the living will, a proposal*. *Indiana Law Journal*, v. 44, n. 4, p. 539 – 554, 1969, p. 551-552.

¹³⁶ *ibid.*, p. 550, 552-554.

¹³⁷ Não se afirma que havia correspondência específica com a ortotanásia de acordo com o que Kutner propôs. Por isso, utiliza-se inicialmente. É que, como se vê de seu trabalho sobre a temática, ele buscou explicitar e analisar de maneira mais pormenorizada a relação entre *Living Will*, eutanásia ativa voluntária e eutanásia passiva voluntária. Houve pouco espaço na análise realizada por ele para que se tornasse possível concluir que sua proposta vislumbrava a mudança de eixo entre busca obstinada pela vida a todo custo e a escolha pela qualidade de vida até os últimos momentos do paciente terminal. Esta é a lógica distintiva da ortotanásia.

¹³⁸ LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos**. 2. Ed. São Paulo: Atheneu, 2014, p. 56-57.

¹³⁹ *ibid.*, p. 57.

¹⁴⁰ *ibid.*, p. 58.

¹⁴¹ *ibid.*, p. 90.

Ao lado desses conceitos, há a distanásia que é a obstinação terapêutica pela vida, a qual corresponde ao emprego de medidas terapêuticas excessivas e desproporcionais, que não têm como finalidade a cura, mas apenas o prolongamento da vida em termos quantitativos e não qualitativos, inclusive, a despeito de agravar o sofrimento do indivíduo¹⁴².

A ortotanásia é, portanto, um ponto de equilíbrio entre a eutanásia e a distanásia. Não ocasiona a morte, mesmo que haja cura, mas também não persegue a manutenção vital a todo custo, prejudicando um indivíduo que já se encontra em situação delicada e, por vezes, acometido de penúria emocional.

Diante disso, percebe-se que o *Living Will* se aproxima, a primeiro momento, conforme propõe Kutner, da prática de ortotanásia. É que, no desenvolvimento de sua proposta, esse autor destaca não se poder autorizar morte por piedade - que é a situação relativa à eutanásia (ou ao suicídio assistido) -, já que isso é contrário às políticas públicas. E essa é a conclusão a que aquele autor chega, quando adota a seguinte premissa: a função básica da lei é proteger a vida¹⁴³.

Porém, no decorrer da sua história de existência, o Testamento Vital demonstra poder se desvencilhar daquela aproximação, quando sua premissa básica é modificada. E isso ocorre quando a legislação de determinada localidade admite a morte por piedade.

A autorização legal é aferível em outros sistemas jurídicos estrangeiros de maneira mais explícita. Este é o caso de Holanda, Luxemburgo e Bélgica; ou de forma indireta - por flexibilização admitida pela doutrina e pela jurisprudência -, o que ocorre no Japão, México, Canadá, Chile, Reino Unido e França¹⁴⁴.

Além disso, semelhantemente, nos Estados Unidos, observa-se a possibilidade de cessação das funções vitais mediante ato acessório, o qual se denomina suicídio assistido. Este é o ato de encerramento da vida de indivíduo enfermo grave, incurável ou terminal por meio de auxílio de outrem que lhe concede os meios necessários, aos quais o doente não teria acesso¹⁴⁵. O estado de Oregon, nos Estados Unidos, no ano de 1994, legalizou o suicídio assistido¹⁴⁶. Nesse mesmo território estrangeiro, os estados de Washington - em 2009 -, Montana - por meio de decisão judicial da Suprema Corte, também em 2009 -, Vermont - no

142 *ibid.*, p. 61.

143 KUTNER, Luis. *Due process of euthanasia: the living will, a proposal*. *Indiana Law Journal*, v. 44, n. 4, p. 539 - 554, 1969, p. 553.

144 SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Uma visão constitucional da eutanásia**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 141 - 164.

145 DADALTO, Luciana. A dignidade humana como princípio ético-jurídico. *Revista Pensar*. Fortaleza, v. 24, n. 2, jul./set., p. 1-11, 2019, p. 4.

146 LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos**. 2. Ed. São Paulo: Atheneu, 2014, p. 85.

ano de 2013 por ato do Executivo representado pelo seu departamento de saúde -, e Califórnia – em 2016 – admitiram a possibilidade da realização do suicídio assistido em suas ordens jurídicas¹⁴⁷.

Ou seja, o *Living Will* detém nuances diferenciadas quando é internalizado por regimes jurídicos diversos, conformando-se aos limites estabelecidos pelo direito positivo. Isso o permite viabilizar – a despeito do substrato normativo e regulamentar fornecido pelo sistema jurídico da localidade - aquele seu escopo de garantir proteção à vontade de seu subscritor em relação aos tratamentos médicos que deseja receber ou não, direcionando, por desígnio e ato próprio, a atuação médica.

Ao lado do Testamento Vital (*Living Will*), há o Mandato Duradouro¹⁴⁸, que é a segunda daquelas espécies¹⁴⁹ decorrentes do gênero Diretivas Antecipadas de Vontade. Ele foi instituído, em 1983, pelo estado da Califórnia, nos Estados Unidos da América¹⁵⁰. E, em 1991, houve ampliação de sua abrangência ao território nacional por meio da aprovação do *Patient Self-Determination Act*¹⁵¹, que é a legislação federal dos Estados Unidos de reconhecimento do direito à autodeterminação do paciente¹⁵².

Sua denominação estrangeira é *Durable Power of Attorney for Health Care (DPAHC)* e consiste na nomeação de terceiro para tomar as decisões relativas a tratamentos médicos quando o paciente estiver impossibilitado permanente ou temporariamente¹⁵³. Essa espécie constitui um modelo de julgamento substituto, o qual se estrutura pela suposição de que haja intimidade entre o nomeado e o paciente, de maneira que aquele possa inferir e decidir com base nos objetivos e desejos deste¹⁵⁴. Excluem-se, desse modo, das possibilidades

¹⁴⁷ CASTRO, Mariana Parreira Reis de *et al.* Eutanásia e suicídio assistido em países ocidentais: revisão sistemática. *Revista Bioética – CFM*. v. 24, n.2, p. 355 – 367, 2016, p. 358-359.

¹⁴⁸ Novamente, utilizou-se a tradução para o português brasileiro, conforme realizado para a espécie anterior de Diretivas Antecipadas.

¹⁴⁹ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 96, 100.

¹⁵⁰ MONTEIRO, Renata da Silva Fontes; JÚNIOR, Aluísio Gomes da Silva. Diretivas Antecipadas de Vontade: percurso histórico na América latina. *Revista Bioética – CFM*. v. 27, n.1, p. 86 – 97, 2019, p. 89.

¹⁵¹ *ibid.*, p. 87.

¹⁵² Necessário ressaltar que o *Patient Self-Determination Act*, por ser legislação federal em um país em que a autonomia dos estados-membros é a regra – somado ao fato de que 35 estados já tinham legislado sobre o tema -, é uma diretriz, mas que também serve para orientar soluções de conflitos éticos, além de servir como norma de informação pública acerca temática (cf. PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Juruá, 2015; e EMANUEL, E. J.; EMANUEL, L. L. Living wills: past, present, and future. *J Clin Ethics*, v. 1, n. 1, p. 9-19, 1990.

¹⁵³ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; BARTOLOMEU, Dirceu. Diretivas Antecipadas de Vontade: Um modelo brasileiro. *Revista Bioética – CFM*. v. 21, n.3, p. 463 – 476, 2013, p. 464.

¹⁵⁴ BEAUCHAMP, T.L.; CHILDRESS, J.F. *Princípios da ética biomédica*. 2ª ed. São Paulo: Loyola; 2011, p. 195.

de nomeação indivíduos desconhecidos pelo paciente. Com foco no atendimento dessa intimidade - que é um requisito -, usualmente, nomeiam-se familiares ou amigos¹⁵⁵.

Para essa modalidade, então, é fundamental a proximidade entre o terceiro e quem o nomeia. Esse é, todavia, ponto de complicação na efetivação dessa espécie de diretiva. É que quem exerce o mandato deve buscar – embora detenha vínculo de intimidade – basear sua decisão na vontade do paciente e não na sua própria¹⁵⁶. Há também a necessidade de temperança e alteridade da pessoa que exerce o poder de decisão a fim de não se inverter a preferência entre os interesses do paciente pelos do mandatário.

Similarmente ao *Living Will*, o *Durable Power of Attorney for Health Care* direciona a conduta médica no tratamento do paciente, em que pese a fonte dessa direção advir de terceiro. Outrossim, o mandato duradouro também detém a nuance de adaptação à ordem jurídica vigente para garantir proteção e efetividade à vontade individual, consoante se verifica dos países já mencionados.

É possível que ambas as referidas espécies de Diretivas Antecipadas de Vontade coexistam, não havendo exclusão necessária, caso escolhida uma ou outra, dependendo apenas da vontade do paciente em constituí-las isolada ou conjuntamente¹⁵⁷. Elas podem - de acordo com a adaptação e com as circunstâncias que colimam corresponder - constituir modalidades mais específicas a partir de diferentes formas de externalização da vontade do paciente com maior ou menor precisão (ou detalhamento) e abstração (ou abrangência).

Nos Estados Unidos da América, além das espécies ora expostas, observa-se a influência das Diretivas Antecipadas de Vontade na criação de novas ferramentas na comunicação e registro de vontades do paciente que não se encontre em estado de terminalidade acerca do tratamento médico a si dispensado¹⁵⁸. Por si, isso revela que as diretivas podem se adequar conforme a base jurídica da localidade em que são admitidas.

Exemplo disso é a *Advance Medical Care Directive*, que é documento de registro da vontade do paciente sobre tratamentos que deseja ou não a partir de discussão entre ele e a

¹⁵⁵ MONTEIRO, Renata da Silva Fontes; JÚNIOR, Aluísio Gomes da Silva. Diretivas Antecipadas de Vontade: percurso histórico na América latina. *Revista Bioética – CFM*. v. 27, n.1, p. 86 – 97, 2019, p. 87.

¹⁵⁶ *ibid.*, p. 87.

¹⁵⁷ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 83.

¹⁵⁸ PENALVA, L. D. *As contribuições da experiência estrangeira para o debate acerca da legitimidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17, 2008, Brasília. Anais. Brasília, DF: Conpedi, 2008. p. 516-538.

equipe de saúde que lhe atende¹⁵⁹, podendo, inclusive, ter em si incluso mandato duradouro¹⁶⁰.

Entretanto, além dos formatos de documento aludidos, há¹⁶¹: o *Value History* – documento em que o particular registra seus valores pessoais que direcionaram a tomada de decisão sobre seu tratamento médico -; a *Combine Directive* - a qual une instrução do paciente, nomeação de mandatário e os valores do indivíduo, sendo, portanto, uma sintetização geral das outras espécies -; e o *Physician Orders for Life-Sustaining Treatment (POLST)*¹⁶² – que é um formulário padronizado de ordens aos médicos baseadas nos valores e preferências do indivíduo acerca de tratamentos prolongadores de sua vida e que devem acompanhar o paciente no seu trânsito em qualquer local de atendimento de saúde.

Em sistematização do panorama geral do âmbito de criação das Diretivas Antecipadas de Vontade, percebe-se que essa concepção ultrapassou a situação singular de aplicabilidade restrita à terminalidade vital antes condicionante da primeira proposta acerca do tema feita por Kutner. E isso porque, consoante exposto, sua serventia não é apenas para direcionar a prática médica para a eutanásia, ortotanásia, distanásia ou suicídio assistido. Ela vai mais além, apresentando-se, hoje, como meio de proteção da personalidade individual.

É possível constatar que os formatos extraordinários não fogem da concepção geral de Diretivas já demonstrada¹⁶³. Isso demonstra que ela é, efetivamente, um gênero de um conjunto de espécies que apresentam como constantes um elemento objetivo e outro subjetivo. Eles são, respectivamente, o contexto de situação de tratamento médico e a proteção à vontade individual em situação em que sua manifestação não puder ser colhida de maneira concreta.

Em relação às espécies, verifica-se como constante o elemento objetivo, já que todas foram originadas para apresentar eficácia em um contexto de relação médico-paciente. O elemento subjetivo pode apresentar nuances a partir de uma perspectiva qualitativa, o que resultará na classificação correspondente a cada um dos documentos de comunicação volitiva já abordados.

¹⁵⁹ DADALTO, Luciana. **Diretivas Antecipadas de Vontade: proposta de modelo brasileiro**. Tese (Doutorado em Medicina). Programa de Pós-Graduação em Infectologia e Medicina Tropical, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013, p. 23.

¹⁶⁰ Op. cit., p. 516-538.

¹⁶¹ Op. cit., p. 23.

¹⁶² MAYORAL, Vânia Ferreira de Sá. **Adaptação transcultural do formulário POLST: *Physician Orders for Life-Sustaining Treatment***. 2016. Dissertação (mestrado em Saúde Coletiva) – Faculdade de Medicina, Universidade Estadual Paulista, Botucatu, 2016, p. 27 - 30.

¹⁶³ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; BARTOLOMEU, Dirceu. **Diretivas Antecipadas de Vontade: Um modelo brasileiro**. *Revista Bioética – CFM*. v. 21, n.3, p. 463 – 476, 2013, p. 464.

A perspectiva qualitativa reporta-se a dois componentes. O primeiro é o agente tomador da decisão (quem direciona a prática médica) em consonância com a vontade do paciente registrada no documento, podendo ser ela originária, que é proveniente do próprio titular, ou derivada, quando é tomada por terceiros. O segundo é relativo à quantidade de detalhamento dos desígnios individuais, que pode ser alta ou baixa. Ressalte-se, novamente, a terminalidade pode ou não estar presente no momento da confecção do documento, bem como o resultado da prática veiculada pode ou não ser admitida pela ordem jurídica do seu local de feitura.

As nuances decorrentes da presença dessas perspectivas tornam possível identificar cada uma das espécies juntamente com detalhes específicos permitindo individualizá-las com enfoque em sistematização e sintetização ampla de suas características.

O *Living Will* reúne agente originário como tomador da decisão de vontade, podendo deter alto ou baixo grau de detalhamento dos desígnios do indivíduo, sendo destituído de qualquer requisito de qualificação. O *Durable Power of Attorney for Health Care* decorre de perspectiva qualitativa derivada, podendo, também, ser alto ou baixo o detalhamento dos desígnios individuais, mas desprovido de qualquer requisito de qualificação.

Consoante os parâmetros informados, o *Value History* pode ser tanto originário quanto derivado. Sua característica diferencial é o baixo grau de detalhamento, uma vez que nele são plasmados apenas valores que direcionaram a prática médica e a adoção da decisão. Ele também é carente de qualquer requisito de qualificação.

O *Advance Medical Care Directive* decorre da possibilidade de combinação da fonte originária e derivada, mas qualificada por uma comunicação mais sólida acerca das possibilidades de tratamento médico. Ou seja, trata-se de uma qualificação possível para ambas aquelas espécies iniciais de diretivas antecipadas. De outro modo, a *Combine Directive* resulta da combinação de todos os modelos anteriores. E o *Physician Orders for Life-Sustaining Treatment (POLST)* é respectivo a um modelo de tomada de decisão originária e de alto grau de detalhamento, qualificado pelo seu porte pessoal junto do modelo unificado de documento¹⁶⁴.

Essa sistematização evidencia que as Diretivas Antecipadas de Vontade detêm tratamento diferenciado, bem como perpassa diversas construções variadas, complexas e sempre em expansão. Isso permite observá-las como uma instância teórica, instituto próprio

¹⁶⁴ MAYORAL, Vânia Ferreira de Sá. **Adaptação transcultural do formulário POLST: Physician Orders for Life-Sustaining Treatment**. 2016. Dissertação (mestrado em Saúde Coletiva) – Faculdade de Medicina, Universidade Estadual Paulista, Botucatu, 2016, p. 27 – 30.

que intersecciona diversos campos do conhecimento tanto em escopo particular quanto coletivo.

Apesar de o assunto estar estruturado e ser continuamente aprimorado nos Estados Unidos da América - que é o país referência e de origem do instituto -, o referido tema ainda se encontra em desenvolvimento em outras localidades¹⁶⁵.

Na Espanha, o assunto ganhou relevância mediante iniciativa popular propiciada por associação civil que elaborou um modelo de documento denominado *instrucciones previas*. Embora o estímulo à utilização e atenção das diretivas prévias do paciente esteja evidente junto ao código de ética médica espanhol, em seu artigo 27 – já nos idos de 1999 -, a legislação sobre o tema apenas surgiu em 2000 a partir do Convênio de Oviedo¹⁶⁶, no seu artigo 9º. Esta norma legal determinou a necessidade de atenção à vontade do paciente manifestada de maneira prévia a uma intervenção médica em situação na qual o enfermo se encontra incapacitado de expressá-la.

Essa legislação é geral a título de diretrizes, motivo pelo qual está pendente a sua regulamentação local. Somente algumas regiões espanholas produziram regramento nesse sentido, por exemplo, Andaluzia, Navarra, Valencia e Madri, sendo que todas detêm suas especificidades¹⁶⁷. Conclui-se, então, que nesse país o tema está crescente em fomento.

A Itália detém histórico semelhante com a temática, pois subscreveu o Convênio de Oviedo. Porém, ainda não o ratificou¹⁶⁸. E isso mesmo após haver lei que autorize o presidente do país a realizar esse ato¹⁶⁹. A legislação italiana se encontra omissa em relação ao tema ora perquirido.

Entretanto, o código de ética médica italiano, em seu artigo 34, demonstra centralidade às manifestações antecipadas direcionadas a tratamentos médicos. Em 2003, o Comitê Nacional de Bioética criou documento análogo às Diretivas Antecipadas de Vontade para ser utilizado difusamente, o qual é denominado *dichiarazione anticipata di trattamento*¹⁷⁰. E, embora se mantenha a situação de omissão executiva e legislativa, a

¹⁶⁵ DADALTO, Luciana. A necessidade de um modelo de Diretivas Antecipadas de Vontade para o Brasil: estudo comparativo dos modelos português e franceses. **Revista M. Estudos sobre a morte, os mortos e o morrer**, v. 1, n. 2, p. 443-460. 2019, p. 460.

¹⁶⁶ MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, p. 39.

¹⁶⁷ *ibid.*, p. 96-97.

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ, José-Antonio Díez. 20 años del Convenio de Oviedo. **Revista Bioética y Ciencias de la Salud**, v. 7, n. 2, jul./dez., 2019. Disponível em: <https://saib.es/20-anos-del-convenio-de-oviedo-2/>. Acesso em: 02 jan. 2020.

¹⁶⁹ *Op. cit.*, p. 103.

¹⁷⁰ CALÒ, Emanuele. **Il testamento biológico**. Milano: Ipsoa, 2008.

jurisprudência reconhece a validade desse documento e da modalidade de mandato duradouro desse país, que é nomeada de *amministratore di sostegno*¹⁷¹.

Na América latina, o Uruguai e a Argentina são locais que regulamentam legislativamente a temática das Diretivas Antecipadas de Vontade. Partindo do lugar comum estabelecido pelo conhecimento sobre esse instituto, aquele primeiro país editou a Lei nº 18.473/2000, detendo o diferencial de permitir a inclusão nas diretivas o desígnio de o paciente se submeter a práticas de distanásia¹⁷².

A Argentina se destaca no cenário ora analisado por ser a nação sul-americana com maior produção doutrinária sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade, a qual é denominada de *directivas anticipadas del paciente para tratamientos biomédicos*¹⁷³. O país detém regulamentação legal federal e local sobre o tema e apresenta especificações interessantes na sua criação normativa. Por exemplo, os efeitos das diretivas em situação de dissolução de sociedade conjugal, instituição de um Registro específico – Registro de Atos de Autoproteção de Prevenção de uma Eventual Incapacidade -, estabelecimento de direitos e prerrogativas do paciente em face dos profissionais de medicina e entidades de saúde, dentre outras¹⁷⁴.

A Colômbia trata do tema¹⁷⁵ por meio do código de acesso a cuidados paliativos, que é a Lei nº 1.733/2014, sendo seu escopo a garantia de direitos a enfermos terminais e degenerativos atinentes a informações sobre sua situação e tratamentos, cuidados paliativos, participar de forma ativa em questões respectivas a si e elaborar diretivas antecipadas¹⁷⁶.

No Brasil, as Diretivas Antecipadas de Vontades têm tratamento regulamentar primário por meio da Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, preenchendo vácuo normativo legal acerca do tema, sendo o primeiro marco de regramento do País para a matéria¹⁷⁷. E essa sua identificação externa e específica ao Brasil será tratada a seguir.

¹⁷¹ MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, p. 104-106.

¹⁷² *ibid.*, p. 107.

¹⁷³ *ibid.*, p. 108.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 108-109.

¹⁷⁵ É peculiar a situação da Colômbia sobre a temática. É que, embora o seu código penal sancione a eutanásia, a jurisprudência despenalizada a conduta tipificada, apresentando ambiguidade acerca normatividade de seu sistema jurídico (cf. GUERRA, Yolanda M. Ley, jurisprudencia y eutanasia: introducción al estudio de la normatividad comparada a la luz del caso colombiano. **Revista latino-americana de bioética**, Bogotá, v. 13, n. 2, p. 70-85, Dec. 2013).

¹⁷⁶ MONTEIRO, Renata da Silva Fontes; JÚNIOR, Aluísio Gomes da Silva. Diretivas Antecipadas de Vontade: percurso histórico na América latina. **Revista Bioética – CFM**. v. 27, n.1, p. 86 – 97, 2019, p. 89.

¹⁷⁷ DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1995/2012. **Revista Bioética – CFM**. v. 21, n.1, p. 108 – 112, 2013.

3.2 A identificação externa das Diretivas Antecipadas de Vontade junto à realidade brasileira

As Diretivas Antecipadas de Vontade se encontram em situação de fomento junto aos países da Europa e da América do Sul. Essa é a realidade em que está inserido o Brasil. Em que pese seu sistema jurídico seja centrado na Lei como fonte prioritária do Direito, o País não detém produção normativa originada do Poder Legislativo sobre esse tema.

O tratamento da questão se dá, em âmbito técnico e primário, a partir da esfera administrativa e deontológica mediante ato do Conselho Federal de Medicina do Brasil (CFM), o qual editou a Resolução nº 1.995, de 31 de agosto de 2012. Secundariamente, o enfrentamento do referido instituto ocorre no âmbito do Poder Judiciário, uma vez que este é o responsável por dirimir conflitos existentes na sociedade com escopo nos regramentos de conduta humana existentes na sociedade e provenientes do Poder Público.

Essa resolução inseriu formalmente, no contexto brasileiro, as Diretivas Antecipadas de Vontade. Porém, ele detém suas particularidades em função da característica de adaptabilidade desse instituto à realidade do panorama jurídico em que é previsto. Para a compreensão de sua configuração teórica no Brasil, é necessário compreender seus pressupostos, suas justificativas e o tratamento específico dispensado a si.

3.2.1 Pressupostos das Diretivas Antecipadas de Vontade no Brasil

Há diversos pressupostos para a instituição das diretivas no contexto da relação médico-paciente em face do contexto atual de ética médica, consoante se observa Resolução nº 1.995 do CFM. Eles estão dispostos nos seus *consideranda*.

O **primeiro** deles é a relevância da autonomia individual na relação médico-paciente. Isso decorre da posição central que o valor dignidade humana ocupa no ambiente ideológico cultural e social influenciou diversas formulações científicas e religiosas. Desse modo, ela é considerada como um marco axiológico de uma nova ética social na contemporaneidade¹⁷⁸, a qual é preocupada com a proteção e o desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

¹⁷⁸ NUNES, Rui. **Diretivas antecipadas de vontade**. Brasília: CFM / Faculdade de Medicina da Universidade do Porto-Portugal, 2016, p. 13, 17 e 22.

Isto ganha especial relevância quando se explicita que a relação entre médico e paciente é pautada em um vínculo de confiança¹⁷⁹. Ou seja, esse escopo de proteção aos desígnios da personalidade do indivíduo que consubstanciam a sua vontade se tornou influência que perpassou a medicina. Como resultado disso, o respeito à vontade dos enfermos passou a ser um fundamento ético da conduta do médico e de sua relação com seu paciente¹⁸⁰.

No Brasil, o atual Código de Ética Médica estabelece que, dentre seus princípios basilar de atuação profissional (artigo 1º, inciso VI), o médico deve guardar respeito absoluto pelo ser humano, sendo vedada qualquer ofensa à dignidade ou à integridade humana, evitando causar sofrimento físico ou moral¹⁸¹.

O mesmo código determina que são defesos aos médicos deixar de obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal para a realização de procedimento médico¹⁸² (artigo 22) e desrespeitar a livre decisão do paciente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas¹⁸³ (artigo 31). Dispõe esse regramento que, em situações de terminalidade vital, o médico deverá empreender os cuidados necessários – dispensando quaisquer meios inúteis ou práticas obstinadas –, considerando a vontade expressa do paciente ou, quando impossível, do representante legal deste¹⁸⁴ (artigo 41, parágrafo único).

O influxo disso aliado à evolução dos sistemas de saúde ocidentais tem sido acompanhado pela maior difusão de conhecimento da população acerca de seus direitos¹⁸⁵. Originou-se um novo feixe de direitos reivindicados pelos enfermos, os quais detém desígnios específicos provenientes de sua personalidade quando se encontram em situação de debilidade de saúde, inclusive, de terminalidade vital.

Esse campo é o direito dos doentes. Ele se pauta pela garantia de autonomia, informação, vontade previamente manifestada, liberdade de escolha, não discriminação e

¹⁷⁹ MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, p. 73.

¹⁸⁰ NUNES, Rui. **Diretivas antecipadas de vontade**. Brasília: CFM / Faculdade de Medicina da Universidade do Porto-Portugal, 2016, p. 42.

¹⁸¹ BRASIL. 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, p. 15.

¹⁸² *ibid.*, p. 25.

¹⁸³ *ibid.*, p. 27.

¹⁸⁴ *ibid.*, p. 28.

¹⁸⁵ NUNES, Rui. **Diretivas antecipadas de vontade**. Brasília: CFM / Faculdade de Medicina da Universidade do Porto-Portugal, 2016, p. 67.

estigmatização, acompanhamento espiritual, primado da pessoa sobre a ciência e sociedade, possibilidade de queixa e reclamação, equidade e acessibilidade em tempo útil¹⁸⁶.

O exposto demonstra a presença desse pressuposto no âmbito da atuação médica, de modo que ele não pode ser ignorado pelo médico sob pena de infração de seus deveres profissionais, sujeitando-lhe, por consequência, a penalidades administrativas e jurídicas, sendo exemplos destas indenizações por danos morais¹⁸⁷.

O **segundo pressuposto** é a situação de terminalidade vital. Porém, não apenas a sua simples ocorrência, e sim seu acontecimento no contexto tecnológico da atualidade, em que é possível prolongar as funções vitais do enfermo, mesmo contra sua vontade – inclusive, por desconhecimento do real desígnio do indivíduo -, sacrificando a qualidade de vida dele, motivo pelo qual é mais vantajoso. Ou seja, são elementos característicos dele a situação de terminalidade vital e a possibilidade de realização de prática de distanásia.

Embora esses meios de obstinação terapêutica pelo alongamento do tempo de vida sejam desproporcionais e desnecessários, além de vedados pela ética médica, eles ainda são empregados por diversos motivos¹⁸⁸. Dentre eles¹⁸⁹, estão a vaidade do profissional e o interesse econômico pelo alto custo dos tratamentos a ser pago pelo paciente àqueles que lhe estão prestando serviço de saúde¹⁹⁰.

A fim de evitar prejuízos maiores ao enfermo, conforme estabelecido e já explicitado pelo Código de Ética Médica em seu artigo 41, parágrafo único, o profissional da medicina deve dispensar meios desnecessários e desproporcionais à saúde do paciente terminal¹⁹¹. Reforçando a contrariedade à distanásia, o artigo 57 do mesmo Código determina o dever de denúncia do médico à infração dos dispositivos deontológicos aplicáveis a si¹⁹².

¹⁸⁶ NUNES, Rui. **Regulação da saúde**. 3 ed. Porto: Vida Econômica, 2014.

¹⁸⁷ NUNES, Rui. **Diretivas antecipadas de vontade**. Brasília: CFM / Faculdade de Medicina da Universidade do Porto-Portugal, 2016, p. 67.

¹⁸⁸ Porém, conforme retratado no capítulo anterior, no âmbito do Poder Judiciário, a utilização de tratamentos desnecessários também é vedada (cf. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de instrumento nº 47458-RS [2005.04.01.047458-2]. Relator: Luiz Carlos de Castro Lugon, Porto Alegre, 25 de abril de 2006. **Pesquisa de Jurisprudência**, jun. 2006).

¹⁸⁹ Claro é que aqui não se pretende negar que também fatores pessoais do paciente influenciam a efetivação da distanásia, por exemplo, falta de conhecimento sobre sua situação, determinação em encontrar uma cura ou pressão exercida em face de si por terceiros próximos a ele.

¹⁹⁰ MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, p. 69.

¹⁹¹ BRASIL. 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, p. 28.

¹⁹² *ibid.*, p. 32.

Portanto, observa-se que a configuração teórica das Diretivas Antecipadas de Vontade deve ser observada com apego à pressuposição de terminalidade vital, haja vista ser ela elemento intrínseco de sua incidência e da eficácia de suas previsões normativas.

O **terceiro pressuposto** é inexistência de regulamentação sobre o tema no contexto deontológico médico brasileiro. Efetivamente, até o momento da edição da Resolução nº 1.995/2012, não havia regramento específico para a conduta médica, quando o profissional se deparasse com a situação de rejeição de tratamento médico e de solicitação de cuidados paliativos quando inexistisse impossibilidade de comunicação da vontade.

Em outras palavras, não havia orientação acerca do marco específico e seguro para que o profissional médico pudesse modificar o imperativo de manutenção vital em desconsideração à vontade do paciente e de forma desnecessária para a proteção da qualidade de vida do enfermo. É que não havia possibilidade de comunicação do real desiderato do paciente em não manifestar sua vontade em contrariedade ao tratamento inútil¹⁹³.

Por essa razão, o médico se encontrava sem referencial sobre qual conduta ou abordagem seria mais condizente não apenas com o seu dever profissional, mas com o respeito à personalidade do enfermo que estava sob os seus cuidados¹⁹⁴.

Conjugado a esse pressuposto, **há outro**, que é a necessidade de disciplinar a conduta médica em situações que se enquadrem na descrita da resolução. De fato, especificamente quanto ao Conselho Federal de Medicina¹⁹⁵, o regramento do exercício da profissão se faz necessário, pois isso, além prestigiar ditames da Constituição de 1988 e da execução de políticas públicas, origina dois mecanismos integrados e específicos de proteção social que se coadunam com o interesse público.

O primeiro deles é a produção normativa. Esta não apenas se exaure na limitação e coordenação da prática profissional médica, mas, simultaneamente, baliza os usuários desse serviço regulado na garantia de seus direitos, principalmente, pela edição de regras e parâmetros de atuação que podem ser utilizados como fundamento para a reparação de direitos violados¹⁹⁶. Outrossim, elas também contribuem tanto para o incremento da qualidade dos serviços médicos, bem como direcionam as condutas dos profissionais em campos

¹⁹³ MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, p. 111-112.

¹⁹⁴ E essa sendo sua vontade real, dissociada de pressões externas decorrentes de fatores incidentes que deturpam a formação do desígnio do indivíduo para uma direção diferente da que espontaneamente assumiria, como a expectativa de familiares.

¹⁹⁵ Admite-se ampliação do escopo dessa afirmação para outros ramos de atuação profissional, obviamente, com as ponderações e adequações correspondente às suas especificidades.

¹⁹⁶ PITELLI, Sergio Domingos. O poder normativo do Conselho Federal de Medicina e o direito constitucional à saúde. **Revista de Direito Sanitário**. v. 3, n. 1, mar., p. 38-59, 2002, p. 55.

polêmicos e em prol de benefício aos outros campos da vida social, como a seara do consumo¹⁹⁷.

O segundo deles é o poder fiscalizatório. Este decorre daquela produção normativa e, simbioticamente, contribui para a efetivação dela, além de orientar a sua realização. É que a atividade de fiscalização permite a identificação do maior número possível de condutas eventualmente lesivas e a realização de ações preventivas de forma eficiente e frequente, detendo a ocorrência de um possível dano¹⁹⁸.

Esse quarto pressuposto é decorrente do papel do Conselho Federal de Medicina como órgão de classe instituído pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, que é orientar os seus administrados de forma que possibilite não apenas a melhor maneira de exercício da profissão, mas também proteger os usuários do serviço médico, inclusive em circunstâncias complexas.

Por fim, o **quinto e último pressuposto** é a ausência de dispositivos regulamentares nacionais sobre a temática de Diretivas Antecipadas de Vontade. Isso decorre de omissão legislativa em torno de questões afins ao assunto ora tratado.

A referida situação de vácuo normativo não pode inviabilizar o exercício de um direito¹⁹⁹ ou permitir a inércia judiciária quando apresentada a lide ao Estado-Juiz²⁰⁰. Na realidade, a omissão legislativa se encontra superada no paradigma neoconstitucional hodierno.

Há duas evidências disso: a previsão constitucional do Mandado de Injunção e a aplicação da teoria concretista do Direito pelo Supremo Tribunal Federal.

Aquele é o remédio previsto na Constituição Federal de 1988 - em seu artigo 5º, inciso LXXI - e regulamentado infraconstitucionalmente pela Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, o qual detém o escoto de combater esse silêncio inconstitucional do Poder Legislativo.

Por sua vez, a referida teoria é rompimento com a tradição de assentimento do Judiciário com a inércia legislativa acerca de direitos, permitindo que a ação daquele como

¹⁹⁷ PITELLI, Sergio Domingos. loc. cit.

¹⁹⁸ PITELLI, Sergio Domingos. O poder normativo do Conselho Federal de Medicina e o direito constitucional à saúde. **Revista de Direito Sanitário**. v. 3, n. 1, mar., p. 38-59, 2002, p. 55.

¹⁹⁹ Há quem defenda haver, nessa perspectiva, um direito subjetivo à existência da norma jurídica que regulamente o interesse do indivíduo a partir de uma projeção constitucional ou mesmo antes da própria constituição (cf. MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 308; GRAU, Eros Roberto. **A constituinte e a constituição que teremos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 46).

²⁰⁰ CAIXETA, Gabriel Ricardo Jardim. **Silêncio legislativo, liberdade para legislar e omissão constitucional**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 84-89.

legislador positivo – em atuação substitutiva -, em continuidade qualificada da inação do Legislativo, após notificação²⁰¹.

Aliás, é possível de se afirmar que a vedação à proibição de exercícios de direitos de projeção constitucional é corolário do princípio do *non liquet*²⁰². Esse ponto de vista resulta da concepção da completude do ordenamento jurídico e no dever de colmatação de lacunas técnicas, conforme determina a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942)²⁰³.

O pressuposto de instituição das Diretivas Antecipadas de Vontade no Brasil é atinente a direitos de projeção constitucional, que é o direito à vida. Esse direito comporta uma vertente passiva (ou negativa) - relativa à sua proteção em face da coletividade - e outra ativa (ou positiva), a qual é correspondente ao indivíduo fazer valer os desígnios de sua existência durante seu percurso histórico e desenvolvimento de sua personalidade.

Assim, evidencia-se a centralidade da matéria ora comentada e a necessidade de regulamentação. O silêncio legislativo acerca do exercício do direito à vida por meio Diretivas Antecipadas de Vontade não pode ser óbice tanto de realização quanto de concretização.

Portanto, essa inexistência não pode impossibilitar que o Conselho Federal de Medicina regule a temática. É que isso ultrapassa a referida questão técnica do âmbito jurídico e influi no benefício à coletividade pelo exercício de suas atribuições específicas - em especial, a de servir como orientador das condutas médicas em prol do interesse público - e com vistas à atual configuração da relação médico-paciente, como já demonstrado no decorrer desta subseção.

Expostos os cinco pressupostos da regulamentação dessa temática, passa-se à análise das justificativas específicas da instituição das diretivas no Brasil.

²⁰¹ Apesar das críticas que possam ser tecidas a possível usurpação de competência, a função do Judiciário como órgão supletivo de concretização de direitos é reconhecida, inclusive, legalmente pela Lei do Mandado de Injunção, em seu artigo 8º. O referido dispositivo legal demonstra que a teoria concretista em sua vertente intermediária - que permite que o Judiciário colmate a lacuna normativa, apenas quando mantida a inação legislativa depois de havida notificação, passado o prazo estipulado para resposta e enquanto não houver norma específica, produzindo efeitos seja entre os polos do processo, seja difusamente – ao contrário de outros períodos. Nestes, a sua adoção ocorreu em perspectiva individual – suprimento de lacuna restrito aos participantes do processo com reconhecimento da mora do legislador – ou perspectiva geral – quando o suprimento da omissão ocorre difusamente pela aplicação de norma análoga até superveniente criação de norma específica. (cf. FRANKLIN, Ana Cláudia de Medeiros. A construção hermenêutica do mandado de injunção pelo supremo tribunal federal sob a ótica do princípio da separação dos poderes e do ativismo judicial. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 10, n. 2, p. 125 – 144, 2018, p. 130-135).

²⁰² HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 72.

²⁰³ CAIXETA, Gabriel Ricardo Jardim. **Silêncio legislativo, liberdade para legislar e omissão constitucional**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 84.

3.2.2 Justificativas do Diretivas Antecipadas de Vontade no Brasil

A Resolução nº 1.995/2012 - partindo daqueles pressupostos - apresenta as justificativas para a regulamentação do instituto, as quais explicitam a sua indispensabilidade sob diversos âmbitos de observação.

A **primeira** delas é a dificuldade inerente à comunicação do paciente em situação de terminalidade vital. É que a eficácia desse instituto é orientada ao momento em que o indivíduo se encontra inviabilizado de externar seus desígnios.

E, consoante expõe Moritz, mesmo que o paciente possa estabelecer comunicação, o contexto de fim de vida erige diversas barreiras a ela, sendo válido ressaltar que somente há efetividade na interação entre médico e paciente quando há conhecimento e tranquilidade na abordagem do tema²⁰⁴.

Conquanto o conhecimento esteja disponível a ser transmitido entre os elementos dessa relação, o paciente em estágio terminal perpassa diversos estágios psicológicos diante da recepção da informação de que sua morte se aproxima de maneira inevitável.

São cinco estágios²⁰⁵: o inicial é composto pela negação e isolamento, que funcionam como meio de defesa; o segundo é a indignação, consubstanciada na raiva sentida pelo paciente; o terceiro é a barganha, que é a fase mais curta e relativa ao desejo de ser recompensado pelas boas ações realizadas pelo indivíduo; o quarto é o sentimento de perda, o qual toma o espaço sensorial das outras emoções; e o quinto é a aceitação, que não é confundida com a felicidade, uma vez que o paciente se torna mais introspectivo enquanto aguarda a chegada de seus momentos finais. Os estágios também afetam e se encontram presentes, em menor grau, nos familiares do enfermo²⁰⁶.

Na relação médico-paciente, o profissional da medicina detém posição de relevo, uma vez que cabe a ele interpretar em qual estágio está o enfermo para decidir a melhor forma de se comunicar para cada uma dessas fases emocionais e comportamentais²⁰⁷.

O Câmara Técnica de Bioética do Conselho Federal de Medicina expôs que, no contexto de terminalidade vital, que é o momento de tomada de decisões cruciais a respeito

²⁰⁴ MORITZ, Rachel Duarte. Como melhorar a comunicação e prevenir conflitos nas situações de terminalidade na Unidade de Terapia Intensiva. **Revista brasileira de terapia intensiva**, v. 19, n. 4, São Paulo, out./dez., p. 485-489, 2007, p. 486.

²⁰⁵ KUBLER-ROSS, Elisabeth. **Sobre a morte e o morrer**. Tradução de Paulo Menezes. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 23-150.

²⁰⁶ Op. cit., p. 487.

²⁰⁷ MORITZ, Rachel Duarte. loc. cit.

do paciente, há o percentual de 95% correspondente aos indivíduos incapazes de se externar sua vontade de maneira concreta²⁰⁸.

Estudo norte-americano que teve como base a frequência de comunicação com familiares de pacientes críticos demonstrou que esses particulares apresentaram satisfação em saber da real dimensão da situação de seu parente enfermo, porém, 19% não foram aptos a compreender todo o conteúdo das informações a eles repassadas²⁰⁹.

Isso expõe a necessidade, dentro do ambiente formado pelos pressupostos já analisados, de regulamentação das Diretivas Antecipadas de Vontade como forma de proteger a vontade do paciente. Desse modo, é vantajoso a este registrá-la de maneira prévia, devendo haver observância daqueles estágios e prudência por parte do médico na interação. Ademais, é providencial ser ela emitida pelo próprio titular, uma vez que ele será o destinatário da referida decisão de centralidade evidente à sua existência. O que se expôs agrava-se quando se atenta que os familiares - e as pessoas mais íntimas - podem desconhecer a vontade do paciente ou, sabendo, desrespeitá-la²¹⁰.

A **segunda justificativa** é respectiva à receptividade dos médicos às diretivas antecipadas. Pesquisas tanto colhidas pela Câmara Técnica de Bioética do Conselho Federal de Medicina quanto existentes difusamente na seara científica demonstram que os profissionais de saúde e universitários desse campo do conhecimento demonstram aderência à posição de centralidade da decisão do paciente em situações de terminalidade.

Na Espanha, 63,3% de um total de 607 médicos, enfermeiros e graduandos dos hospitais de Múrcia, ressaltaram a importância de conhecer a real vontade dos pacientes terminais na tomada de decisão acerca do tratamento a ser administrado²¹¹. Ainda nesse país, levantamento estatístico junto à classe médica demonstrou que 90% deles atenderiam à vontade antecipadamente registrada pelo paciente, caso houvesse registro disso para situações de impossibilidade de comunicação junto a este²¹². Na Coréia do Sul, 96,7% de 303 médicos

²⁰⁸ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 set. 2010, p. 3.

²⁰⁹ LE CALIRE, M. M., OAKES, J. M., WEINERT, C. R. Communication of prognostic information for critically ill patients. **Chest Journal**, v. 128, n. 3, Illinois, p. 1728-1735, 2005.

²¹⁰ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 set. 2010, p. 3.

²¹¹ FRANCO, Tovar B.; GAMA, Z. A. da Silva; HERNÁNDEZ, P. J. Saturno. Advanced knowledge of patient preferences for end-of-life care in national health service hospitals of the Murcia Region. **Rev Calid Asist**, v. 26, n. 3, p. 152-160, 2011.

²¹² SIMÓN-LORDA, Pablo; TAMAYO-VELÁZQUEZ, Maria-Isabel; BARRIO-CANTALEJO, Inés-Maria. Advance directives in Spain. Perspectives from a medical bioethicist approach. **Bioethics**, v. 22, n. 6, p.346-354, 2008.

oncologistas entendem ser indispensável a confecção de diretivas para sua atuação profissional²¹³.

Na Alemanha, médicos e enfermeiros são receptivos à discussão com o paciente sobre a constituição de diretivas antecipadas. Todavia, eles são contrários a um protocolo compulsório quanto a isso, posto que casuisticamente há variação das circunstâncias e decisões a serem discutidas e adotadas, todas estando submetidas às especificidades do paciente, bem como eles preferem delegar a discussão para familiares e entes mais íntimos²¹⁴.

No Brasil, quando indagados, médicos, advogados e estudantes de medicina ou direito, no total de 209 pessoas, 60,8% deles afirmaram que dariam preferência às diretivas, apesar de ser disponível a administração de práticas terapêuticas de ortotanásia para pacientes em fase terminal de vida²¹⁵.

Ou seja, o respeito à autonomia individual, de maneira geral, é considerado como mais importante quando comparado à possibilidade de tomada de decisão sem consulta ao paciente em fase terminal. Portanto, a receptividade das diretivas é explícita.

A **terceira justificativa** é a receptividade dos pacientes. Semelhantemente à justificativa anterior, as pesquisas existentes acerca da temática demonstram que há aderência elevada a esse instituto por parte dos indivíduos em necessidade de tratamento médico.

Na Coreia do Sul, 1.242 pacientes com câncer e 1.006 pessoas em geral, quando perguntadas acerca de sua concordância sobre a importância das diretivas para as situações para as quais elas foram instituídas, 93% e 94,9%, respectivamente, afirmaram serem elas necessárias²¹⁶. Na Europa, 75% dos pacientes em tratamento médico desejam que sejam realizadas consigo discussões, apesar da possibilidade de não saberem precisar, com toda certeza, o que desejariam no futuro nessas situações²¹⁷.

Indivíduos com comprometimento cardiológico, nos Estados Unidos da América, afirmaram que desejam realizar decisões para o fim da vida em vez de delegá-las a terceiros. Isso se observa quando se constata que, em situação de moléstia severa ou impossibilidade de

²¹³ KEAM, Bhumsuk *et al.* The attitudes of Korean cancer patients, family caregivers, oncologists, and members of the general public toward advance directives. **Support Care Cancer**, v. 21, n. 5, p. 1437-1444, 2013.

²¹⁴ SAHM, S.; WILL, R.; HOMMEL, G. What are cancer patients' preferences about treatment at the end of life, and who should start talking about it? A comparison with healthy people and medical staff. **Support Care Cancer**, v. 13, n. 4, p. 206-214, 2005.

²¹⁵ PICCINI, Cleiton Francisco *et al.* Testamento Vital na perspectiva de médicos, advogados e estudantes. **Bioethikos**, v. 5, n. 4, p. 384-391, 2011.

²¹⁶ KEAM, Bhumsuk *et al.* The attitudes of Korean cancer patients, family caregivers, oncologists, and members of the general public toward advance directives. **Support Care Cancer**, v. 21, n. 5, p. 1437-1444, 2013.

²¹⁷ SAHM, S.; WILL, R.; HOMMEL, G. What are cancer patients' preferences about treatment at the end of life, and who should start talking about it? A comparison with healthy people and medical staff. **Support Care Cancer**, v. 13, n. 4, p. 206-214, 2005.

tomar a decisão²¹⁸: 47% desejam realizar as diretivas para orientar a atuação médica; 27% nomeariam um substituto nas suas diretivas para tomar as decisões cabíveis; 22% preferem que as famílias decidam por si; e 4% preferem que os médicos tomem a decisão.

Apesar de, no Brasil, não haver pesquisas consolidadas quanto a essa justificativa, o Conselho Federal de Medicina, destaca que vários usuários de serviços de saúde consideram benéficas a possibilidade de discutir, antecipadamente, seus desígnios acerca do tratamento a ser administrado, seja em situação de terminalidade ou não, juntamente com a elaboração do documento respectivo²¹⁹.

Com base nisso, é evidente que há concordância dos pacientes com o instituto ora analisado, o que demonstra que é sustentável a sua regulamentação por aquele órgão da classe médica.

Outra justificativa é a existência de tratamento da temática em códigos de ética médica estrangeiros, especificamente, os da Espanha, Itália e Portugal. O referido código italiano determina, em seu artigo 34, que - não estando o paciente em condição de expressar sua vontade em situações de risco grave - deve considerar as manifestações prévias de vontade estipuladas por ele.

Da mesma maneira, o código espanhol dispõe, no artigo 27, que, quando o paciente estiver impossibilitado de tomar decisões, o médico deve se balizar pelos valores e manifestações expressas previamente por ele e pela opinião das pessoas que sejam seus responsáveis. Em seu artigo 46, o código de ética médica de Portugal ordena que a atuação médica deve atentar para os desejos manifestados de forma livre e esclarecida pelo enfermo, principalmente para os impossibilitados de ele externá-los.

Conforme evidenciado na subseção primária anterior, a norma deontológica médica brasileira atual segue a tendência internacional demonstrada na exposição de motivos da aludida resolução administrativa. Ela orienta - em seu artigo 41, parágrafo único - que o médico deverá adotar os cuidados necessários - dispensando quaisquer práticas inúteis ou obstinadas -, levando em conta a vontade expressa do paciente ou, quando impossível, do representante legal deste.

As Diretivas Antecipadas de Vontade detêm relevância em diversos âmbitos deontológicos estrangeiros, uma vez que estão intimamente ligadas à autonomia do individual

²¹⁸ JOHN, E., HEFFNER, J. E., BARBIERI, C. End-of-life care preferences of patients enrolled in cardiovascular rehabilitation programs. *Chest Journal*, v. 117, n. 5, Illinois, p. 1474-1479, 2000.

²¹⁹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 3 set. 2010, p. 4.

e ao respeito à dignidade humana, os quais são, sobretudo, fundamentos da ética social contemporânea.

Por isso, a **quarta justificativa** para a edição da Resolução nº 1.995/2012 é concernente à demonstração de harmonia do regramento da profissão médica com os padrões internacionais. Inclusive, ela está em conformidade com o atual código de ética médica do Brasil, o que demonstra sua relevância, mesmo após a renovação por ele ensejada.

Ao fim, há a **quinta justificativa**. A resolução foi produzida para tratar do tema em função da circunstância de que o médico - ao se deparar em situações complexas, como um contexto de terminalidade, no qual há conflitos de ordens moral, pessoal e religiosa juntamente com a dificuldade de comunicação da vontade do paciente – pode recorrer ao Comitê de Bioética²²⁰.

No entanto, esses órgãos são parcamente presentes na realidade médica do Brasil, sendo que sua existência é mais provável em grandes instituições²²¹. É impreterível - partindo daqueles pressupostos de necessária regulamentação da conduta médica e de o Conselho Federal de Medicina deter o papel de ser referencial de orientação de seus administrados - a criação da Resolução nº 1.995/2012.

Essa indispensabilidade é ressaltada quando observada conjuntamente com as justificativas anteriores – com as considerações tecidas acerca delas -, bem como com todos os pressupostos perquiridos na subseção secundária anterior. Constata-se que a produção da aludida regulamentação administrativa se fazia indispensável. E o que resta em relação à resolução sob estudo são os dispositivos normativos das Diretivas Antecipadas de Vontade formada por aquela norma deontológica médica.

3.2.3 O regramento específico dispensado às Diretivas Antecipadas de Vontade no Brasil

A Resolução nº 1.995, de 31 de agosto de 2012, trata das Diretivas Antecipadas de Vontade no Brasil de modo sucinto por meio de três artigos. Essa regulamentação é sintética, havendo diretrizes mínimas. Isso resulta da característica desse instituto de alta possibilidade adaptação, o que é explicitado pelo fato de que as diretivas são um gênero composta por várias espécies distintas.

²²⁰ BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. **Princípios da ética biomédica**. 2ª ed. São Paulo: Loyola; 2011, p. 275.

²²¹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 set. 2010, p. 4.

Estas, apesar de sua variabilidade, detêm uma característica mínima. Ela é o registro da vontade do autor acerca dos procedimentos médicos a que permite sejam administrados junto a si. O detalhamento desse desígnio individual varia, haja vista ele ser resultante de expressão da personalidade do paciente, motivo pelo qual se encontra condicionado a perspectivas culturais, como abordado no segundo capítulo do presente trabalho.

Esse poder de adaptação permite também que as diretivas sejam conciliáveis com a realidade jurídica da localidade em que foram regulamentadas e estão sendo efetivadas. Desse modo, a estruturação da declaração de vontade resultante do emprego desse instituto é conformada pelo ambiente jurídico e social em que ele está inserto.

No Brasil, os atos da vida civil que se caracterizam e são estruturados a partir da expansão da vontade individual detêm como corolário reconhecidamente legal a liberdade de formas. Informam isso os artigos 104, inciso III, e 107 do Código Civil brasileiro, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Observa-se não ser incoerente com a ordem jurídica nacional que o instituto tratamento por esse formato conciso que se encontra disposto na mencionada norma administrativa. A razão disso é o princípio da autonomia e vontade individuais, o qual orienta e alberga a consecução do desiderato do paciente acerca dos tratamentos e procedimentos de saúde que admite receber.

O artigo 1º da resolução é norteado por esse princípio. Essa regra inicial é norma de informação que veicula a definição de Diretivas Antecipadas de Vontade. Nesse dispositivo, há a definição de que elas são o conjunto de desejos, previamente expressos e registrados pelo paciente para os momentos em que estiver inviabilizado de exprimir com liberdade e autonomia sua vontade, sobre cuidados e tratamentos com os quais concorda ou discorda, aceita ou rejeita, ser submetido²²².

O artigo 2º desse regramento de classe indica que, nas decisões sobre cuidados e tratamentos para aqueles que se encontrarem na situação prevista no artigo antecedente, o médico deverá atentar para o que foi expressado em suas diretivas.

Essa regra foi recepcionada no atual código de ética medicada brasileiro em seu artigo 41, parágrafo único, o qual a reproduz. No entanto, isso ocorre com explicitação do elemento pressuposto dessa resolução, que é a situação de terminalidade aliada ao atual patamar tecnológico que torna possível a obstinação terapêutica, a distanásia.

²²² BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 set. 2010, p. 1.

No texto do mencionado artigo 2º, não foi expresso aqueles elementos pressupostos pormenorizados na primeira subseção secundária deste terceiro capítulo. Isso destaca e ressalta dentre eles a situação de terminalidade aliada à possibilidade de práticas de obstinação vital como condições conjecturais para a utilização das diretivas.

O parágrafo 1º desse segundo artigo prevê a possibilidade de designação de um representante, o que se representa forma semelhante ao *Durable Power of Attorney for Health Care*, o mandato duradouro. Quanto a essa modalidade, a previsão regulamentar não conferiu maiores considerações. Foi deixada em aberto as possibilidades de coexistência, combinação, estruturação da diretiva após orientação multidisciplinar da equipe de saúde ou mesmo informação de valores balizadores, os quais são previstos para as outras espécies de diretivas.

Observa-se, nesse tocante, omissão quanto a qualquer diferenciação entre as espécies de testamento vital, mandato duradouro e o gênero diretivas antecipadas. Elas são tratadas, no Brasil, sob a mesma nomenclatura, embora haja diferenciações na sua origem. Isso permite concluir que, no regramento brasileiro, não há vislumbre de espécies, mas apenas o gênero que as comporta.

O parágrafo 2º daquele mesmo artigo 2º determina a invalidade de diretivas contrárias aos ditames de atuação médica dispostos no regramento deontológico dessa profissão. O escopo dessa vedação pode ser ampliado para mais além do que apenas no âmbito administrativo, adentrando, sobretudo, o campo da legalidade e da constitucionalidade, que são lógicas de conformação à legislação e à constituição exercidas pela ordem jurídica brasileira atual. Essa constatação se faz necessária em face do fato de que as diretivas são adaptadas ao ordenamento jurídico da localidade em que elas buscam ser efetivadas. E isso é disposição que reflete o que ocorreu na evolução do conteúdo do *Living Will*.

O parágrafo 3º desse mesmo dispositivo estabelece a primazia das diretivas em face de qualquer parecer não médico, inclusive desígnios expressados por familiares, os quais podem, ou confundir a real vontade do paciente, ou objetivar sobrepô-la pelas destes. A participação familiar na tomada de decisão é comum na realidade brasileira, a qual pode, ademais, gerar pressão que afetam a formação volitiva do paciente. E isso acontece juntamente com a corriqueira mudança de opiniões e preferências dos familiares a depender do grau de degradação das funções vitais do paciente²²³.

²²³ MESQUITA, Ana Carolina da Costa de. **Diretivas antecipadas de vontade: a perspectiva jurídica da autonomia da vontade e dignidade humana no fim da vida**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019, p. 108-109.

Esse mesmo dispositivo administrativo informa que, apesar de ser superior a pareceres não médicos e desejos de parentes, elas não podem contrariar pareceres médicos. É que o paciente não pode suprimir a orientação médica de preservação de sua vida, quando sejam possíveis cuidados que restabeleçam suas funções vitais. Mesmo em situação de recusa terapêutica, o médico deve intervir em caso de risco iminente de morte, como estabelecem os artigos 22, 26, 31 do atual código de ética médica²²⁴.

Diante disso, em situações que não sejam de terminalidade, não pode o médico se evadir do dever de tratar qualquer paciente que recusa se submeter a procedimento de saúde, quando houver de risco de morte.

Nessa regra é que se observa a existência de relevância ao consentimento livre e espontâneo do particular, o qual é elemento da construção do âmbito geral do instituto das Diretivas Antecipadas de Vontade.

O consentimento requerido por esse regramento é o proveniente da autonomia volitiva pessoal. Ele provém do desenvolvimento da personalidade humana, devendo elas resultarem de manifestação livre, espontâneo, informado e esclarecido, de maneira que possa ser considerado consentimento efetivamente hígido. Ele permite verificar uma aquiescência verdadeira junto às diretivas do enfermo, o que se faz necessário, pois o consentimento pode ser, sobretudo, considerado um direito da personalidade e uma garantia²²⁵.

O parágrafo 4º do artigo 2º da resolução determina que as diretivas que forem comunicadas diretamente ao médico pelo paciente serão registradas em prontuário. Esta regra administrativa indica meio de formalização física das diretivas.

A modalidade de registro aludida reúne três características: a primeira é o fato de que há uma modalidade de forma para a constituição das diretivas – embora não seja a única, já que o registro em prontuário somente é para que forem comunicadas diretamente pelo paciente ao médico -; a segunda é respectiva ao fato de esse modelo de registro ser semelhante ao que é concebido hoje para a espécie *Physician Orders for Life-Sustaining Treatment (POLST)*, já que ela admite seja portada a manifestação de vontade, inclusive com disponibilizada em registro eletrônico individualizado para o imediato acatamento das

²²⁴ BRASIL. 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, p. 25; 27.

²²⁵ MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, p. 79-80.

disposições²²⁶; e a terceira é a de que, novamente, a regulamentação brasileira demonstra não atender às espécies integrantes ao gênero maior que são diretivas antecipadas de vontade, as quais comportam todos as espécies identificadas no âmbito geral abordado na seção 3.1 deste capítulo.

Em seguida, o parágrafo 5º do artigo 2º se coaduna com o pressuposto de necessária regulação da conduta médica, demonstrando que o Conselho Federal de Medicina é mais que apenas uma entidade de orientação de classe acerca de que condutas devem ser adotadas para o exercício da profissão, mas também de proteção de seus administrados, no caso, os médicos. Isso reconduz àqueles pressupostos destacados, especialmente, a função de órgão regulamentar da conduta médica para, alinhado ao interesse público, orientar os seus administrados de forma que possibilite não apenas a melhor maneira de exercício da profissão, mas também com o fito proteger os usuários do serviço médico.

Por fim, o artigo 3º da Resolução nº 1.995/2012 trata da vigência imediata dessa norma administrativa, dispensando-se qualquer possível prazo de adaptação da comunidade médica ao que ela introduziu no ordenamento infralegal da profissão.

As diretivas, como se observa em seu plano mais abrangente, detêm a natureza jurídica de ato unilateral de eficácia diferida entre vivos, em prol de garantir o atendimento da vontade do paciente, para quando este estiver impossibilitado de expressá-la, com o fito evitar intervenção médica que seja gravosa a si, principalmente no âmbito moral²²⁷.

Nessa definição, insere-se o cunho existencial. Seu fito é informar quais são os limites e restrições das práticas e dos tratamentos médicos a ele disponíveis e serem observadas nos momentos em que ele não puder externar sua vontade. Preservando sua autodeterminação, sua autonomia e respeito ao seu consentimento observando-a a *contrario sensu*.

Ela detém, na realidade País, pressupostos – os quais se ligam em continuidade com suas justificativas - que modificam ainda mais a sua concepção original, como é o caso da sua ligação intrínseca a situações de terminalidade e de possibilidade de práticas de obstinação terapêutica. Ela não se atenta para as espécies existentes para o ato de vontade, suas especificações e modalidades. Apenas os aglutina de forma simplista com base naquela norma administrativa.

²²⁶ MAYORAL, Vânia Ferreira de Sá. **Adaptação transcultural do formulário POLST: Physician Orders for Life-Sustaining Treatment**. 2016. Dissertação (mestrado em Saúde Coletiva) – Faculdade de Medicina, Universidade Estadual Paulista, Botucatu, 2016, p. 29.

²²⁷ LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos**. 2. Ed. São Paulo: Atheneu, 2014, p. 96-100.

Ademais, a regulamentação exposta no âmbito nacional corresponde a uma adaptação não apenas de conteúdo, o que é possível para esse instituto, como retratado alhures. E, sim, uma adequação conceitual e procedimental, que ocorreu no sentido de reduzir e sintetizar um modelo mais direito que comporte a maior gama de flexibilizações possíveis. Cogita-se que isso decorreu, à época, da incipiência da temática, esta que, ainda hoje, passa por sedimentação na realidade nacional, em que pese seja objeto estudo, análise e utilização.

Vistos os âmbitos interno e geral, inicialmente, e, após, o externo e específico à realidade brasileira - sendo que ambos foram perquiridos de forma preponderantemente teórica -, será realizada análise de cunho prático pautada em estudo de caso judicial.

3.3 A Perspectiva Prática do Modelo Brasileiro de Diretivas Antecipadas de Vontade: Estudo de Caso Paradigma e Análise de Controvérsias

Apesar da sua influência no campo teórico, as Diretivas Antecipadas de Vontade delineadas pela Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, implicaram - quando de seu advento na realidade jurídica do Brasil - consequências práticas.

O paradigma dessa afirmação é a Ação Civil Pública de nº 0001039-86.2013.4.01.3500, ajuizada pelo Ministério Público Federal em face do Conselho Federal de Medicina, tendo como objeto a impugnação da resolução sobredita sob o argumento de que ela se encontra contrária à ordem jurídica do País em variados aspectos. A pretensão apresentada pelo promovente dessa ação é a de que essa resolução deve ser impossibilitada de produzir qualquer efeito e extinta do ideário do Direito brasileiro.

Durante a tramitação da referida ação - a qual ainda não se findou, mas está em análise da segunda instância da Justiça Federal da Primeira Região -, foram aduzidas diversas controvérsias que se concatenam com as abordagens anteriormente deduzidas.

A verificação de cada uma delas é relevante para a presente pesquisa em função do fato de que isso permite aproximar a análise ora realizada para um escopo mais concreto. Possibilitando, sobretudo, aferir com maior solidez a adequação daquela resolução administrativa e do instituto por ela tratado junto ao sistema jurídico nacional. E isso porque essa conclusão advém do exercício da função jurisdicional, por meio da qual o Poder Público realiza a aplicação do Direito junto à realidade social pacificando a lide a ele apresentada.

A investigação desse viés prático será dividida em duas partes: a primeira reservada para análise da Ação Civil Pública mencionada, com vistas às peças processuais principais decisivas ao mérito da questão, que são a petição inicial, contestação, réplicas, memoriais,

sentença e peças recursais de mérito – no caso, recurso de apelação e sua resposta, dispensadas outras modalidades como agravo de instrumento -; e a segunda será abordagem das controvérsias jurídicas verificadas no referido embate judicial, ponderando-as em combinação ao conjunto analítico efetivado nas seções anteriores deste capítulo, tendo como escopo específico a realização de uma análise jurídica de cunho estritamente técnico.

3.3.1 *Análise da Ação Civil Pública nº 0001039-86.2013.8.06.4.01.3500*

O processo²²⁸ nº 0001039-86.2013.4.01.3500 trata-se de uma Ação Civil Pública ajuizada, em 25 de janeiro de 2013, pelo Ministério Público Federal em face do Conselho Federal de Medicina perante a Justiça Federal da 1ª Região, no caso, em sua Seção Judiciária de Goiás²²⁹.

Em sua petição inicial, o promovente destaca que a sua ação encontra fundamento na sua atribuição de instituição essencial à função jurisdicional e à defesa da ordem jurídica, sendo que, na situação do mencionado processo, está em defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, que são direito à vida e à saúde, previstos na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 5ª, *caput*, 6º e 196 a 200²³⁰.

O ponto central de sua postulação é a declaração incidental de inconstitucionalidade e ilegalidade da Resolução nº 1.995/2012 do CFM, a qual fez uso do pretexto de regradar atuação profissional médica frente à terminalidade da vida de seus pacientes²³¹.

Por esse motivo, extrapolou os limites conferidos pela sua lei instituidora, Lei nº 3.268/57, e de seu poder regulamentar, uma vez que normatizando tema de repercussão familiar, social e de direitos da personalidade²³², embora seja essa competência exclusiva do Poder Legislativo de nível federal, conforme previsão do artigo 22, incisos I, XVI e XXIII, da CF/88²³³. Ademais, o Ministério Público argumentou que a resolução foi omissa em pontos essenciais, como os requisitos pessoais dos pacientes, prazo de suas disposições, meios de revogação, critérios de participação de familiares e instrumento específico para o registro de vontade do paciente²³⁴.

²²⁸ Para referenciamento ao processo, serão empregadas nas citações as páginas dos autos eletrônico e não as constantes fisicamente nas folhas dos autos, uma vez que houve a digitalização do referido feito, hoje, tramitando junto ao sistema PJe do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

²²⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Processo nº 0001039-86.2013.4.01.3500**, Ministério Público Federal e Conselho Federal de Medicina, 25 jan. 2014, p. 3.

²³⁰ *ibid.*, p. 7-8.

²³¹ *ibid.*, p. 6.

²³² *ibid.*, p. 11.

²³³ *ibid.*, p. 11-12.

²³⁴ *ibid.*, p. 14-16.

Ao lado disso, o demandante impugnou o modelo de diretivas instituída por não haver previsão de a família influenciar na formação da vontade, bem como da fiscalização de seu cumprimento, sendo isso ponto de contrariedade à especial proteção da família pelo Estado prevista no artigo 226, *caput*, da atual CF²³⁵. Em último argumento meritório, aquela entidade pública promovente impugnou a idoneidade do prontuário como instrumento de registro das Diretivas Antecipadas de Vontade face ao seu caráter sigiloso, impossibilitando controle dos atos do médico²³⁶.

Em suas arguições finais, reiterou que fosse declarada a inconstitucionalidade incidental e a ilegalidade da resolução discutida judicialmente, bem como insistiu na suspensão da eficácia desse ato administrativo e na proibição da expedição de novo ato que ultrapasse os limites do poder regulamentar do Conselho Federal de Medicina sobre a mesma temática, devendo ser ordenado que o órgão de classe divulgasse em seus endereços eletrônicos a suspensão da eficácia da resolução²³⁷. Conjuntamente, pleiteou deferimento de medida liminar, sob pena de multa diária, com o mesmo escopo dos seus pedidos de mérito, a qual, todavia, foi indeferida, motivo pelo qual houve interposição de agravo de instrumento pelo Ministério Público.

O Conselho Federal de Medicina manifestou-se duas vezes nos autos. A primeira oportunidade foi para apresentar informações preliminares²³⁸. Na segunda, apresentou sua contestação²³⁹. Em síntese, ambas as peças são semelhantes, sendo esse o motivo pelo qual os argumentos de defesa serão considerados a partir da contestação, que é a peça processual apta ao desiderato do réu de haver o julgamento de improcedência da ação.

Como matéria meritória de defesa, o mencionado órgão de classe arguiu que o Ministério da Saúde mediante a Portaria nº 1.820/2009 reconhece a necessidade de respeito aos valores, cultura e direitos dos pacientes sob a assistência do Sistema Único de Saúde. E, nesse contexto, são principalmente protegidos os direitos atinentes ao sigilo, confidencialidade, consentimento livre, voluntário e esclarecido, bem como a livre escolha de que tomará a decisão em caso de incapacidade do enfermo²⁴⁰.

Arguiu que não há inconstitucionalidade ou ilegalidade porque, de fato, o Conselho Federal de Medicina detém a incumbência decorrente de lei para cuidar do exercício técnico e

²³⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Processo nº 0001039-86.2013.4.01.3500**, Ministério Público Federal e Conselho Federal de Medicina, 25 jan. 2014, p. 16-17.

²³⁶ *ibid.*, p. 17-19.

²³⁷ *ibid.*, p. 30-32.

²³⁸ *ibid.*, p. 66-90.

²³⁹ *ibid.*, p. 176-206.

²⁴⁰ *ibid.*, p. 182-183.

moral da medicina²⁴¹. Arremata que a Resolução nº 1.995/2012 não pretende introduzir no ordenamento jurídico práticas de ortotanásia – que é objeto da Resolução nº 1.805/2006 também do CFM -, mas apenas orientar o médico que a ética profissional exige respeito aos desejos e vontades previamente expressados pelo paciente acerca dos tratamentos e procedimentos que concorda sejam administrados junto a si²⁴². Aliás, a resolução que trata das diretivas busca atribuir relevância especial à autonomia do enfermo na relação médico-paciente em respeito à sua individualidade e à sua dignidade²⁴³, sendo isso ponto de proteção estabelecido pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso III, e pelo Código Civil vigente, no seu artigo 15.

O Réu contra-argumentou as alegações de omissão na resolução. Primeiramente, não cabe ao conselho médico indicar quem tem ou não capacidade para firmar termo de manifestação de vontade, haja vista que isso é temática tratada pelo CC²⁴⁴. Segundamente, o ato de vontade não caduca com o tempo, sendo a validade das diretivas condicionadas à iniciativa de seu titular, posto que revogável a qualquer tempo - o que inclusive converge com o artigo 5º da já mencionada Resolução nº 1.820/2009 do Ministério da Saúde²⁴⁵ -, com base no princípio de simetria das formas²⁴⁶. Em terceiro lugar, a família é fonte de consulta, desde que inexistente alguma diretiva antecipada por parte do paciente, até porque a participação familiar é fundamental no processo de tratamento médico²⁴⁷.

O promovido afirma que não criou forma especial para as diretivas, tampouco transformou o prontuário nesse meio de registro de vontade, uma vez que apenas indicou que o médico, quando for comunicado diretamente, registrará no prontuário para dar ênfase à relação de confiança existente entre médico e paciente²⁴⁸. Ou seja, em nenhum momento cerceia a liberdade de formas estabelecida pelo artigo 104, inciso III, do CC/02, pois essa ainda é a regra para o referido instituto. Muito menos objetiva modificar a natureza sigilosa, particular e íntima do prontuário médico, motivo pelo qual cita e ratifica as determinações contidas na Resolução nº 1.605/2000 emitida por si, que com isso converge e ainda detém pleno vigor²⁴⁹.

²⁴¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Processo nº 0001039-86.2013.4.01.3500**, Ministério Público Federal e Conselho Federal de Medicina, 25 jan. 2014, p. 184-187.

²⁴² *ibid.*, p. 187-194.

²⁴³ *ibid.*, p. 191-194.

²⁴⁴ *ibid.*, p. 194-195.

²⁴⁵ *ibid.*, p. 201-202.

²⁴⁶ *ibid.*, p. 195-196.

²⁴⁷ *ibid.*, p. 196-198.

²⁴⁸ *ibid.*, p. 201.

²⁴⁹ *ibid.*, p. 200-203.

Por fim, ressaltou o referido órgão que diversos países já preveem as diretivas antecipadas como meio válido de expressão de vontade de pacientes em relação a tratamentos aos quais desejam ou não se submeter²⁵⁰. Exemplos disso são Espanha, Portugal e Itália²⁵¹.

Ao fim de sua defesa, o mencionado órgão de classe postulou pelo julgamento improcedente da ação. Logo após, as partes foram instadas a produzir provas, mas dispensaram essa faculdade, passando o processo para a fase de julgamento.

Sentença de improcedência proferida nos autos. Ela reconheceu que as diretivas de vontade estabelecidas pela Resolução nº 1.995/2012 do CFM tratam da situação de impossibilidade de comunicação da vontade do paciente²⁵². Junto a isso, foi declarada a existência de vácuo legislativo sobre a temática, embora fosse conveniente que o legislador dispusesse tratamento específico e mais detalhado para as Diretivas Antecipadas de Vontade²⁵³.

O julgador declarou que, em face dessa omissão normativa, não há vedação às diretivas na ordem jurídica brasileira, bem como não houve extrapolação dos poderes regulamentares do órgão de classe²⁵⁴.

Isso demonstra que já havia previsão para que os pacientes atuassem nesse sentido, bem como existia direcionamento geral pelo referido órgão executivo para atendimento dos desígnios individuais do paciente²⁵⁵. É que seu escopo é disciplinar a conduta médica perante situação em que o paciente externe previamente seus desígnios acerca de tratamentos que concorda ou não para caso esteja impossibilitado de fazê-lo posteriormente²⁵⁶. Inclusive, isso detém a finalidade de aferir necessidade de instauração de procedimentos ético-disciplinares e sanções, mas não para criar obrigações de âmbito civil ou penal²⁵⁷.

No contexto normativo brasileiro das diretivas, à família não é vedada a busca pela tutela judicial, seja para cumprimento da vontade do particular, seja para responsabilização por ato ilícito de profissional de saúde, tal como descumprimento ou realização mediante vício de consentimento²⁵⁸. Portanto, ela se encontra preservada e privilegiada como

²⁵⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Processo nº 0001039-86.2013.4.01.3500**, Ministério Público Federal e Conselho Federal de Medicina, 25 jan. 2014, p. 203.

²⁵¹ *ibid.*, p. 203-205.

²⁵² *ibid.*, p. 237.

²⁵³ *ibid.*, p. 238.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 238.

²⁵⁵ *ibid.*, p. 238.

²⁵⁶ *ibid.*, p. 238.

²⁵⁷ *ibid.*, p. 238.

²⁵⁸ *ibid.*, p. 238, 240.

participante do processo de investigação da real vontade do enfermo, caso não haja diretivas²⁵⁹. Todavia, não pode ela servir de pretexto suprimir o desejo do paciente²⁶⁰.

Foi destacado, nessa mesma decisão terminativa, que a resolução discutida nos autos é compatível com os ditames constitucionais e com o que determina o Código Civil, observando o regramento acerca da capacidade civil e da liberdade de forma não havendo que se questionar ofensa à dignidade, autonomia da vontade ou segurança jurídica, muito menos se pode cogitar submissão a tratamento degradante²⁶¹. Porém, em ocorrência de inobservância do regramento civil, o médico pode desconsiderar o ato prévio de vontade²⁶².

Em relação ao prazo das diretivas, elas apenas estão submetidas à iniciativa de seu titular em modificá-las ou revogá-las, o que pode ser feito a qualquer tempo²⁶³. Quanto ao prontuário, ele é apenas um dos vários meios de registros, não havendo qualquer desvirtuação de suas finalidade ou ofensa à legislação, ou pela sua utilização para expressar os desejos do paciente, ou pelo fato de não ser forma necessária para a validade do instituto²⁶⁴.

Face ao resultado do processo em primeira instância, foi interposto recurso de apelação pelo Ministério Público, o qual reproduziu as alegações da peça inicial, mas com as alterações necessárias a essa peça recursal²⁶⁵. As contrarrazões apresentadas pelo Conselho Federal de Medicina também reproduziram os argumentos de defesa, com poucas alterações necessárias à respectiva peça recursal²⁶⁶.

E, posteriormente a isso, o agravo de instrumento foi julgado prejudicado diante da sentença de improcedência da ação constante dos autos, não tendo sido interposto recurso disso²⁶⁷. Houve manifestação do Ministério Público, em agosto de 2014, requerendo o provimento da apelação, mas ainda não apreciada, estando os autos conclusos até a presente data²⁶⁸.

Pelo exposto, observa-se que diversos dos pontos desenvolvidos nas seções anteriores deste capítulo foram abordados e enfrentados pelas partes seja por um aspecto, seja por outro. Contudo, eles foram discutidos de forma parcial, motivo pelo qual é possível

²⁵⁹ *ibid.*, p. 240

²⁶⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Processo nº 0001039-86.2013.4.01.3500**, Ministério Público Federal e Conselho Federal de Medicina, 25 jan. 2014, p. 240.

²⁶¹ *ibid.*, p. 239

²⁶² *ibid.*, p. 239.

²⁶³ *ibid.*, p. 240

²⁶⁴ *ibid.*, p. 239-240.

²⁶⁵ *ibid.*, p. 246-266

²⁶⁶ *ibid.*, p. 279-291.

²⁶⁷ *ibid.*, p. 293-300.

²⁶⁸ *ibid.*, p. 305-310.

garantir uma perspectiva mais abrangente com base nos aportes teóricos desenvolvidos até o momento.

3.3.2 Análise das controvérsias existentes na Ação Civil Pública

Dentro do contexto da Ação Civil Pública que tramitou perante a Justiça Federal de Goiás e se encontra no Tribunal Regional Federal da 1ª região (TRF-1), há posicionamentos argumentativos dos polos que viabilizaram a triangularização da relação processual. O Ministério Público arguiu uma possível atuação do réu, o Conselho Federal de Medicina, fora do âmbito de suas atribuições estatuídas em lei, inclusive usurpando competências. Junto a isso, delimitou quesitos de deficiência na regulamentação do modelo de Diretivas Antecipadas de Vontade instituídas pela Resolução nº 1.995/2012.

Por sua vez, o CFM assume posição de defesa de suas atribuições, arguindo que apenas agiu dentro do que lhe cabia, bem como inexistiu criação jurídica, já que seu escopo foi apenas de disciplinar a conduta médica em padrões éticos. Ressalta que a edição da resolução discutida judicialmente foi concretizada em harmonia com as disposições do Ministério da Saúde e com as outras resoluções já emitidas pelo próprio conselho médico.

Disso, surge a primeira controvérsia. Houve ou não criação jurídica por parte dessa resolução? A resposta para essa pergunta depende de diversas etapas e considerações.

A *prima facie*, sim, houve uma criação jurídica, uma vez que a resolução foi expedida para disciplinar condutas humanas existentes na sociedade para que possa ser possível o convívio mútuo²⁶⁹. E essa criação é, para efeitos práticos, uma inovação, posto que busca disciplinar âmbito componente da realidade social junto ao qual não houve regulação direta específica.

Porém, um vislumbre mais acurado permite inferir que a criação que é contraposta na ação judicial é relativa à usurpação de competências de outra entidade da estrutura estatal, no caso, o Poder Legislativo, e à extrapolação de atribuições previstas legalmente.

Sob essa perspectiva, não houve qualquer infração. O escopo da normatização efetivada pelo Conselho Federal de Medicina está explícito não apenas nos seus pressupostos – consoante exposto nos seus *consideranda* -, mas também nas suas justificativas. É que o

²⁶⁹ O que corresponde a uma regulação que visa efetivar uma das funções do direito, que é fomentar e propiciar que “[...] todos os valores, interesses e expectativas possam apresentar-se livre e igualmente no âmbito dos procedimentos políticos e jurídicos” (cf. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 132).

objetivo de ter sido editada aquela norma administrativa é a atuação médica e não a utilização difusa por parte da sociedade.

Assim, a conduta regulamentadora do mencionado órgão de classe não usurpou competências, tampouco extravasou suas atribuições legais. Essa foi a conclusão explícita em sentença.

Todavia, é necessário se atentar para uma questão em um nível secundário e de cunho mais próximo ao âmbito social e cultural. A criação normativa por um órgão fiscalizador do exercício profissional em uma temática em que há vácuo legislativo resulta em influência para a solução desse vázio legal.

Consoante observado no âmbito geral das Diretivas Antecipadas de Vontade, o surgimento da discussão sobre essa temática decorre de um movimento extralegal que ou influencia o sistema judicial, ou propugna o rompimento da inércia do legislador. É o caso do *Living Will* que depois foi aderido por estados-membros dos Estados Unidos na forma de lei. Outro exemplo disso é o caso espanhol, em que uma associação disseminou a temática em seu ambiente social. Nesses países, essas proposições se tornaram, posteriormente, base para a configuração legislativa da temática.

Esse segundo cenário exemplificativo se assemelha mais à realidade brasileira, haja vista que o incremento de importância do tema já adveio de um conhecimento preestabelecido. E o contexto de ambas as nações é de debates e tentativas de sedimentação de sua implementação²⁷⁰.

No Brasil, há vázio legislativo acerca da temática. E, em contrapartida, surge uma entidade destituída da função legislativa precípua que edita a primeira norma específica sobre Diretivas Antecipadas de Vontade. Inegável que a forma desse regramento detém escopo reduzido, mas já é apta a influenciar a realidade do Direito, sendo uma projeção inicial (um esboço de regramento) que contribui para uma configuração de regra social futura mais consistente. Prova desse estímulo decorreu do fato de que, quando do seu surgimento, essa norma administrativa instigou o interesse da mídia brasileira por tratar de questão multifacetada e polêmica, sendo que, após um mês, observavam-se debates acerca de cientistas de grande impacto acadêmico sobre o tema²⁷¹.

²⁷⁰ DADALTO, Luciana. A necessidade de um modelo de Diretivas Antecipadas de Vontade para o Brasil: estudo comparativo dos modelos português e franceses. **Revista M. Estudos sobre a morte, os mortos e o morrer**, v. 1, n. 2, p. 443-460. 2019, p. 460.

²⁷¹ NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites. **Revista Bioética – CFM**. v. 22, n.2, p. 241-251, 2014, p. 242.

No entanto, essa constatação não é apta para gerar maiores percalços por três motivos.

O primeiro é o de que os próprios pressupostos e justificativas da resolução deixam claro qual o seu escopo.

O segundo é correspondente ao fato de que o âmbito de interesses para o qual essa criação (ou inovação) produzirá sua eficácia é de contexto de autonomia da vontade - ou seja, seara de direito de cunho privado -, motivo pelo qual, não havendo vedação legal, é permitida a realização de determinada conduta. Assim, mesmo influenciando práticas semelhantes a esse instituto, não pode ser ela vedada.

O terceiro decorre de aferição feita no segundo capítulo. E ela é a de que o Direito é composto por vertentes lógicas e axiológicas, estas mantidas – ou controvertidas - pela subjetividade individual²⁷². Isso resulta no condicionamento das formas de expressão da realidade jurídica em função de um horizonte cultural.

O referido condicionamento, por sua vez, é apurado durante o tempo, construindo uma historicidade específica para cada concepção linguística e, por consequência, jurídica²⁷³. E não se pode evitar isso, pois o Direito é intrínseco à realidade humana, que é imersa em um ambiente cultural, social e antropológico, que forma a sua personalidade.

Por isso é que, a partir dessa norma atual, haverá a criação de outras pela sua influência tanto por processos jurídicos públicos – atos administrativos e legislação – quanto no escopo privado, em que a expansão de vontade individual permite – inexistindo proibição – a utilização difusa das diretivas. Elas terão como referência – ou ponto de partida para maior aprofundamento – a resolução atual, que será a anterior e objeto de superação. E isso porque houve o rompimento do vácuo normativo perpetuado pela inércia legislativa brasileira.

Outra controvérsia decorre do fato de que a resolução é atacada pelo Ministério Público por ter sido estruturada de maneira sucinta, lacunosa e insuficiente. É que não foram tratadas diversas circunstâncias técnicas necessárias para segurança jurídica.

Em contraposição, a entidade classista ré defende que não há a necessidade de digressões mais específicas e exaustivas porque existe a legislação civil vigente e as normas editadas por outros órgãos, como o Ministério da Saúde, além de diversas resoluções do Conselho Federal de Medicina disciplinarem os pontos restantes.

²⁷² REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 269-270.

²⁷³ KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, jul./dez., 1992, p. 134 – 142.

Questiona-se, portanto, se há regulamentação lacunosa e insuficiente?

A resposta a isso, como foi a atinente à indagação anterior, não detém apenas uma forma de observação.

Levando-se em consideração a completude do ordenamento jurídico, é desnecessário que uma norma adentre a seara de outra, quando ambas são sinérgicas. Ao contrário, em situações conflituosas, como é o caso das situações de derrogação e ab-rogação, há um rompimento da completude para a atualização sistêmica.

Ao decidir a questão judicial, o julgador reconheceu que havia desnecessidade de tratamento de vários dos quesitos de insuficiência apontados pelo Ministério Público, de vez que o regramento administrativo estava em harmonia com outros preceitos legais e constitucionais²⁷⁴. Estando em consonância com os ditames da Constituição e com as normas infraconstitucionais, não há que se falar em irregularidade da Resolução nº 1.995/2012. Muito menos se impunha a declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade de seus dispositivos.

A nível da observação específica da adequação desse regramento administrativo aos fins da técnica de controle de constitucionalidade e de completude da ordem jurídica, não há reparo a se fazer.

Entretanto, caso observados os seus pressupostos e justificativas veiculados na própria resolução que institui as diretivas antecipadas de vontade na realidade brasileira, é possível aferir que ela é insuficiente para suas próprias finalidades. Conforme já apontado em subseção anterior deste mesmo capítulo, 3.2.1, a função do órgão de classe e de suas resoluções é orientar os seus administrados de forma que possibilite não apenas a melhor maneira de exercício da profissão, mas também proteger os usuários do serviço médico, inclusive em temáticas complexas²⁷⁵.

Porém, a Resolução nº 1.995/2012 é insuficiente para esse desiderato comum das entidades classistas. É que, diante do fato de que seu papel é orientar a conduta do médico e garantir parâmetros de aferição desse serviço ao usuário do serviço de saúde, quanto mais pormenorizada for a instrução, mais efetivamente alcançará esse resultado.

Isso se observa sob a perspectiva do médico, o qual encontra, em uma regulação mais robusta, uma proteção mais completa e que trata de orientar sob diversas vertentes necessárias ao seu cotidiano. Igualmente, tanto o paciente é beneficiado por isso em função de ser mais amparado, já que há mais parâmetros para ele aferir a qualidade do serviço prestado,

²⁷⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Processo nº 0001039-86.2013.4.01.3500**, Ministério Público Federal e Conselho Federal de Medicina, 25 jan. 2014, p. 238-240.

²⁷⁵ PITELLI, Sergio Domingos. O poder normativo do Conselho Federal de Medicina e o direito constitucional à saúde. **Revista de Direito Sanitário**. v. 3, n. 1, mar., p. 38-59, 2002, p. 55.

quanto o órgão de classe torna possível controlar melhor a qualidade do serviço que entende dever oferecer em prol do consumidor.

Constata-se, então, que a Resolução nº 1.995/2012 não basta para aquela função do órgão de classe e para os benefícios informados acima, posto que apenas detém três artigos. O seu terceiro artigo em nada influi para algum acréscimo qualidade por tratar da vigência da resolução. Essa é a mesma situação do seu primeiro dispositivo, pois ele traz uma mera definição. O segundo artigo é o único que trata da conduta do paciente, sendo harmônico com os seus pressupostos e justificativas, nos seus cinco parágrafos.

E nesse ponto surge uma terceira controvérsia. É que, embora tenha como objetivo regular a conduta médica para situações em que figurem diretivas antecipadas de vontade, esse normativo deontológico não comporta o real estado de desenvolvimento da temática. Consoante exposto na subseção secundária 3.2.3, o tratamento brasileiro sobre o tema é efetivado pela resolução e diz respeito apenas ao gênero de diretivas, somando a ele diversas características, olvidando completamente suas especificações, nomenclaturas, elementos ou mesmo alguma sistematização que lhe garantem consistência e solidez teórica, como foi demonstrado na subseção 3.1.

Evidência disso se refere ao fato de que a sentença do caso paradigma apresentado inicia a análise do mérito reduzindo – sob a referência da aludida norma administrativa, a qual era o objeto da discussão judicial – e centrando a temática na impossibilidade de comunicação da vontade do enfermo. Isso é feito ignorando os pressupostos presentes nos *consideranda* da norma administrativa e o exposto em suas justificativas.

Na forma como se encontra hoje, a resolução realiza apenas um recorte incompleto da real complexidade dessa temática, motivo pelo qual perde eficiência em âmbitos extrajurídicos. Com base no que se analisou acerca da primeira controvérsia e diante do fato de que a Resolução nº 1.995/2012 é a oportunidade inicial de contato e tratamento desse tema, ela pode influenciar os particulares - já que não reflete todas as possibilidades das Diretivas Antecipadas de Vontade – limitando a compreensão de suas reais possibilidades e potencialidades a serem desenvolvidas no território brasileiro junto da população que dela pode se valer.

Aliás, ao se tratar do contexto de regulação e suficiência normativa, surge a Resolução nº 2.232, de 17 de julho de 2019, do CFM, que foi editada com o fito de complementação à Resolução nº 1.995/2012. Ela apresenta normas éticas de amparo à recusa terapêutica por pacientes e de objeção de consciência na relação médico-paciente.

Em que pese ela tenha esse fito explícito de reforço àquele ato administrativo, o seu advento não trata dos defeitos dessa primeira norma disciplinar, mas apenas inclui orientação específica à objeção de consciência do médico.

Nessa resolução mais recente, constata-se a manutenção da inobservância da complexidade da configuração teórica das DAV. Não são revisadas as imprecisões terminológicas, tampouco aprofundada a temática junto às variadas espécies do gênero Diretivas Antecipadas de Vontade. Desse modo, a insuficiência e a superficialidade de tratamento a despeito da profundidade técnica da temática ainda continuam a ocorrer.

O que as controvérsias ora analisadas em conjunto com as seções anteriores deste capítulo demonstram é que há validade, vantagens e potencialidades para as Diretivas Antecipadas de Vontade no âmbito brasileiro (apesar de alguns reveses). O tratamento brasileiro instituído pela Resolução nº 1.995/2012 é um primeiro passo.

Ele é um marco inicial para um processo muito maior e crescente de sedimentação do tema na realidade brasileira, como também o foi em outras nações já referidas. Por meio dele, combate-se o óbice existente à temática, uma vez que ela ressalta e estimula a necessidade de legislação específica.

Ela é ferramenta de exercício ativo do direito à vida, resultante da autonomia do indivíduo com os desígnios externados pela sua personalidade e orientados pelo seu horizonte cultural. Sobretudo, é meio de concretização dessa vertente ativa especialmente em situações delicadas para os indivíduos, como as de terminalidade, inclusive considerando o seu regramento atual.

E, por fim, as DAV são instrumentos adaptáveis não apenas à localidade em que são confeccionadas, mas também à individualidade do seu titular. E isso a aproxima do escopo inicial suscitado como hipótese no segundo capítulo, que é ser instrumento apto a responder o desafio decorrente do pluralismo multicultural ao Direito.

4 AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO INSTRUMENTO DE RESPOSTA DO DIREITO ÀS TENSÕES DECORRENTES DO PLURALISMO CULTURAL

A análise realizada no segundo capítulo permitiu elencar características centrais à configuração social existente atualmente a partir de vertentes variadas. Como resultado, explicitou-se a contínua tensão existente em um ambiente de cultura plural. Ela afeta não apenas uma compreensão simplista da realidade, mas também perspectiva complexa da constituição da sociedade, em que esta é composta por sistemas erigidos sob o princípio da diferenciação, da autonomia e da autorreferência, detendo lógica interna própria.

Com base nesse contexto, ao Poder Público incumbe interferir para a manutenção e estabilização da convivência coletiva por meio de sua ferramenta própria, que é o Direito. No entanto, o pluralismo impõe de forma qualificada esse dever estatal diferentemente do que ocorreu em períodos históricos anteriores de imposição de uma homogeneidade social e moral por uma autoridade central, a qual execrava a pluralidade cultural. Essa qualificação corresponde à função de possibilitar que a profusão de valores, interesses e expectativas se apresentem nas searas dos processos de cunho político e jurídico de maneira livre e igual²⁷⁶.

O Direito à Vida se encontra inserto nessa conjuntura de pluralismo. É que o valor vida que a ele se relaciona recebe ressignificações a partir do horizonte da cultura, seja em âmbito individual, seja de âmbito coletivo. No plano jurídico, essa diversidade condiciona não apenas uma estrutura da norma objetiva, mas sua eficácia, efetividade e aplicabilidade. E isso simultaneamente à variação de subjetividade entre os intérpretes e operadores do direito²⁷⁷.

O aludido direito encontra-se perfilhado de modificações decorrentes da axiologia ínsita a si, perpassando condicionamentos possíveis e provenientes de fundamentos de ordens religiosa, metafísica, científica ou filosófica. Estas, por sua vez, também participam da incomensurabilidade social e do dissenso material conteudístico,

Os planos social e jurídico não podem ter como fim a instituição de consenso material e de conteúdo - na forma estabelecida por Habermas -, mas sim são originados e configurados mediante uma complexidade intrínseca²⁷⁸. Esse cenário evidencia que aquele dever do Poder Público se constitui em um desafio oriundo pluralidade cultural. Em uma

²⁷⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 132.

²⁷⁷ REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 269-270.

²⁷⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 135-136.

sociedade de modernidade periférica como a brasileira, essa adversidade a ser enfrentada pela práxis pública é reforçada pela sua hipercomplexidade²⁷⁹.

Todavia, não se escusa olvidá-lo, posto que isso representa contraste à finalidade do próprio Direito e ensejaria uma desestabilização que arrisca a vivência em coletividade. A solução disso se verifica a partir de um consenso procedimental que viabiliza a coexistência de diferenças e a intermediação do dissenso material²⁸⁰.

Uma forma jurídica aberta que permita a externalização, realização e desígnios dos sujeitos participantes da pluralidade social representa um modelo procedimental de enfrentamento desse desafio. Essa mesma forma deve, sobretudo, possibilitar que a subjetividade do indivíduo correspondente ao horizonte cultural respectivo seja não apenas reconhecida, mas também ativamente exercido. O que evita a tendência ocidental de embate proveniente do intento de superioridade cultural, como destacado por Boaventura de Sousa²⁸¹.

No âmbito do Direito à Vida, surgem as Diretivas Antecipadas de Vontade, analisadas de maneira ampla no capítulo anterior. O mencionado instituto é uma forma jurídica – direito - que detém como característica constitutiva ser um canal de proteção da personalidade individual com base em manifestações prévias de vontade acerca da atuação médica para situações futuras em que o elemento volitivo não possa ser externado²⁸².

Ele pode se constituir a partir de espécies diferenciadas, todas aptas e correspondentes a situações e desígnios específicos e compatíveis com as disposições individuais do seu manifestante. Os regramentos jurídicos atinentes a esse instituto garantem-lhe força vinculante de modo a impor respeito e observância, sendo isso observável nacional e internacionalmente.

Perfunctoriamente, sua delimitação conceitual garante a si o contorno de canal de comunicação e proteção que comporta o horizonte cultural de seu titular dentro de um contexto de subjetividades divergentes, em que estas iriam se sobrepor àquele, principalmente em contextos médicos.

Essa constatação é identificável com o necessário consenso procedimental que acomoda o dissenso material e permite o exercício das perspectivas de culturas distintas dentro da mesma estrutura social.

²⁷⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 244-258.

²⁸⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 135; 239.

²⁸¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 39, 1997, p. 112-115.

²⁸² DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; BARTOLOMEU, Dirceu. Diretivas Antecipadas de Vontade: Um modelo brasileiro. **Revista Bioética – CFM**. v. 21, n.3, p. 463 – 476, 2013, p. 464.

Logo, concebe-se que as Diretivas Antecipadas de Vontade podem ser vislumbradas como uma representação daquele consenso, bem como ferramenta de resposta do Direito àquele seu dever qualificado em prol de uma estabilização da coexistência em coletivo. Porém, a referida conclusão se apresenta apenas a título de hipótese até o presente momento.

Faz-se indispensável uma verificação além da constatação *prima facie* de tudo quanto já exposto para atendimento de maneira integral e sólida do necessário cunho científico. Colimando isso, faz-se necessária uma análise pormenorizada dos três elementos de estudo aqui trabalhados, quais sejam: Pluralismo Cultural; Direito à Vida; e Diretivas Antecipadas de Vontade.

A perquirição deve ser realizada de maneira distributiva entre aqueles dois primeiros em face desse terceiro, uma vez que este é o que se compreende como resposta ao referido desafio do paradigma social atual ao plano jurídico. Essa investigação é efetivada a seguir através da verificação de simetrias e assimetrias que evidenciam a correlação entre eles, o que permitirá não apenas a observação de uma coerência lógica geral pelas convergências conceituais, mas também divergências e limitações específicas.

4.1 As Diretivas Antecipadas de Vontade em correspondência com o Pluralismo Cultural

A configuração social contemporânea encontra seu marco na diversidade em contraposição ao modelo de homogeneidade imposta em outras eras²⁸³. O seu eixo central de constituição é a pluralidade de culturas²⁸⁴.

A convivência coletiva, hoje, estabeleceu-se em torno desse contexto cultural de pluralidade, o que produz diversidade ontológica, linguística e pragmática das diferenciadas esferas que a compõem. Isso é resultado de uma superação constante de paradigmas e dogmas no decorrer da história humana até a atualidade.

Essa conjuntura se observa junto às Diretivas Antecipadas de Vontade. Elas se inserem em um contexto de crescente progresso no sentido de observância à subjetividade e

²⁸³ O que se objetiva comunicar ao se empregar a expressão “homogeneidade imposta” é a existência de uma disposição geral - em eras pretéritas - de absoluta rejeição a perspectivas culturais diferentes daquela considerada pelas entidades dominantes como a oficial, ocasionando, inclusive, banimento ou perseguição aos aderentes dos ideais não-oficiais. Não se desconsidera a possibilidade de discordâncias mínimas subjetivas a cada indivíduos no âmbito moral em relação à cultura de seu povo, mas apenas se busca trazer relevo a essa intolerância e explícita repulsa ao diferente em prol de um modo de vida, costumes e agir por aqueles que detêm autoridade e dominam determinada localidade.

²⁸⁴ HALL, S. A centralidade da cultura: notas sobre as revoluções culturais do nosso tempo. **Educação e Realidade**, Porto Alegre, n. 2, v. 22, 1997, p. 22; NUNES, Rui. **Diretivas antecipadas de vontade**. Brasília: CFM / Faculdade de Medicina da Universidade do Porto-Portugal, 2016, p. 13.

aos desígnios da pessoa. O que se correlaciona junto à atual configuração da relação médico-paciente, que, hoje, é pautada na confiança entre seus participantes²⁸⁵. Conseqüentemente, o respeito à vontade do enfermo passou a ser fundamento ético da prática da medicina²⁸⁶.

Assim, as diretivas detêm como fundamento a expressão individual a ser projetada e protegida em situações de cunho existencial, algo que também representa uma característica intrínseca delas.

Isso é resultado da introjeção do respeito à diferença e incentivo à expressão individual presente na sociedade plural, o que induz o fortalecimento da autonomia individual e da criação de formas jurídicas garantidoras dela. São abrangidas por isso as situações de enfermidade e terminalidade, originando direitos e deveres compatíveis a si²⁸⁷, dentre eles as diretivas antecipadas.

Constata-se que ambos os elementos trabalhados neste estudo detêm convergência a uma mesma origem contextual. Desse modo, **há uma primeira simetria**. Ela corresponde à concatenação inicial entre eles nos mesmos moldes de uma relação de causa-efeito, uma vez que as diretivas – conceitual e praticamente – são apenas concebíveis a partir de um ambiente de pluralismo cultural²⁸⁸.

A configuração social de diversidade ora tratada traz consigo um diferencial para sua realização e continuidade. E este é o de que é parte integrante dela o conflito de concepções e práticas de direitos condicionadas pelos horizontes culturais²⁸⁹. Isto é, consoante explanado no Capítulo 2, ocasionado pela ausência de uma visão singular sobre os fenômenos atinentes à existência e à atuação humana e pela falta de uma constatação unificada do bem coletivo e individual.

Esse conflito é composto pela variabilidade de bases e valores das culturas; pelo ato de rechaçar os ideais das outras; e na divisão da coletividade em grupos classificados a partir de parâmetros contrastantes, que são igualdade e diferença²⁹⁰. Ou seja, a incomensurabilidade

²⁸⁵ MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, p. 73.

²⁸⁶ NUNES, Rui. **Diretivas antecipadas de vontade**. Brasília: CFM / Faculdade de Medicina da Universidade do Porto-Portugal, 2016, p. 42.

²⁸⁷ NUNES, Rui. **Regulação da saúde**. 3 ed. Porto: Vida Econômica, 2014.

²⁸⁸ Não se desconsidera a possibilidade de haver argumento acerca de sua possibilidade em respeito às divergências morais dentro de um ambiente cultural. Entretanto, a totalidade de costumes, atos e símbolos impõem significações específicas para situações ou questões centrais à condição humana. E isso é o caso da temática Vida, em relação a qual se pode verificar uma pretensa validade de uma específica forma de agir a todas as instâncias humanas no mesmo ambiente cultural, mesmo em face de divergências morais.

²⁸⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 39, 1997, p. 112-115.

²⁹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 39, 1997, p. 112-115.

de perspectivas individuais²⁹¹ gera uma tensão inerente ao tecido social que configura um dissenso material, que é parte estrutural de nossa realidade.

Sendo ferramenta do Poder Público na regulação do agir dos indivíduos na convivência em coletividade, o Direito tem a si incumbida a tarefa de tratar dessa pluralidade de perspectivas. E isso em prol de estabilização e manutenção da própria sociedade a despeito do potencial desagregador do aludido embate.

Sobressai, assim, a função da ordem jurídica de tratar esse desequilíbrio iminente, fomentando e propiciando interação e apresentação equânime dessa diversidade no âmbito dos procedimentos políticos e de direito²⁹².

As diretivas foram originadas - primariamente - a partir de movimento de reforço à autonomia individual. E este se posiciona em contraposição às pressuposições insertas ou na legislação, ou em bases principiológicas da ordem jurídica.

De fato, o ato de se desconsiderar a vontade do paciente em situações específicas traz um consenso ínsito consigo. É que a lei assume a presunção de que o paciente sempre irá consentir com o tratamento necessário para uma proteção integral à sua vida, se tivesse sido possível essa escolha²⁹³.

Entretanto, sob a perspectiva de uma sociedade plural, uma presunção legal acerca de um sentido apenas de decisão ou de exercício do direito significa ignorar que estes são condicionados por uma perspectiva cultural diversa²⁹⁴, além de antagonizar a própria estrutural social contemporânea. Por conseguinte, isso é insuficiente junto à atuação do Poder Público que enfoca estabilização e manutenção da convivência em coletividade.

As Diretivas Antecipadas de Vontade surgem de maneira a promover o consenso não a partir da legislação, mas sim mediante um procedimento específico de declaração prévia. Isso parte de um reconhecimento básico de que a autonomia individual deve ser respeitada, haja vista que o paciente deve consentir com os atos médicos a serem efetivados junto a si²⁹⁵.

Provas concretas derivadas desse encadeamento de ideias são o *Living Will* - em 1969 nos Estados Unidos da América - e o Durable Power of Attorney for Health Care (DPAHC) - no mesmo país, mas em 1983. Em ambos é reforçada a autonomia individual -

²⁹¹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 148-149.

²⁹² NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 132.

²⁹³ KUTNER, Luis. *Due process of euthanasia: the living will, a proposal*. *Indiana Law Journal*, v. 44, n. 4, p. 539 - 554, 1969, p. 547.

²⁹⁴ REALE, Miguel. Fundamentos da concepção tridimensional do direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 56, n. 2, p. 66-87, 1961, p. 75.

²⁹⁵ KUTNER, Luis. *Due process of euthanasia: the living will, a proposal*. *Indiana Law Journal*, v. 44, n. 4, p. 539 - 554, 1969, p. 550.

seja comunicada previamente pelo próprio indivíduo, seja por indicação de terceiros que indicaram e condicionarão a atuação médica em consonância com a subjetividade do paciente – em conjunto com uma contraposição àquela presunção decorrente de um consenso material geral e em prol de um consenso procedimental que comporta a divergência de perspectivas. Afasta-se o consenso conteudístico, pois ele é absurdo face à estrutura social hodierna, sendo, sobretudo, um contrassenso à própria diferenciação sistêmica da sociedade durante o processo histórico humano²⁹⁶.

A análise acima evidencia que **há outra simetria** entre o Pluralismo Cultural e as Diretivas Antecipadas de Vontades, constituindo uma convergência em relação às considerações daquele junto ao Direito.

É que o ambiente de pluralidade afeta a estrutura social de maneira mutualística, imprimindo efeitos no Direito para a continuidade da coexistência coletiva. O plano jurídico detém, em função disso, a incumbência de tratar o iminente conflito e desequilíbrio decorrente disso. O cumprimento desse dever enseja uma busca por um consenso procedimental que comporta o referido pluralismo, afastando perspectivas normativas de homogeneidade material.

As diretivas correspondem a isso, pois se afastam de uma pretensão de unificação geral de individualidades e subjetividades. E instituem um canal de externalização das idiosincrasias das pessoas – independentemente de sua vertente cultural - em situações específicas de relação médico-paciente.

Ou seja, constituem um procedimento de registro volitivo aberto e geral para o exercício efetivo de qualquer perspectiva material decorrente do marco de fragmentação social atual. Sendo reconhecidas como um direito – ou uma prerrogativa humana -, as diretivas contribuem àquela tarefa de consecução de equilíbrio para uma realidade complexa, permitindo o exercício da subjetividade individual por meio de si.

Ainda em relação a essa vertente de análise, o Direito é um mecanismo de atuação do Poder Público em prol da continuidade da convivência em coletividade. No entanto, ele constitui apenas um aspecto da totalidade de formas de atuação pública junto a uma sociedade, as quais também influenciam – direta ou indiretamente - o universo normativo jurídico.

O desafio promovido pelo pluralismo cultural dá origem às *praxis* públicas para seu enfrentamento. Elas também modificam a produção normativa para um sentido ou para outro,

²⁹⁶ NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o estado de direito. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 37, p. 93-106, 1997, p. 93-94.

ou mediante eventual comunicação entre sistemas, ou a partir de intervenção direta entre sistemas que compõem a sociedade. Representação disso foi realizada quando da abordagem de duas grandes espécies de atuação do Poder Público junto à sociedade no segundo capítulo.

O liberalismo igualitário é a primeira delas. Ele é a modalidade de posicionamento do Estado junto à realidade no sentido de um compromisso a direitos básicos iguais e parcelas equitativas dos limitados recursos sociais a todos os indivíduos que dela participam²⁹⁷.

Como resultado, há estímulo às individualidades e prestígio às escolhas das pessoas. O que se consubstancia na busca de benefícios, emprego daqueles recursos e cumprimento de deveres dispostos a si mediante uma estrutura institucional com o fito de uma realidade sem distinção, a qual rechaça a imposição de uma homogeneidade válida de forma ampla a todas as instâncias do viver humano²⁹⁸.

A própria definição do gênero Diretivas Antecipadas de Vontade evidencia que há aproximação teleológica entre essa forma de práxis pública e o aludido instituto. Elas exaltam a liberdade escolha individual acerca das possibilidades oferecidas dentro do ambiente social.

As DAV se coadunam com o sentido formal de igualdade permitindo difusamente a sua utilização, bastando haver a disposição do paciente em delas se valer e registrar previamente seus desígnios. E, simultaneamente, atende ao aspecto material da isonomia, haja vista que são independentes da perspectiva cultural do manifestante, pois, caso não compactue com a sua conveniência, ele pode simplesmente não utilizar esse instituto. Desse modo, demonstra-se que as diretivas contrariam a perspectiva de imposição de uma homogeneidade social a partir de uma pretensa consideração válida a todas as instâncias humanas e acomoda ideários individuais diversos.

Ademais, as DAV se alinham à compreensão escassez de recursos sociais, contribuindo com o combate a práticas artificiais de prolongamento das funções vitais. É que a obstinação terapêutica – práticas de distanásia – são desproporcionais e desnecessárias não apenas sob um viés humanitário, mas também sob uma compreensão econômica de si. A razão disso está no alto custo dos seus meios de consecução²⁹⁹, gerando tanto um prejuízo particular – caso seja seu gasto financeiro arcado pelo próprio paciente – quanto uma oneração pública – em localidades em que há sistemas de saúde público -, sendo, portanto, difusamente pernicioso.

²⁹⁷ VITA, Álvaro de. Liberalismo igualitário e multiculturalismo. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 55-56, p. 5 – 27, 2002, p. 5-6.

²⁹⁸ RAWLS, John. *A theory of justice: revised edition*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 4 - 7.

²⁹⁹ MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, p. 69.

A segunda daquelas duas modalidades de ação estatal é o multiculturalismo. Neste, é ressaltada – dentro de um contexto de culturas múltiplas - a perspectiva de defesa a grupos minoritários na sociedade³⁰⁰. A partir desse panorama de inteligência, conclui-se que não sendo efetivada tal forma de atuação, essas comunidades seriam suprimidas e deixadas às margens da participação e da construção ativa dos contornos sociais.

O multiculturalismo é centrado em duas propostas de oposição ao liberalismo mencionado. Uma delas é a de que as minorais demandam reconhecimento público de suas identidades em concordância com suas diferenças culturais com a maioria, o que vai mais além do simples provimento de igualdade e liberdade³⁰¹. A outra é diretamente oposta ao liberalismo, pois se consubstancia na perspectiva de que este enseja uma sociedade discriminatória e supressora de maneira inconsciente e sutil³⁰². É que o liberalismo deixa os pequenos grupos à própria sorte em face dos majoritários, sendo, com base nessa linha pragmática, um resultado inadmissível para a estruturação de uma sociedade humanitária.

Outrossim, as diretivas também podem se visualizar como adequadas a uma práxis pública de cunho multiculturalista. Elas funcionam como um canal de proteção às culturas minoritárias existentes dentro de uma mesma estrutura social.

Tomando como base as digressões realizadas no decorrer deste capítulo, o referido instituto representa tanto um direito quanto um procedimento de registro, expressão, proteção e exercício de perspectivas culturais. E isso também atende àquela demanda de reconhecimento público, pois garante juridicidade aos desígnios da minoria.

As DAV permitem um grau superior de participação na sociedade, acima de uma compreensão de que liberdade e igualdade são prerrogativas triviais e gerais. Envolvem consigo uma noção de incentivo dinâmico à manutenção das diferenças por meio de um procedimento – forma de agir e de exercer um direito – imparcial ao formato cultural que se comunica a ele. À vista disso, as diretivas antecipadas podem ser compreendidas como uma produção normativa, ou um mecanismo jurídico, dotada de algum grau emancipatório. Confluindo com uma realidade de integração, interação e interpenetração de ordens normativas diversificadas – conforme o pensamento de Carlos Cárcova³⁰³, em paralelismo³⁰⁴ -

³⁰⁰ TAYLOR, Charles. **Politics of recognition**. New Jersey: Princeton University Press, 1994, p. 27.

³⁰¹ VITA, Álvaro de. Liberalismo igualitário e multiculturalismo. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 55-56, p. 5 – 27, 2002, p. 7.

³⁰² TAYLOR, Charles. **Politics of recognition**. New Jersey: Princeton University Press, 1994, p. 43.

³⁰³ CÁRCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do Direito**. São Paulo: Editora LTR, 1998, p. 120-121.

³⁰⁴ Paralela porque se observa como interação de natureza teórica e não uma identificação estrita, já que a referência a Carlos Cárcova se vislumbra sob o enquadramento teórico em situações de pluralismo jurídico. É, consoante o mesmo autor, a diversidade de ordens normativas dentro de um ambiente plural contribui e fortalece a ideia de alteridade juntamente com o enriquecimento do direito a partir da interação entre elas,

e de transformação, satisfação de necessidades e de extinção de carências junto à exigência de participação das minorias relegadas – também em correlação³⁰⁵ à teoria de Wolkmer³⁰⁶.

Portanto, as diretivas podem contribuir com uma atuação institucional pública, seja qual for a sua modalidade, em prol de uma sociedade estável. A razão primordial disso se encontra no fato de que, caso se busque uma maior acentuação a uma vertente liberal ou coletiva de conduta estatal, o indivíduo ou os grupos formados por eles terão uma via de expressão de si e de sua subjetividade.

Isso reafirma a posição das Diretivas Antecipadas de Vontade – mantida sua hipótese de utilização dentro de uma ordem jurídica específica – como uma via agregadora de posicionamentos divergentes dentro de um ambiente complexo e diversificado por proposições sinérgicas e antagônicas. Desse modo, ratificam-se seus contornos de procedimento apto a propiciar um consenso mínimo ao mesmo tempo em que comporta um dissenso geral, contínuo e permanente.

As correlações ora explicitadas demonstram que esse cenário de análise se dá a nível de reforço daquela simetria já ressaltada quanto ao Direito e sua função de estabilização social. Contudo, o que se tratou neste momento permite deduzir que o instituto volitivo estudado é conveniente para uma atividade do Poder Público para além do plano jurídico.

É que as DAV possibilitam uma vantagem difusa aos modelos mais representativos disso, provendo auxílio à efetivação de suas finalidades. A razão disso é possível de ser especificada, caso se observe o próprio elemento básico delas, o qual é amparar a autonomia do ser humano, perpassando e atendendo a espectros de reconhecimento, proteção, afirmação e exercício de sua individualidade.

As circunstâncias das diretivas antecipadas nas realidades de vários países de nosso globo confirmam tanto suas vantagens para o direito quanto a serventia de seus reflexos, efeitos e correlações às exigências de outros campos da convivência coletiva e da ação pública.

permitindo uma evolução democrática, desenvolvendo valores emancipatórios, combatendo submissão e a hostilização da diferença, e cedendo espaço à tolerância a despeito de retrocessos de ordem humanitária nas eras recentes (cf. CÁRCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do Direito**. São Paulo: Editora LTR, 1998, p. 120-121).

³⁰⁵ Correlação por não ser uma igualdade autoevidente, mas sim a possibilidade de serem vislumbradas como meio – mesmo que mínimo - de transformação e atendimento às minorias relegadas, já que sua utilização permite o exercício ativo da subjetividade dos grupos minoritários e dos integrantes que se encontram à margem da atuação estatal. E a utilização das diretivas é também possível em adaptação às situações de pluralismo jurídico por serem adaptáveis aos limites da ordem jurídica junto a qual o seu titular está submetido, ou adere (cf. WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001, p. XIX-XX).

³⁰⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001, p. XIX.

É significativa a informação de que há adoção delas internacionalmente mesmo que com denominações múltiplas. Exemplos disso já foram retratados no terceiro capítulo deste trabalho. São eles: os Estados Unidos da América – que representa o local de origem dessa temática –; Espanha – em que surgiu na forma e nomenclatura de *instrucciones previas*³⁰⁷ –; Itália – com as *dichiarazione anticipata di trattamento e amministratore di sostegno*, bem como em situação semelhante à brasileira, havendo omissão de um reconhecimento geral de parte dos entes do Poder Público, sendo explicitamente validada pelo Judiciário³⁰⁸ –; Argentina – prevista por legislação federal e local, denominando-se *directivas anticipadas del paciente para tratamientos biomédicos*³⁰⁹; e Colômbia, que é território em que há codificação própria³¹⁰.

Além de significativo, isso também é simbólico. Nota-se que a internalização ou positividade das diretivas é um resultado do apreço da própria sociedade com a ideia de indivíduo. Ou seja, elas são corolário do enaltecimento da autonomia e do respeito à diversidade da humanidade e suas peculiaridades dentro de uma mesma estrutura social.

Isso enseja, em contrapartida, o aumento de tensões acerca de um ou mais valores humanos e de conflitos decorrentes dessa pluralidade, o que indica a necessidade daquele consenso procedimental ao qual as diretivas são correlatas.

Ao lado dessa elucidação acerca do âmbito internacional, há a presença das diretivas junto à realidade brasileira. Esta detém uma configuração social de contornos mais intrincados do que os presentes em sociedades de países da modernidade central³¹¹ e, por isso, é possível de classificá-la como uma representante dos países de modernidade periférica. Esta classificação é proveniente – em linhas gerais - da observação do contexto de globalização,

³⁰⁷ MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, p. 39; 96-97.

³⁰⁸ CALÒ, Emanuele. **Il testamento biológico**. Milano: Ipsoa, 2008.

³⁰⁹ MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, p. 107-108.

³¹⁰ MONTEIRO, Renata da Silva Fontes; JÚNIOR, Aluísio Gomes da Silva. Diretivas Antecipadas de Vontade: percurso histórico na América latina. **Revista Bioética – CFM**. v. 27, n.1, p. 86 – 97, 2019, p. 89.

³¹¹ A modernidade central corresponde à “sociedade moderna” concebida por Luhmann, mas que detém o adjetivo “central” a partir da releitura realizada por Marcelos Neves. Isso serve para destacar uma diferença de fundamento econômico que pressupõe segmentação territorial, política e jurídica na forma de Estados. Ao lado disso, essa classificação serve para indicar que nesses países houve o desenvolvimento de seus sistemas de maneira a caracterizar uma complexidade indissociável da diferenciação funcional e forte manutenção de seu funcionamento por meio da autorreferência. E isso resulta como traço marcante a dissolução de uma moral conteudístico-hierárquica válida de maneira direta a todas as esferas de ação e vivência da sociedade e dos indivíduos, detendo, sobretudo, instituições de participação e inclusão social (cf. NEVES, Marcelo. Os Estados no centro e os Estados na periferia. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 52, n. 206, abr./jun., p. 111 – 136, 2015, p. 112-121). Assim, conclui-se que o modelo teórico dele se aplica aos países de contexto específico de protagonismo no cenário mundial - muitos dos quais detêm matriz europeia -, que se encontram solidamente organizados internamente, com exercício ativo da cidadania e abertura, apesar de manter a tensão intrínseca, das divergências entre os indivíduos que a compõem.

integração transfronteiriças de mercado e de relações internacionais a nível mundial, o que permite se atribuir a centralidade como posição – ou classificação, adjetivo - dos países denominados corriqueiramente como desenvolvidos³¹².

A sociedade brasileira compartilha do marco contextual de pluralismo cultural³¹³. Por esse motivo, a ela são aplicáveis as considerações efetuadas acerca das simetrias já indicadas. Porém, a configuração dos sistemas sociais nacionais é arranjada de uma maneira mais complexa, ou melhor, hipercomplexa.

O atributo de hipercomplexidade é consequência da verificação de que, no Brasil, a diferenciação setorial na composição sistêmica social é realizada no formato de uma complexidade desestruturante e desestruturada, uma vez que a diferenciação, a autonomia e a autorreferência não se efetivaram suficientemente³¹⁴.

O que é produzido por isso é um prejuízo à integração dos sistemas que compõem a sociedade e à inclusão social de diversas parcelas da população, contribuindo de maneira negativa à coexistência dessas mesmas esferas componentes do ambiente social³¹⁵. Por conseguinte, surge interferência mútua entre sistemas, em que um afeta a racionalidade do outro no sentido de subverter a sua lógica interna, inclusive sua produção normativa, ultrapassando a mera irritação, caracterizando uma corrupção sistêmica. Ou seja, há um embate recorrente de dominação do funcionamento de uma esfera social por outra em detrimento do necessário respeito às diferenças e aos posicionamentos contrários nas relações sociais e interpessoais.

Esse quadro teórico-fático prejudica inclusive a instituição do consenso procedimental necessário a um sistema social diferenciado e plural. Efeito franco disso pode ser vislumbrado de três formas específicas, duas intuitivas com base no já exposto e uma contraintuitiva.

A primeira é a exclusão de grandes parcelas da população da participação relevante nas deliberações dos rumos sociais, privando-as do exercício da cidadania³¹⁶. Isso é um retrocesso, pois é característica da modernidade central a promoção da inclusão, que é respectiva ao acesso das pessoas aos benefícios dos sistemas que compõem a sociedade³¹⁷. Junto a isso, a sociedade apresenta setores subincluídos e sobreincluídos. Estes -

³¹² NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 17-18.

³¹³ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 244-258.

³¹⁴ Ibid., p. 236-238.

³¹⁵ Ibid., p. 238-239.

³¹⁶ Ibid., p. 238-239.

³¹⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 292.

principalmente na modernidade periférica – são a parcela que tem acesso aos benefícios dos sistemas sociais, mas atua de forma desintegradora junto aos mesmos sistemas - pois não se restringem a ele ou à lógica dele -, favorecendo a corrupção, ao passo que aqueles dependem dos sistemas, mas não têm acesso aos seus benefícios³¹⁸. Assim, estimula-se a exclusão e, conseqüentemente, a desigualdade, principalmente, por atuação dos incluídos nos sistemas da modernidade periférica.

A segunda delas é a corrupção sistêmica alhures mencionada, a qual é relevante por tocar a própria forma do Estado Democrático de Direito³¹⁹. O funcionamento dos sistemas que caracterizam a sociedade desse modelo de Estado sofre bloqueios à sua lógica interna por injunções heterônomas de códigos e critérios de outros sistemas, bem como recebe intrusões destrutivas do poder no interior do Estado³²⁰.

No caso do Direito, seu código de funcionamento que é baseado no lícito/ilícito é preterido em favor de outras lógicas e fatores relacionados a outros sistemas como economia e religião³²¹. Isso deixa nebulosas as fronteiras da juridicidade e facilitando a distorção do seu código próprio. Outro efeito da corrupção é a efetivação de privilégios e exclusões, originalmente, ilegais sob fundamentos incompatíveis, prevalecendo o legalismo unilateral e impunidade³²².

A terceira delas é contraintuitiva em razão do que se expôs anteriormente. É que, embora a modernidade periférica se construa em contrariedade aos parâmetros usuais dos países centrais, o esfacelamento de uma vertente moral única ainda se mantém. O moralismo tradicional de cunho conteudístico-hierárquico pretensamente válido a todo agir e viver já se encontra desagregado à estrutura contemporânea marcada pelo pluralismo, havendo carência de representações universalistas disso³²³.

A partir desse contexto conceitual, os países de modernidade periférica correspondem a uma modernidade negativa³²⁴. Eles são territórios delimitados no formato estatal em que a autonomia sistêmica não ocorre de forma efetiva e eficiente – sendo

³¹⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 291-293.

³¹⁹ NEVES, Marcelo. Os Estados no centro e os Estados na periferia. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 52, n. 206, abr./jun., p. 111 – 136, 2015, p. 121.

³²⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 239-240.

³²¹ *Ibid.*, p. 239.

³²² *Ibid.*, p. 239-240.

³²³ *Ibid.*, p. 236-237; 239.

³²⁴ Negativa no sentido de ser o lado diferente da regular aplicação da teoria dos sistemas luhmanniana, sem qualquer realização de juízo de valor ou intuito depreciativo, conforme esclarece o próprio autor (cf. NEVES, Marcelo. Os Estados no centro e os Estados na periferia. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 52, n. 206, abr./jun., p. 111 – 136, 2015, p. 121).

subvertida em prol de códigos diversos e interesses escusos -, muito menos há construção de uma esfera pública pautada na concretização da participação popular difusa independente de privilégios e critérios de exclusões.

As Diretivas Antecipadas de Vontade apresentam, face a isso, peculiaridades singulares que resultam em uma dualidade diferencial. Ao passo em que – pela sua maneira de inserção na ordem jurídica brasileira – conclui-se que elas são resultantes e compatíveis com um sistema jurídico afetado pelos elementos da modernidade periférica, as DAV correspondem a uma resposta em prol de um novo direcionamento da lógica interna em alinhamento com os prospectos e atributos dos países centrais. E alguns dos quais já foram elencados, sendo, inclusive, aderentes a esse instituto, tendo o internalizado e o positivado de uma forma ou de outra.

Com efeito, consoante explicitado no terceiro capítulo, as diretivas foram primariamente tratadas por via administrativa e deontológica a partir da edição da Resolução nº 1.995, de 31 de agosto de 2012 e normas conexas da classe médica. E, secundariamente, o enfrentamento da matéria está sendo realizado pelo Poder Judiciário mediante ação civil pública representativa.

Isso evidencia é que houve um avanço em questão de primeiro enfrentamento de direitos que não partiu de um processo estritamente proliferado por uma via concebível no País para o plano jurídico. É que - embora seja possível seu exercício por ser atinente a um direito que, eminentemente, toca a seara privada - é possível de se vislumbrar que houve um reconhecimento primário advindo de outra instância.

Ou seja, houve uma injunção advinda de outra ordem ao sistema social do Direito. Logo, há uma **terceira simetria** quanto a esse aspecto de observação, uma vez que, em um país de modernidade periférica, o funcionamento desse sistema sofre influxos de outro, alterando a sua autorreferência de produção do código lícito/ilícito e das suas normas resultantes.

Aliás, são compatíveis com o efeito concreto contraintuitivo de inexistência de moral difusa pretensamente válida a todas as instâncias de realidade social. As diretivas rechaçam isso exatamente por serem adequáveis ao horizonte cultural específico da pessoa que delas se vale. Assim viabilizam que esta participe da sociedade interagindo com os outros membros que a compõem sob a orientação registrada de sua vontade e cultura, sendo essa mesma pessoa que utiliza as diretivas protegida em favor de um efetivo exercício da individualidade da pessoa. E essa é a **quarta simetria**.

E essa mesma última congruência esclarece a existência daquela natureza dualista em favor de um novo direcionamento da lógica interna em alinhamento com os prospectos e atributos da modernidade central. Isso tem como corolário a observação de outras correspondências.

As diretivas permitem uma inclusão social por serem um canal de contribuição com a necessária inclusão dentro dos sistemas, permitindo – sob um parâmetro fático sobre o qual incidem – não apenas uma participação formal e passiva da pessoa excluída, mas também uma interação com o contexto em que está inserido, fazendo valer sua individualidade.

Por meio delas, então, o procedimento de efetivação de direitos, subjetividade e perspectivas culturais ocorre para garantir tanto titularidade formal da integração pessoal nos sistemas sociais quanto na titularidade de fato, que se consubstancia no exercício e no acesso às prerrogativas de direito disposta a todos, porém, usufruída por poucos em um país periférico.

Desse modo, há uma **quinta simetria**, que se encontra em conformidade com o que é exigido por uma estrutura social consistente, diferenciada, autorreferente e autônoma, ao mesmo tempo em que é complexa e aberta à diversidade.

Os contornos de ferramenta característica de um consenso procedimental junto a um dissenso estrutural material explicitam que as diretivas apresentam **mais uma simetria** - além de todas as outras -, a qual é dotada de cunho amplo. Ela – em si - é relativa a um propósito de correção da corrupção sistêmica, de contribuir para a formação suficiente dos sistemas sociais e agregar à integração social em prol de a elevar ao patamar de uma sociedade de modernidade central.

Isso se delinea a nível de convergência teleológica, uma vez que não é o fator determinante, mas auxilia, já que, embora compatível com a modernidade periférica – como visto pela sua dualidade -, também coaduna com um melhor funcionamento geral dos sistemas sociais. Tanto isso é verídico que, em países centrais, conforme demonstrado anteriormente, as diretivas são adotadas, na maioria das vezes de forma multifacetada para corresponder a uma gama de situações e manifestações de vontade condicionadas, sobretudo, por uma perspectiva cultural, fazendo valê-las junto com outras em uma mesma realidade de convivência coletiva.

Essas **seis simetrias** indicadas comprovam que as Diretivas Antecipadas de Vontade são correlatas e instauram uma coerência lógica e uma real consistência junto aos elementos apresentados pelo Pluralismo Cultural, seja em âmbito geral, seja em âmbito periférico, com foco no caso brasileiro. Essas correlações positivas demonstram que, de fato, o aludido

instituto pode ser compreendido como uma ferramenta adequada àquele dever qualificado do Direito de estabilizar, manter e dar continuidade a uma convivência coletiva receptiva ao dissenso estrutural conteudístico, constituindo um consenso procedimental afeto às situações para as quais produz sua eficácia.

Observada a identidade entre esse instituto e esse primeiro elemento de estudo deste trabalho, resta a verificação junto ao outro elemento, que é o Direito à Vida.

4.2 O Direito à Vida em análise conjunta com as Diretivas Antecipadas de Vontade

O Direito à Vida é o segundo elemento base junto ao qual se faz necessária perquirição concatenada com as características presentes na construção teórica das Diretivas Antecipadas de Vontade. Isso possibilita a aferição acerca da aptidão destas serem não apenas consideradas, mas sim, de fato, um canal de afirmação, reconhecimento e proteção de diversos espectros de compreensão acerca desse direito em específico. E isto, ressalte-se, a despeito do horizonte cultural condicionante.

Conforme já abordado anteriormente, o Poder Público detém o Direito como elemento de função precípua de manter e estabilizar a realidade social. Por sua vez, paradigma hodierno desta é correspondente à diversidade de culturas, exigindo um viés superior, qualitativamente, ao Direito e ao Governo para a satisfação dessa finalidade. Isso resulta no dever de o plano jurídico promover a apresentação livre e igual de todos os valores, interesses e expectativas que compõem essa pluralidade nos processos políticos e jurídicos³²⁵.

Contudo, o Direito detém distorções nos regramentos produzidos por si, de maneira que, caso se enfoque algum aspecto particular ou coletivo, há – internamente à sua concepção - alterações de significado, extensão e eficácia ou – externamente - interações diferenciadas junto a outros direitos de âmbito objetivo ou subjetivo³²⁶. Isso traz duas consequências de ocorrência simultânea.

Uma é relativa à atividade estatal, já que a positivação da norma objetiva acontece mediante uma seleção sistêmica acerca de que padrões conceituais e significados de uma área serão comportados e revestidos pela autoridade do Poder Público³²⁷. A outra é atinente à atividade do indivíduo face a norma produzida. Esta se verifica no fato de que o caráter lógico

³²⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 132.

³²⁶ ALFEU, Breno Silveira Moura. **Dignidade e vida como núcleos vetores de criação de relações jurídicas: consequências aplicáveis às práticas de ortotanásia**. 2017. Monografia (graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017.

³²⁷ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 132.

da previsão normativa necessita de um intérprete, este que - por sua vez - detém um horizonte cultural específico associado a um processo histórico, que aplicará a disposição objetiva com interferência na sua subjetividade³²⁸.

A ocorrência de ambas, porém, não é dissociada de um contexto específico constituído culturalmente³²⁹ e por uma historicidade específica³³⁰ que interfere na produção do sistema jurídico a partir do código lícito/ilícito. Aquela seleção para revestimento de norma objetiva perpassa filtros de cultura e história, bem como o fazem a interpretação e a aplicação no caso concreto e a produção de eficácia no campo do direito subjetivo.

Complicações surgem, entretanto, no âmbito do Direito à Vida, uma vez que o resultado da compreensão acerca do seu exercício e da amplitude do universo semântico interno a ele atinge uma ordem íntima de existência humana. Ordem essa que também se perfaz junto a uma axiologia irrestrita e necessária, provocando, nesse âmbito, uma troca constante com o Direito³³¹. Há, portanto, uma relação mutualística.

Essa relação não é, porém, contingente e conformada a um eixo temático, mas sim a uma constelação de interesses, experiências e valores. E essa verificação explicita a demanda de uma necessária atenção a certos contornos e interações com outros direitos também projetados pela personalidade humana – seja no âmbito privado, seja no âmbito público – em função de uma inafastável complementariedade dessa categoria jurídica.

A reconstrução histórica do próprio conceito de Vida evidencia as mudanças do âmbito de proteção do direito a ela correspondente, conforme foi feito no segundo capítulo. A análise dessa concepção permite visualizar aquela mesma complementariedade. Por exemplo, na era moderna, o movimento de secularização do conhecimento ensejou rompimento com suas bases religiosas³³². Isso permitiu a proliferação do entendimento de vida afastada da sacralidade – antes considerada inerente e pressuposta – e mais próxima da cientificidade tanto da ciência natural quanto das ciências sociais³³³. Porém, apesar dessa separação de esferas, o ideal coletivo de vida manteve-se conjugado a outros atributos, como a liberdade, o

³²⁸ REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 269-270.

³²⁹ REALE, Miguel. Fundamentos da concepção tridimensional do direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 56, n. 2, p. 66-87, 1961, p. 75.

³³⁰ KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, jul./dez., 1992, p. 134-142.

³³¹ REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 48; 59-60; 253-254.

³³² RANQUETAT JÚNIOR, César A. Laicidade, laicismo e secularização: definindo e esclarecendo conceitos. **Revista Sociais e Humanas**. Santa Maria, v. 21, n. 1, p. 67-75, 2008, p. 2-4.

³³³ ALFEU, Breno Silveira Moura. **Dignidade e vida como núcleos vetores de criação de relações jurídicas: consequências aplicáveis às práticas de ortotanásia**. 2017. Monografia (graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017, p. 45-55.

que também refletiu nas suas expressões jurídicas³³⁴. Igualmente, as noções de dignidade, autonomia e autodeterminação também participam desse campo abstrato de significados, conforme demonstram Agamben, Nietzsche e Ortega y Gasset³³⁵.

O que se observa como causa é o fato de que o indivíduo é o foco mínimo, base, da ordem jurídica para a consecução daquele seu objetivo de manutenção da sociedade. Os caracteres do ser humano não se encontram de forma compartimentalizada, dissociável, pois a sua existência se perfaz mediante uma combinação complexa deles. E a vida, embora seja um pressuposto básico tanto de partida quanto de desenvolvimento da humanidade, também é afetada por isso, não podendo ser restrita ao sentido de existência, em que pese seja uma noção semântica possível.

Assim, ao se chegar nas particularidades do ser humano, inclusive para criação de normas jurídicas, observa-se que as exigências de sua própria constituição não permitem sua restrição à noção uma mera criação que ocupa algum lugar no espaço. E sim de uma entidade dinâmica, a qual, em que pese dependa da noção de existência, vai além dela, pois necessita de outros substratos para si. Por isso, é que se pode considerar que são considerados os mais importantes à realidade em coletividade os direitos conexos à vida e a outros elementos inexoráveis ao humano e o escopo das tutelas respectivas a eles. Eles transbordam o âmbito individual e particular adentrando a seara comunitária e coletiva³³⁶, pois caracterizam elementos mínimos - mesmo que baseados em um juízo de valor apriorístico sobre o contexto do dever ser³³⁷ e lastreados numa concepção sobre as contingências da realidade³³⁸ - da condição da humana em prol de uma conjuntura social.

A complementariedade não é, portanto, proveniente de uma tendência de conjugação com outros valores. Ela é uma característica não apenas estritamente técnica, mas também ontológica e lógica. São possíveis aproximações de uma redução conceitual dos valores atinentes à personalidade, o que também é seguido pelo Direito. Porém, não se pode isolá-lo

³³⁴ RECKZIEGEL, Janaína; CONINCK, Beatriz Coninck Bauermann. A afirmação histórica da proteção da vida humana. *Revista do direito da UNISC*, v. 2, n. 46, p. 34-62, 2015, p. 37-38; 38-40; 43; 48.

³³⁵ ALFEU, Breno Silveira Moura. **Dignidade e vida como núcleos vetores de criação de relações jurídicas: consequências aplicáveis às práticas de ortotanásia**. 2017. Monografia (graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017, p. 51-54.

³³⁶ Aqui é delimitada uma noção que resultou em diversas considerações, algumas vezes confusas, mas separadas por metodologias de confirmação e verificação distintas – seja para individualização de sua origem, seja para a especificação dos contornos de eficácia -, que são os Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade. Não se descreveu em maiores proporções ou com maior detalhamento cada uma delas, posto que foge ao foco e finalidade específica do presente trabalho.

³³⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

³³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2001.

ou anulá-lo, sob pena de prejudicar ou subverter as características e necessidades do ser humano.

As Diretivas Antecipadas de Vontade tratam dessa temática de Direito à Vida. Elas devem observar essa relação de complementariedade de forma a se vislumbrar sua possibilidade de adequação. Quanto isso, observa-se que o referido instituto detém essa capacidade de comportar essa complementariedade. Ou melhor, ele se originou a partir dessa consideração. E isso porque as DAV se pautam no registro da vontade individual para situações determinadas.

Logo, as diretivas detêm como pressuposto as noções de liberdade, autonomia, dignidade e autodeterminação – os quais também participam daquela imanência humana política e filosoficamente delineada -, uma vez que a própria concepção da possibilidade de escolha individual e proteção a ela é seu ponto de partida.

Encontra-se, neste ponto, uma **primeira simetria** entre esse instituto junto ao direito à vida, o que se faz a nível dessa necessária complementariedade percebida ontológica e juridicamente.

Em relação à complementariedade e a existência de noções inerentes ao ser humano, há a possibilidade de alinhamentos de circunstâncias fáticas que antagonizem tais direitos que disso resultem. Dessa linha de raciocínio resultam as diversas técnicas de ponderação e de restrição quando há um conflito entre os direitos e âmbitos de proteção correspondentes a esses valores³³⁹. E a resposta a isso se dá em restrição de um deles para uma maior proteção do outro.

Há uma observação peculiar que se impõe realizar em função do condicionamento do Direito a partir da cultura. É que, conforme já explanado, o próprio direito encontra distorções na construção e realização de seus preceitos normativos. Consequentemente, os conflitos, as soluções e os graus de restrição também somente são possíveis a partir de uma correlação específica dentro de uma realidade de diversidade cultural. Sobretudo, a despeito da eficácia existente no que for resultado desse embate, a aplicação da solução e a efetividade dela deterão o horizonte cultural dos envolvidos como fator de necessária atenção e análise.

³³⁹ Contribuições sobre essas técnicas são realizadas por diversos autores, dos quais são de necessária citação Robert Alexy com o método da valoração com o critério de “peso” ou Virgílio Afonso da Silva com suas considerações sobre isso e a ampliação no conflito entre ordens nacionais e internacionais (cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008; SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: Marcelo Neves, **Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**, São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101-112).

Portanto, é possível haver uma desconformidade entre elas e o âmbito de incidência, gerando um efeito desagregador na solução. Isso porque, nas ponderações, restrições e determinação de soluções, pode resultar uma orientação normativa ofensiva não apenas ao conjunto de valores envolvidos, mas também ao indivíduo e à perspectiva cultural presentes no conflito. O paradigma social hodierno tem como elemento intrínseco o dissenso estrutural conteudístico - em contrariedade a uma homogeneidade de épocas pretéritas – decorrente da incomensurabilidade³⁴⁰. Por causa disso, é quase que inevitável haver uma discrepância entre soluções, valores e cultura do âmbito de aplicação dela. Essa consideração é aplicável ao Direito à Vida.

Em razão disso, há **uma segunda simetria** vislumbrada junto às Diretivas Antecipadas de Vontade. O efeito desta junto ao contexto fático-normativo acima destacado apresenta o viés de ser uma solução, mesmo que sob aspecto limitado. É que, diante do fato de que o horizonte cultural dos envolvidos deve ser considerado como elemento de aferição para eficácia e efetividade, esse instituto permite que isso seja realizada conformidade de maneira mais integral. É que as diretivas são constituídas em torno da ideia de que o próprio afetado pela sua eficácia determinará os limites da intervenção em sua universalidade de direitos. Desse modo, a discrepância aferível é quase nenhuma, sanando aquele impasse.

Por meio desse instituto, há diversas alternativas de isso ser concretizado, posto que há várias espécies de diretivas, perpassando possibilidade própria e menos abstrata – como se faz com o *value history*³⁴¹ - até a delimitação híbrida por si, nomeação de decisão por terceiros e de maneira mais detalhada, o que é viabilizado pela *Advance Medical Care Directive*³⁴².

Os dados apresentados no terceiro capítulo servem como base para essa constatação, pois demonstram que há uma preferência geral em diversas localidades à autonomia individual e ao registro delas, favorecendo maior conformidade à personalidade do paciente. É intuitivo que a participação do enfermo deve ser prestigiada, haja vista isso favorecer a conformidade entre previsão normativa, horizonte cultural do indivíduo e o âmbito de incidência, este que é a própria pessoa.

³⁴⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 148-149.

³⁴¹ DADALTO, Luciana. **Diretivas Antecipadas de Vontade: proposta de modelo brasileiro**. Tese (Doutorado em Medicina). Programa de Pós-Graduação em Infectologia e Medicina Tropical, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 23.

³⁴² DADALTO, Luciana. **Diretivas Antecipadas de Vontade: proposta de modelo brasileiro**. Tese (Doutorado em Medicina). Programa de Pós-Graduação em Infectologia e Medicina Tropical, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 23; 516-538.

Isso se explica porque o paciente se faz presente nas conjunturas que perfazem essa aferição, já que ele é um dos sujeitos da relação jurídica firmada pelas diretivas, é participante do âmbito de incidência da norma e é destinatário dos efeitos da norma correlata ao Direito à Vida. Essa conformidade presente nas diretivas maximiza a efetividade da previsão obrigacional por ela erigida e das normas – em sentido amplo – concernentes a esse direito que lhe seriam aplicáveis.

A exceção a isso acontece quando a própria dinâmica da personalidade individual não mais corresponder a isso. No entanto, as diretivas podem ser modificadas a qualquer tempo, o que já excetua esse problema latente.

Essa constatação explícita a conclusão de que - sendo as diretivas uma norma de exposição da conjuntura cultural individual que evita a desconformidade entre aplicação da norma, efeito e indivíduo - um regramento geral que albergue o dissenso acerca de todos os valores centrais à humanidade não seria possível. E mais. Face à variabilidade cultural integrante em nossa sociedade, é ressaltada a impossibilidade de um regramento geral para a sociedade como um todo, o que é extensão do curso desse raciocínio.

Todavia, como a centralidade deles não os permite serem descartados totalmente, há – em certa medida - um núcleo mínimo de proteção, o qual não pode ser transposto ou desconsiderado, algo aferível seja na perspectiva de um limite objetivo, seja na vertente de um limite casuístico³⁴³. Por óbvio, esse núcleo essencial também corresponde a uma noção, extensão de significado e modalidade de conhecimento do valor respectivo a esse direito.

A seleção sistêmica acerca de que padrões conceituais e significados de uma seara serão comportados e revestidos pela autoridade do Poder Público³⁴⁴ - quando tratar desse quadro valorativo-conceitual - deve isso observar. Assim, ao cuidar da produção de normas jurídicas atinentes ao Direito à Vida a partir da reprodução e autorreferência do seu código lícito/ilícito, o sistema jurídico deve respeitar essa imposição lógica de proteção mínima.

O sentido dessa imposição é, contudo, modificado de acordo com os significados presentes dentro de um contexto social e favorecido – reforçados - por um horizonte cultural norteador. O núcleo essencial em determinada sociedade pode não corresponder ao de outra, já que há substanciais diferenças, por exemplo, entre uma localidade de modernidade central e outra de modernidade periférica.

³⁴³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, COELHO, Inocêncio Mártires e MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 231-245.

³⁴⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 132.

E isso é refletido nas próprias diretivas, as quais detêm como projeção de si o reconhecimento de um direito incidente – com conteúdo interno mais amplo ou restrito - sobre elementos básicos do ideal humano, como visto na verificação da simetria anterior. O produto disso é representado no potencial de adaptação desse instituto a depender dos sentidos possíveis ao universo de significados identificados e reconhecidos junto a um contexto social.

Realizando-se uma breve digressão à análise do *Living Will*, é observável esse potencial adaptativo. Em que pese tenha sido ele inicialmente proposto para coordenar a prática médica e o desígnio individual em prol de um contexto de respeito à autonomia da pessoa³⁴⁵ – resultando em direcionamento para práticas de ortotanásia -, uma modificação na sua premissa básica pode direcionar sua admissão de sua utilização em favor da morte por piedade. Se é possível para essa espécie, *a priori*, nada impede de ocorrer essa ampliação para as outras presentes no gênero Diretivas Antecipadas de Vontade, posto que as diferenças estão nas idiosincrasias do declarante e no grau de detalhamento de sua manifestação volitiva.

Alguns territórios dos Estados Unidos da América tornam possível aquele direcionamento e modificação da premissa base. E isso eles fazem ou por lei³⁴⁶, ou por atos do Executivo ou do Judiciário³⁴⁷. Também o fazem - explicitamente – Holanda, Luxemburgo e Bélgica, ou – por flexibilização – Japão, México, Canadá, Chile, Reino Unido e França³⁴⁸.

Isso indica que os limites semânticos produzidos pelas perspectivas culturais dentro dos sistemas desses países ampliaram as possibilidades das diretivas por causa do sentido estabelecido ao valor vida, este que altera a norma objetiva do Direito à Vida. Resulta dessa aferição a conclusão de que não apenas as diretivas trazem consigo a noção de complementariedade e característica de eliminação da discrepância entre a norma e seu âmbito de incidência. Ela também se adequa aos limites de significados de determinada sociedade de forma que as suas possibilidades, potencialidades e resultados variam de acordo com o local de sua regulamentação. Portanto, explicita-se nisso **outra simetria** já que tanto elas quanto o Direito à Vida recebem esse fator limitador de sua expansão de conteúdo e direcionador de sua eficácia e efetividade.

³⁴⁵ KUTNER, Luis. *Due process of euthanasia: the living will, a proposal*. *Indiana Law Journal*, v. 44, n. 4, p. 539 – 554, 1969, p. 550-554.

³⁴⁶ LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos**. 2. Ed. São Paulo: Atheneu, 2014, p. 85;

³⁴⁷ CASTRO, Mariana Parreira Reis de *et al.* Eutanásia e suicídio assistido em países ocidentais: revisão sistemática. *Revista Bioética – CFM*. v. 24, n.2, p. 355 – 367, 2016, p. 358-359.

³⁴⁸ SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Uma visão constitucional da eutanásia**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 141 - 164

Sobretudo, essa observação da mencionada característica das diretivas é útil para compatibilidade com a realidade de pluralismo cultural. É que, diante da variabilidade de significados acerca do que é vida – sendo ela demonstrada pela reconstrução histórica e a sua centralidade dentro das noções compatíveis com a ideia de ser humano -, há uma infinidade de correlações possíveis a originar aquelas discrepâncias.

Essa miríade semântica correlata à pluralidade de horizontes culturais origina tanto vertentes negativas - consubstanciadas na garantia mínima de manutenção da função vital – quanto perspectivas positivas fundadas em um exercício ativo e contornos prestacionais. E todas elas se encontram presentes na sociedade atual, estando, então, internas a uma realidade de expectativas normativas continuamente convergentes e divergentes.

Volve-se, com base nisso, à verificação de que a convivência coletiva hodierna se pauta na pluralidade, sendo uma sociedade caracterizada pelo dissenso material de conteudístico. Surge a tensão social constante propagada por esse dissenso junto à ideia de vida e da sua expressão no plano jurídico. E o Direito deve se sobrepor a esse quadro fático, apresentando sua resposta, lidando com a incomensurabilidade de perspectivas individuais característica daquele pluralismo³⁴⁹.

A resposta é a consecução de um consenso procedimental que interaja e comporte essa divergência contínua que é inexorável à nossa realidade. As diretivas devem - embora cuidem da complementariedade, discrepância de eficácia e incidência e limitações semânticas - atender essas possibilidades de eficácia normativa desarmônicas, em que pese a lógica interna do Direito se pautar no lícito/ilícito.

Existe, em congruência a essa observação, uma simetria junto ao Direito à Vida, por atendimento a essa exigência não apenas atinente à noção jurídica em relação ao valor vida a que ela se comunica, mas por colimar, teleologicamente, a satisfação do dever qualificado do Poder Público e do plano jurídico em favor da sociedade atual. Essa **quarta simetria** é aferível em dois sentidos proporcionais à complexidade do atual ambiente de convivência coletiva: harmônico – convergência ou coincidência – e desarmônico – divergência ou dissidência.

No primeiro deles, as diretivas se encontram harmônicas com as vertentes de compreensão do Direito à Vida que se afiliam a uma racionalidade de caráter prestacional, de exercício ativo. Ela reúne as perspectivas culturais que admitem ultrapassar a noção de vida como mera existência ou de preservação de funcionalidades biológicas, tendo ínsito um

³⁴⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 148-149.

suporte liberal. Este é dissociado da conformação de vida como existência objetiva, mas um resultado dinâmico da própria pessoa por meio de anseios, decisões realizadas e não realizadas e desígnios³⁵⁰ e uma motriz resultante da multidão de influências que agem internamente junto ao indivíduo³⁵¹.

Ela institui, por meio desse sentido, um canal de manifestação individual prévia para determinar os limites da própria existência em face de atos que possam afetar esse desígnio do seu titular. Ou seja, constitui uma forma de comunicação de horizonte cultural específico a ser observado em uma situação em que ele não seria obrigatoriamente considerado. Seu escopo é de evitar a ofensa decorrente de um choque de perspectivas culturais de outros indivíduos, preferindo a daquele que sofrerá as consequências dos atos de outrem.

No segundo deles, as diretivas se encontram contrapostas pelas noções de dimensão negativa do Direito à Vida, as quais conduzem às noções de usais de sacralidade, inviolabilidade e indisponibilidade vital. Isto é, mais conservadora, conforme analisado no segundo capítulo. Elas podem ser consideradas como opositoras da admissão das diretivas na ordem jurídica. Todavia, essa contraposição é apenas aparente. Há níveis para a compreensão disso, o que é aferido quando se reflete sobre contexto pressuposto de pluralidade no mundo pós-moderno.

Inicialmente, em um escopo mais abrangente e geral, a inviolabilidade se pauta em uma noção desagregadora com a própria complexidade social. É ineficiente, pois tem como fim cercear considerações divergentes, restringindo a vida como objeto de proteção sem qualquer outra verificação diversa.

Ela simplifica a compreensão e o debate, negando a complexidade e entendendo como válido apenas um conteúdo. Portanto, é ineficiente por confrontar a conjuntura social contemporânea de dissenso e pluralidade³⁵² e se posiciona junto ao retrocesso anacrônico por orientar uma moral homogênea, mesmo que implícita.

Depois, até mesmo essa vertente negativa, dentro de um ambiente plural, pressupõe um contexto mínimo de liberdade para a expressão desse posicionamento. Por conseguinte, a sua defesa enseja em uma contradição consigo mesma, já que ela cerceia a sua própria condição de exercício.

³⁵⁰ CARVALHO, José Mauricio de. Ortega y Gasset: a vida como realidade metafísica. **Revista Trans/Form/Ação**, Marília, v. 38, n. 1, 2015, p. 167 – 186.

³⁵¹ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A genealogia da moral**. Tradução de Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 74.

³⁵² NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 135-136.

Por último, o entendimento de que as Diretivas Antecipadas de Vontade são incompatíveis com essa vertente negativa se trata de uma compreensão insuficiente delas, especialmente, acerca de tudo quanto já exposto até o presente momento. É que a discordância individual com esse instituto é resolvida pela simples recusa à sua utilização.

Ao revés, elas podem ser um canal de afirmação dessa perspectiva conservadora, já que permitem registro da vontade de que o enfermo deseja receber todos os atos médicos que salvaguardem suas funções vitais. Isso decorre do fato de que o mencionado instituto é uma forma jurídica – direito - que detém como característica constitutiva ser um canal de proteção da personalidade individual com base em manifestações prévias de vontade acerca da atuação médica para situações futuras em que o elemento volitivo não possa ser externado³⁵³. Independe da vertente de compreensão da vida, protegendo qualquer vertente possível.

A pretensão de bloquear o acesso às DAV é, em razão da complementariedade, prejudicar as noções de liberdade, autonomia, autodeterminação e dignidade, subvertendo e restringido por imposição alheia a universalidade jurídica de outrem. A discordância e a dissidência de uma pessoa não podem ser elevadas a tal ponto que se torne causa para a submissão dos desígnios de outrem sob pena de desconsideração da própria noção daqueles valores que permitiriam essa conjuntura de dominação de um sobre o outro. É uma contradição implícita. Ademais, esses valores são elementos de projeções do cunho de direitos humanos, fundamentais ou da personalidade, o que veda sua desconsideração. Isso implica, por via oblíqua, à redução – mesmo que parcial e sob esses critérios – da entidade humana a mero objeto.

Portanto, as diretivas encontram uma **quarta simetria** com os mais diversos parâmetros de compreensão e observação do Direito à Vida, exatamente porque sua correspondência com ele pode ser observada de diversas formas. Estas apontam para a conclusão de que esse instituto é, de fato, um canal de externalização, constituindo um consenso procedimental conexo ao dissenso de conteúdos intrínseco à estrutura social, decorrentes da incomensurabilidade de perspectivas individuais nesta presente.

Assim, é inteligível a verificação de que as Diretivas Antecipadas são coerentes com um ambiente de modernidade central, em que há aquela efetiva preocupação com uma sociedade inclusiva.

O questionamento principal consequente disso é se elas são compatíveis com um país de modernidade periférica, como o Brasil, em que há uma hipercomplexidade

³⁵³ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; BARTOLOMEU, Dirceu. Diretivas Antecipadas de Vontade: Um modelo brasileiro. *Revista Bioética – CFM*. v. 21, n.3, p. 463 – 476, 2013, p. 464.

desintegradora, dotada sistemas com lógicas de funcionamento corrompidas em função da insuficiência da diferenciação. Embora isso tenha sido incursão argumentativa realizada na subseção anterior, da qual houve uma resposta positiva para esse questionamento, o que se busca no presente momento é efetivar essa observação sob o filtro da compreensão acerca do Direito à Vida.

Diferentemente das modernidades centrais, em que uma interferência à lógica sistêmica consegue ser resolvida ao patamar de mera irritação, países como o Brasil detêm sistemas menos diferenciados para lidar com isso. Resultados são apresentados pelas corrupções de sistemas jurídicos por causa da tentativa de domínio entre os sistemas sociais que subvertem sua lógica de funcionamento³⁵⁴. Isso promove não apenas a exclusão social, mas também tolhe a totalidade formadora da convivência coletiva de uma participação ativa dessa estrutura³⁵⁵; permite intrusões do poder na estrutura estatal³⁵⁶; dificulta acesso aos benefícios proporcionados pela sociedade, tornando isso possível apenas a certa parcela populacional³⁵⁷; e promove tanto a impunidade quanto a produção normativa lastreada em legalismo unilateral e impunidade³⁵⁸.

Em relação ao Direito à Vida, essas explanações permitem considerar formas de prejuízo específicas. Respectivamente, a lógica da produção normativa do código ilícito/ilícito segue uma tendência de regressão a uma unicidade moral conteudística-hierárquica. Então, essa corrupção tenciona reduzir as concepções sobre vida a perspectivas únicas, compatíveis com uma vertente apenas. Além disso, essa corrupção não permite à coletividade um exercício ativo desse direito – este que segue associado por um condicionamento cultural específico junto ao indivíduo -, podendo sua autonomia, liberdade, autodeterminação e dignidade³⁵⁹.

Outrossim, deixa aqueles que são diferentes à margem da legalidade e submetem aos interesses unilaterais e obscuros do poder intrusivo no Poder Público, cerceando sua

³⁵⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 239-240.

³⁵⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 238-239

³⁵⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 239-240.

³⁵⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 291-293.

³⁵⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 239-240.

³⁵⁹ Isso é outra verificação de que a vertente negativa do Direito é falha com as próprias bases de uma sociedade moderna – ou pós-moderna -, uma vez que não respeita a própria possibilidade de elemento diverso. No entanto, consoante já exposto, na vertente prestacional, em uma perspectiva liberal, acentua-se a tolerância com o diferente, permitindo que as potencialidades junto ao exercício do Direito à Vida e seu âmbito de proteção se dê até mesmo de modo passivo, no padrão de uma autolimitação. Em outras palavras, é desagregadora e desestruturante.

participação nos processos de políticos e jurídicos. E, enfim, exclui a parcela populacional ou os submete à subinclusão³⁶⁰.

Em função dessas conexões analógicas e igualmente válidas, observa-se que as Diretivas Antecipadas de Vontade também apresentam aquela dualidade diferencial explicitada anteriormente. Elas trazem consigo não apenas uma adequação próprio sistema de corrupção lógica, já que se encontra tratada, primariamente, por uma resolução administrativa e, secundariamente, pela ordem jurídica, vide a Resolução nº 1.995/2012 do CFM e a Ação Civil Pública nº 0001039-86.2013.4.01.3500 que tramita junto ao TRF-1.

Apesar de haver uma vertente contraintuitiva para a modernidade periférica acerca diversidade moral a partir de uma observação geral, quando se está a tratar de Direito à Vida, vislumbra-se que há uma vertente intuitiva. E esta consiste na regressão geral da participação e expressão das perspectivas culturais plurais no âmbito social, resultando em reforço à redução a uma perspectiva única.

Isso orienta uma oposição geral em face das Diretivas Antecipadas de Vontade, uma vez que, nesse contexto, sua utilização é oponente à estrutura social, excluindo-se de parcela da população do acesso a ela, ou mesmo vedando por completo sua eficácia jurídica. Essa hipótese se vê concretizada tanto por aquela regressão quanto pela intrusão do poder e lógicas de outros sistemas sociais junto ao plano jurídico.

Em contrapartida, há a outra face daquela dualidade. Esta é a de que as Diretivas são vertentes de movimentação em favor de um novo direcionamento da lógica sistêmica, especialmente a jurídica, em alinhamento ao que se sedimentou nos países de modernidade central. Ou seja, tenciona a efetivação de uma nova formação de solução à desestruturação, hipercomplexidade e desagregação do país periférico, mesmo que em um escopo de âmbito específico.

E isso se faz, como se insere em uma realidade de periferia, por um esforço de um sistema alheio ao jurídico. No Brasil, verifica-se restrição às diretivas, posto que há a presença dessas circunstâncias. A análise dos pressupostos das normas de tratamento primário acerca desse instituto e de seus debates iniciais abordados neste trabalho revelam, no País, que a eficácia das diretivas foi reduzida às situações de terminalidade vital, o que se viu no segundo pressuposto da Resolução nº 1.995/2012 do CFM.

Explicita-se, com base nisso, que a configuração social e o dissenso se encontraram conformados em um meio termo entre a vertente negativa e prestacional, o que estratifica a

³⁶⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 291-293.

eficácia das diretivas junto ao Direito à Vida. Infere-se que a realidade sistêmica brasileira introjetou, como sentido do núcleo essencial da projeção jurídica à vida, a preservação das funcionalidades biológicas em conjugação com a inviolabilidade máxima. Concomitantemente, isso pode ser identificado como um limite.

Dessa forma, a restrição ao direito à vida somente há quando ela se encontra em encerramento iminente. Assim é que a dinâmica interna a essa compreensão se encontra orientada por uma perspectiva cultural específica, a qual permite um reforço ao caráter prestacional ou de modulação dos limites da vertente passiva de exercício desse direito somente quando as funções vitais se encontram em declínio.

Portanto, o indivíduo somente pode registrar esse exercício em paridade com sua autonomia, quando há uma decadência daquele elemento biológico de escala superior. Então, a vertente ativa desse direito é residual. Essa hierarquia é marcante para o sistema jurídico nacional, sendo resultado daquela seleção de significados condicionada culturalmente para revestimento da autoridade pública, originando o direito objetivo. E isso mesmo que este seja proveniente de sistema distinto que integra sua lógica à racionalidade do plano jurídico.

A verificação da aplicação das diretivas somente ocorre, efetivamente, em um nível específico de interação de sentidos acerca do que é vida, sendo este o correspondente ao declínio irreversível da vitalidade. E, conforme o capítulo anterior, as normas deontológicas da classe médica³⁶¹ e algumas regras administrativas do Poder Executivo Federal³⁶² também explicitam aquela dominância de uma vertente negativa – seja qual foi seu cunho – sobre a outra mais congruente aos ideais de pluralismo cultural.

É rechaçada, fundando-se nisso, a lógica sistêmica empregada em outras localidades centrais, a qual se dá de forma mais ampla, conformando todo o potencial de adaptação das diretivas com vertentes de caráter positivo.

Na modernidade central, há mudança no sentido dos contornos do núcleo mínimo, ampliando-o para comportar esse caráter consubstanciado em autonomia individual. A inviolabilidade é eventual e residual em duas frentes. A primeira é a adesão consciente da

³⁶¹ BRASIL. 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, p. 15; 25; 27-28, 32.

³⁶² Conforme se verifica na discussão da Ação Civil Pública de nº 0001039-86.2013.4.01.3500 realizada no capítulo anterior, em que o Conselho Federal de Medicina destacou, na sua contestação, que a expedição de regramentos de reforço à autonomia do paciente obedece a um vetor de orientação regulamentar exarado pelo Ministério da Saúde. Esta é a Portaria de nº 1.820/2009 daquele órgão do Poder Executivo, motivo pelo qual há uma orientação conjunta em obediência a uma perspectiva mundial de reconhecimento da dignidade do enfermo e dos direitos do paciente (cf. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Processo nº 0001039-86.2013.4.01.3500**, Ministério Público Federal e Conselho Federal de Medicina, 25 jan. 2014, p. 182-183).

própria pessoa à noção de preservação necessária. A segunda é quando não há manifestação do indivíduo sobre isso. Ou melhor, o exercício vital ativo garante também juridicidade à noção de vida como objeto de proteção inviolável, consoante esse raciocínio demonstra.

O que disso resulta é, nos países de modernidade central, a ampliação de todas as vertentes sobre o Direito à Vida e o reconhecimento de uma necessária proteção ao seu exercício ativo – ou prestacional –, as quais concedem, sim, margem à vertente negativa. Contudo, isso somente é possível quando: a positiva não tiver sido previamente manifestada ou inexistir registro acerca dela; ou quando, pelo exercício desse parâmetro prestacional, for escolhida a proteção integral.

Por fim, é possível vislumbrar a **quinta simetria** entre Diretivas Antecipadas de Vontade e o plano jurídico da vida. Isso diz respeito ao sentido e ao contexto sistêmico e cultural do ambiente destes direitos, observando-se haver ampliações e restrições a depender do deslocamento do campo de observação do centro para a periferia da modernidade. Na modernidade periférica brasileira, as diretivas surgem no contexto de aproximação ou como lógica de alinhamento ao mesmo tempo em que são compatíveis a uma conjuntura de corrupção dos sistemas sociais.

Há diversas simetrias entre os três elementos ora trabalhados como objetos principais desta pesquisa, algo que torna possível delinear uma resposta mais segura e assertiva acerca da verificação entre as Diretivas e a sua característica de atendimento ao necessário consenso procedimental à realidade social atual.

A integralidade e a segurança dependem da análise dos pontos de restrição do que ora foi explanado, o que representa limites para reprodução e manutenção em alguns âmbitos de conflito aos quais será aplicada.

4.3 As Diretivas Antecipadas de Vontade como resposta do Direito ao dissenso conteudístico: limitações de validade e coerência

As simetrias destacadas não exaurem a verificação conjunta de adequação das Diretivas Antecipadas de Vontade junto ao Direito à Vida e ao Pluralismo cultural. É que, dentro de uma realidade complexa como a atual, não se pode assumir que essa correlação se dará em âmbito perfeito e completo.

Os três elementos básicos desta pesquisa detêm parâmetros convergentes em vários sentidos. No entanto, o que determina a consistência das correlações observadas são os limites e contingências delas. É necessária a especificação desses contornos para que se teste

a coerência da proposta como um todo, seja desdobrando suas características ao absurdo, seja ampliando seus elementos a âmbitos diversos tanto em abrangência quanto em profundidade.

E isso será feito na ordem de abordagem realizada anteriormente a fim de que se chegue a um contorno preciso de resposta ao questionamento central deste trabalho. Podem as Diretivas Antecipadas de Vontade ser consideradas respostas ao desafio decorrente da multiculturalidade contemporânea, com foco no Direito à Vida e na sociedade brasileira?

Impreterível ressaltar que a hipótese delineada até o presente momento é sim, pois ela institui um consenso procedimental que comporta o dissenso material contudístico decorrente da complexidade da sociedade pluralista. Confirmações a essa hipótese são certificadas pelas simetrias destacadas sucessivamente entre confrontos dos elementos componentes dos três preceitos base do estudo, que são Diretivas Antecipadas de Vontade, Pluralismo Cultural e Direito à Vida. Essa confrontação ocorreu na forma de análise simultânea de profundidade e similitude, permitindo a observação de correlações, convergências e completividade. Contudo, há a necessidade de testar o grau dessas correspondências extenuando seus limites racionais e conceituais a partir dos métodos de redução ao absurdo e ampliação prospectiva (abrangência) e perspectiva (profundidade).

Através das verificações anteriores, surgem algumas possibilidades de desdobramentos que poderiam, *prima facie*, tornar inválida a resposta ao questionamento que serve de motriz a esta pesquisa. A primeira deles é o de que as Diretivas Antecipadas de Vontade ensejariam uma relativização absoluta do Direito à Vida, retirando sua centralidade junto ao ideal humano, em comparação com a autonomia individual, ou de sua dignidade. Elas inseririam esse direito junto à universalidade jurídica de cunho patrimonial do indivíduo.

Essa compreensão é refutada pelas Diretivas Antecipadas de Vontade pela concorrência de um fator específico já abordado, sobretudo, como simetria, evitando-se a admissão disto.

Como se viu no campo das interações entre o mencionado direito e aquele instituto, a relativização é impedida pelo núcleo essencial desse valor projetado nos direitos humanos, fundamentais ou da personalidade. A centralidade da ideia vida junto à realidade do ser humano não a permite ser objeto de descarte absoluto, pois isso seria uma negação do próprio indivíduo. A conclusão disso decorrente é a de que há – em certa medida - um núcleo mínimo de proteção, de transposição ou desconsideração vedadas, algo aferível tanto como um limite objetivo quanto um limite casuístico³⁶³.

³⁶³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, COELHO, Inocência Mártires e MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 231-245.

Isso afeta, por consequência, e constitui a extensão do conhecimento, significado e noção acerca daquele valor. A produção normativa proveniente do sistema jurídico a partir da reprodução do código lícito/ilícito deve observar aquele limite para que se selecione os significados a serem revestidos pelo Estado como norma objetiva³⁶⁴. Isto é uma imposição lógica, já que a própria norma não pode anular o seu elemento de constituição sob pena de invalidar seu próprio escopo de proteção, que é uma projeção indispensável da própria natureza humana.

O núcleo não é estanque. O universo dos significados para o valor respectivo à norma de tratamento dele modifica o sentido da limitação e o núcleo. Isso é norteador por horizonte cultural. As diretivas se adequam a essa limitação de significados, valendo ressaltar que a delimitação da amplitude do âmbito de significados presentes social e culturalmente também não são estanques, sendo resultado da dinâmica complexa junto à coletividade. As substanciais diferenças entre um país de modernidade central e outro de modernidade periférica demonstram isso.

Logo, em função de sua adaptabilidade à realidade social em que está internalizada, sua eficácia e sua normatividade se encontram condicionadas a isso. As digressões acerca do *Living Will* junto a sistemas sociais distintos que admitem as práticas de eutanásia e suicídio assistido explicitaram isso. E isso mesmo que o contexto de idealização inicial dessa espécie de diretivas fosse o de coordenar para práticas de ortotanásia³⁶⁵. Vislumbra-se isto em territórios estrangeiros, tais quais os dos Estados Unidos da América³⁶⁶, bem como Holanda, Luxemburgo, Bélgica, Japão, México, Canadá, Chile, Reino Unido e França³⁶⁷.

No sistema jurídico brasileiro, o universo de significados não permite essa amplitude de extremo favor à autonomia. Os regramentos administrativos de cunho deontológico ou não atinentes às Diretivas Antecipadas de Vontade evidenciam isso. Um destaque objetivo disso é o pressuposto é a de eficácia desse instituto no País – mesmo que para o direcionamento do dever e do ato médico – que é a sua redução às situações de terminalidade vital, o que compartimentaliza uma proteção negativa com uma restrição possível em prol de uma autonomia individual mínima.

³⁶⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 132.

³⁶⁵ KUTNER, Luis. *Due process of euthanasia: the living will, a proposal*. *Indiana Law Journal*, v. 44, n. 4, p. 539 – 554, 1969, p. 550-554.

³⁶⁶ LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos**. 2. Ed. São Paulo: Atheneu, 2014, p. 85; CASTRO, Mariana Parreira Reis de *et al.* Eutanásia e suicídio assistido em países ocidentais: revisão sistemática. *Revista Bioética – CFM*. v. 24, n.2, p. 355 – 367, 2016, p. 358-359.

³⁶⁷ SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Uma visão constitucional da eutanásia**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 141-164.

Apesar de isso ser uma noção reducionista benéfica a uma homogeneidade moral que reconduz a um consenso material ineficiente e refutador da sua própria lógica de constituição, ela é uma solução para uma sociedade de modernidade periférica. Não há, contudo, um retrocesso total, mas também não é uma forma de sinergia máxima com as potencialidades do instituto e das vertentes de vida. É um meio termo que evidencia as falhas de diferenciação sistêmica e de autonomia do código próprio.

O que se observa é o limite imanente ao sistema social brasileiro, o qual - diante do núcleo essencial produzido pela sua própria dinâmica sistêmica e dos condicionamentos de influências culturais - delinea essa hipótese estrita para a produção dos efeitos desse instituto.

Supera-se pelas próprias características de nosso regramento, embora tenha as suas deficiências, o referido perigo de relativização total da vida e do direito a ela conexo.

Quanto à amplitude prospectiva de proteção das Diretivas Antecipadas de Vontade, a análise muda de jaez. Ela se relaciona com o elemento de expressão de um âmbito de indeterminação, sendo isso algo que afetaria as delimitações objetivas desse instituto. As concepções sobre vida concernentes às vertentes ativas de exercício desse direito, estas que trazem consigo um problema de alargada extensão de produção normativa que, conseqüentemente, poderia esvaziar sua eficácia, seus efeitos concretos ou a sua própria.

Constata-se como pressuposto nesse contexto é o resultado do próprio dissenso erigido pela sociedade complexa e pautada em uma convivência plural. As vertentes positivas, ao contrário da negativa – que é de simples respeito ao fato de existir -, detêm uma peculiar indeterminação. O Direito - no caso, a satisfação do Direito à Vida como resultado de autonomia, condicionado culturalmente³⁶⁸ – se concretiza pelo perfazimento das exigências da subjetividade da pessoa, detendo estreita conexão com a incomensurabilidade³⁶⁹.

As inafastáveis efetividade e eficiência da norma em prol de um consenso procedimental, que é canal de expressão do dissenso material, evidenciam ser outro o cerne dessa questão. Ele não é o de determinar uma amplitude contornável de significados culturais que podem fazer parte da satisfação da prescrição normativa junto à individualidade pessoal. E, sim, acerca da amplitude do atendimento às perspectivas culturais presentes tanto na seleção normativa estatal, interpretação e aplicação quanto junto aos participantes da relação

³⁶⁸ REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 270-271.

³⁶⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 148-149.

jurídica que constitui seu âmbito de incidência. Isso respeita e é coerente com a verificação holística demandada pela ontologia intrínseca do ser humano.

O seu foco é, portanto, a amplitude possível às diretivas, dentro de um contexto preestabelecido de pluralidade cultural, conjugado às exigências do exercício do direito à vida de acordo com a perspectiva do titular, que também será seu destinatário. O ponto fulcral disso se encontra em perquirir aquelas simetrias de complementariedade e de resolução de discrepâncias, as quais são características do instituto ora estudado, com esse filtro de intelecção.

Efetivamente, essa pluralidade de condicionamentos nos mais diversos momentos do âmbito da vigência normativa – abstrata e não incidente, aplicável, incidente com produção de eficácia e aferição de efetividade – induz a percepção de que há, em face do dissenso que contrapõe uma homogeneidade moral e social, uma situação de interação constante, às vezes, harmônica e, em outras, desarmônica³⁷⁰.

Considerando o ambiente de dissenso, tensão constante e de incomensurabilidade de perspectivas individuais, há algum grau de discrepância entre as soluções decorrentes dos métodos técnicos de resolução casuística do direito e o âmbito de incidência normativa e aqueles que serão atendidos ou afetado pela sua aplicação.

As diretivas escapam dessa mesma observação, pois elas são constituídas sobre a compreensão de que o próprio instituidor delas será o afetado pela sua eficácia, bem como será a medida de sua efetividade. Ele determinará os limites de intervenção em face de sua universalidade de direitos, ou melhor, de sua personalidade.

Portanto, a discrepância disso resultante é nenhuma, e, mesmo que se considere a dinâmica social que interage e modifica as noções individuais, as diretivas antecipadas podem ser modificadas a qualquer momento. Elas são readequáveis tão logo seja conveniente à pessoa.

Desse modo, as diretivas antecipadas detêm uma limitação de amplitude abstrata - a depender da localidade – em relação aos significados de vida por ela acomodados e sob o prisma da incomensurabilidade, a qual a sociedade pós-moderna não permite contingenciar. Contudo, sua abrangência de conteúdos não é determinante a si para a realização do que a temática produz normativamente. O que é central a si é a conformidade do atendimento às perspectivas culturais pela norma jurídica em diversas fases, permitindo constatar a sua eficiência e efetividade. Isso porque a eficiência da produção normativa jurídica se verifica

³⁷⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 149-150.

pela diminuição das discrepâncias dos contextos culturais havidos nas normas, no aplicador e nos envolvidos na relação jurídica e com o âmbito de incidência. Nesse sentido, o referido instituto se encontra atendendo uma vertente da observação de amplitude concreta e não abstrata. Dessa forma, produz compatibilidade, mantendo sua consistência de coerência com os outros elementos estudados.

Ao lado disso, deve-se considerar que a natureza humana não se encontra compartimentalizada ou dissociável de seus caracteres ou isolável deles. A razão disso está no fato de que a ideia de ser humano é delineada por uma existência subjetiva complexa. E, como já demonstrado, a centralidade dos direitos correspondentes a esses atributos inerentes explicita interconexões não somente com a vida, mas também com outros valores, estes que também se projetam recebendo contornos normativos e jurídicos. Eles exorbitam o âmbito circunscrito pela própria subjetividade e adentram uma seara de nível público, pois são os elementos mínimos - mesmo que baseados em um juízo de valor apriorístico sobre o contexto do dever ser³⁷¹ e lastreados numa concepção sobre as contingências da realidade³⁷² - da circunstância humana em uma conjuntura social.

A consequência direta disso é a compreensão de que há uma característica de complementariedade, a qual deve ser atendida e é também aferida junto às diretivas. Não se pode isolar um atributo ou anulá-lo sob pena de sacrificar outro importante. Como já analisado, a noção mais liberal acerca de vida permite não apenas uma proliferação abrangente de sentidos, até mesmo os contrários a si. Ela é sinérgica com a complexidade cultural.

As Diretivas Antecipadas de Vontade trazem como elemento constitutivo de si: a escolha individual e a proteção da personalidade. Ambas pressupõem as noções de autonomia, dignidade e autodeterminação, todas também participantes daquela imanência humana política e filosoficamente delineada.

O que se verifica, por meio disso, é que o referido instituto atende a uma amplitude sob a perspectiva de complementariedade exigida pela ontologia humana, e ainda em âmbitos lógico, semântico e pragmático. É que ela não busca isolamento de direitos e valores centrais, tampouco objetiva apartá-los, mas sim dar-lhes contornos legítimos mediante um exercício conjugado deles com alguma compreensão aferível de vida, seja ela passiva ou não.

³⁷¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

³⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2001.

Portanto, uma inconsistência de amplitude não há. Existe uma limitação por ser incontingente e imensurável a proliferação do dissenso e das perspectivas individuais que formam ele, mas satisfeita não por essa noção quantitativa, mas sim por uma percepção qualitativa disso por atendimento à complementariedade e à resolução de discrepâncias entre norma, efeitos, aplicação e destinatários. Diante do fato de que essa verificação é de natureza técnica e não de outro âmbito, ela é válida a despeito do tipo de modernidade a que ela seja aplicada.

Por fim, há a necessidade de se observar a coerência dessa resposta quanto a uma terceira consideração. Esta é referente à profundidade dessa correspondência entre os elementos ora estudados, haja vista que é possível conflitos inerentes à complexidade proveniente do pluralismo social.

Essa profundidade deve ser observada a partir de dois âmbitos específicos, tendo em vista que, nessa vertente, as Diretivas Antecipadas de Vontade apresentam uma dualidade diferencial, como já relatado na seção anterior deste estudo. A verificação disso para os fins do presente trabalho tem como unidade de análise a modernidade periférica brasileira. O motivo disso também será evidenciado a seguir.

Em relação à sua correspondência com a nossa modernidade periférica, o instituto é aferível como um elemento proveniente da desestruturação sistêmica, sendo um resultado possível deste e dotado de características identificáveis com essa sua origem.

Os âmbitos sistêmicos pelos quais foram promovidas as diretivas evidenciam que elas seguem à contramão de um sistema jurídico que deveria se pautar na premissa da legislação como seu expoente jurídico. Porém, o que se verifica é um tratamento primário pela Administração Pública e outro, secundário, pelo Judiciário. Ambos estão na vanguarda dessa discussão, ao passo em que o Legislativo segue olvidando a temática quanto às realizações concretas.

O relatado se coaduna com uma noção de ordem jurídica corrompida. E mais. Observando-se o teor do que foi tratado nessas disposições, o que se observa são lógicas internas de funcionamento dos sistemas sociais e que afetam o sistema jurídico. Essa interação de superposição e afetação entre instâncias sociais vai de encontro a uma participação plural dos desfechos de processos sociais adequada ao dissenso material. As simetrias analisadas anteriormente se relacionam a isso.

Junto a essa parte daquela dualidade, há a presença de um alinhamento em prol de uma melhor configuração sistêmica social. É que, como já demonstrado, as diretivas confluem para a estabilização social permitindo externalização independente da subjetividade,

até porque o âmbito de resultado disso é o próprio indivíduo. Ou seja, há um alinhamento a um vetor finalístico de aproximação com a modernidade central, embora de maneira limitada.

A compreensão conjunta disso com as características de complementariedade, adaptação aos limites de significado e resolução de discrepância entre ordens objetivas e subjetivas permite chegar a uma conclusão acerca da interação entre o dissenso mediado pelas diretivas. O produto dessa compreensão é a potencialidade de adaptação, correspondência e coerência forte com o Direito à Vida em suas representações mais diversas, seja ativa, seja passiva. Ocorre, portanto, uma verificação de um critério de relação de profundidade incontestável.

Transpondo para a realidade brasileira – sendo iniciativa apta a provar isso -, o que há de cenário resultante é um modelo híbrido entre vertentes negativas e positivas. Com efeito, o afastamento de uma vertente liberal – a qual, como já analisado permite, inclusive, sua contraposição – não é total, porém, a vertente negativa é posicionada como núcleo essencial, e a positiva se apresenta como âmbito de redução para restrições até essa parte inviolável.

A coerência entre os três elementos demonstra uma dimensão de profundidade, pois - em que pese exista um modelo social desestruturado e desarmônico por causa da multiplicidade cultural - há uma estratificação da relação entre diretivas e o plano jurídico atinente à vida. Assim, aquele instituto se torna ferramenta limitada à utilização para situações de terminalidade vital, motivo pelo qual mesmo não estando plenamente apto à produção de efeitos possíveis, ainda consegue fazê-lo nesse âmbito restrito. Portanto, mesmo limitadas, as diretivas ainda conseguem corresponder às plurais exigências conexas ao valor vida e às possibilidades decorrentes do direito respectivo a ele.

A consequência dessa linha de raciocínio é a conclusão de que há um relacionamento forte entre as DAV e o Direito à Vida, dentro de um contexto plural, em vários âmbitos, inclusive sob restrições e reduções. Em nenhum desses pontos, constatou-se a sua aproximação ou a possibilidade de substituição desse centro temático de sua eficácia, tampouco alterou-se sua escala para um âmbito supraindividual.

Disso se origina a constatação geral de que há também por esse ângulo de restrições ao instituto - embora isto não retire sua coerência, correspondência ou a consistência de amplitude e profundidade – compatibilidade com a realidade brasileira.

Após os referidos testes de coerência e consistência da hipótese ora trabalhada, juntamente com as constatações provenientes dos confrontos em combinação dos elementos

base deste estudo, é possível chegar a uma resposta ao questionamento que se busca responder a partir do presente estudo.

Podem as Diretivas Antecipadas de Vontade serem consideradas respostas ao desafio decorrente da multiculturalidade contemporânea, com foco no Direito à Vida e na sociedade brasileira? As etapas de investigação desenvolvidas até o presente momento permitem concluir que sim. Contudo, devem ser realizadas algumas considerações quanto aos resultados disso.

As várias convergências, confluências e simetrias revelam que esse instituto é extremamente compatível com o Direito à Vida, possibilitando expressão e exercício deste sob diversas vertentes. E isso é viabilizado por meio delas. É constituído um canal de externalização dos desígnios subjetivos a ela tocantes a despeito da perspectiva cultural que oriente esse direito, participante do dissenso estrutural das sociedades hodiernas, inclusive, a brasileira.

No âmbito da ordem particular de interesses, as diretivas orientam um equilíbrio de perspectivas individuais em função do fato de que a sua eficácia é originada pelo seu titular que determina as ressalvas acerca do que está pronto a se comprometer em uma situação médica. Esta pode, sobretudo, ser de terminalidade vital, o que é o caso do Brasil.

Então, as diretivas comportam esse dissenso, reproduzindo e sendo resultados do código lícito/ilícito do sistema a que fazem parte em uma escala particular. Elas, teleologicamente, contribuem - mesmo quando restritas pelo condicionamento cultural geral ou também indiretamente - para o reforço à concepção de autonomia individual. Inclusive, para negar a si próprias ou para desconsiderar qualquer restrição aos atos médicos que deseja lhe sejam prestados de maneira ilimitada e plena.

Todavia, essa sua relação profunda com os contornos do Direito à Vida e suas várias expressões tornam as diretivas ferramentas próprias deste direito, afastando-se, em que pese a existência de complementariedade e enfocando um campo de complexidade de configuração teórica junto ao conhecimento jurídico, de outros caracteres componentes do ideal igualmente observáveis - estes que formam outros direitos humanos, fundamentais ou da personalidade - e que com ele se relacionam formando.

Surgem, por fim, duas limitações: as diretivas promovem um suporte qualitativo ímpar ao Direito à Vida, não podendo exorbitá-lo sob pena de se desvirtuar; e elas direcionam seus efeitos e produção normativa são direcionadas para a ordem privada para produção de eficácia. Assim, o consenso procedimental que elas produzem é apenas atinente àquilo que ele próprio se propõe - ou seja, searas de ontologia, pragmática e semântica acerca do que é

vida – a despeito da composição social e do embate cultural condicionante das normas jurídicas. Não podendo ser ampliado indistintamente, além de concatenado a ideais não paritários ao seu foco de eficácia. Portanto, surgem restrições explícitas de escala e de eixo temático ao qual se encontram internos interesses, concepções e vertentes culturais que tornam as diretivas aptas, que, apesar de o limitar, não lhe retiram as possibilidades já explicitadas neste estudo.

5 CONCLUSÃO

A complexidade inerente à configuração social atual demanda uma atuação diferenciada do Poder Público para a manutenção e estabilização da convivência humana em coletividade. O meio de viabilizar isso é o Direito, o qual é a ferramenta estatal dotada dessa função.

Porém, o panorama global pós-moderno permite conceber que não é mais suficiente uma ordem jurídica fundada na técnica como finalidade. Faz-se necessária a estruturação de um Direito aberto, inclusivo, que se encontra atento às diferenças entre indivíduos e grupos sociais que demarcam o Pluralismo Cultural. Hoje, demanda-se uma atuação diferenciada junto ao plano jurídico, devendo seu universo normativo e científico constituído a partir da participação efetiva de todos os participantes da sociedade, refletindo a complexidade humana.

O desafio proposto pelo Pluralismo Cultural ao Direito decorre desse imperativo. Conforme analisado neste trabalho, a resposta a esse desafio não deve ser pautada na busca de regramentos que se direcionem a um sentido específico dos interesses sociais, tampouco que objetivem validar uma única instância de orientação da vida humana, de sua personalidade, de sua moral e de sua cultura.

Em prol daquela sociedade inclusiva e apta a fomentar o desenvolvimento pleno das potencialidades humanas, a resposta deve ser pautada não em um consenso que seja contrário à complexidade contemporânea, mas sim na manutenção do dissenso conteudístico. Não deve ser rechaçada a tensão social continuamente presente que tem sua motriz nas recorrentes convergências e divergências de perspectivas de mundo, já que isso é desagregador à própria coexistência humana e representa um anacronismo pernicioso.

A resposta exige essa manutenção das diferenças, do que resulta a necessidade de elas serem conciliadas mediante vias formais de exercício de suas plurais especificidades. Ou seja, a solução é encontrada a partir do consenso procedimental que comporta o dissenso e permite a expressão, exercício e participação das infindáveis perspectivas e expectativas que compõem a realidade social humana. Essa é a resposta a ser adotada pelo Direito suas mais diversas esferas de conhecimento.

Ao se trazer o Direito à Vida junto a essa temática, essa conclusão é mantida. Porém, sendo ele projeção jurídica de uma concepção fundamental à existência humana, indissociavelmente, o embate ideológico é mais acirrado. Em uma sociedade de modernidade periférica, a situação se agrava mais, visto as características de hipercomplexidade, de

corrupção de seus sistemas sociais e de exclusão – ou dependência - de vasta parcela populacional dos recursos da sociedade.

As Diretivas Antecipadas de Vontade apresentam-se como proposta de resposta. Elas são adequadas não apenas às exigências decorrentes daquele desafio, mas também à realidade de sociedades hipercomplexas, adentrando e se correlacionando com suas circunstâncias problemáticas. Elas são compatíveis com a realidade do Brasil, representando um avanço social conveniente àquele prejudicado funcionamento sistêmico. A sua adoção na ordem jurídica nacional simboliza um ganho a todos os participantes da sociedade do País. A análise efetivada neste trabalho permite afirmar isso e responder a seguinte pergunta: podem as Diretivas Antecipadas de Vontade ser consideradas respostas ao desafio decorrente da multiculturalidade contemporânea, com foco no Direito à Vida e na sociedade brasileira?

Porém, este estudo explicitou que as diretivas detêm limitações. Elas são uma resposta àquele desafio, mas somente o fazem no âmbito particular. É que elas garantem juridicidade aos desígnios da pessoa e viabilizam o exercício da personalidade em conformidade com o horizonte cultural dela.

Essa forma de consenso procedimental é válida apenas quanto ao exercício do Direito à Vida sob diversas vertentes e para o escopo do indivíduo. Para além disso, não há vislumbre, neste estudo, de possibilidades na forma de procedimentos de âmbito público. A extrapolação dessas suas restrições pode trazer efeitos inesperados, especialmente, de ineficácia e inadequação. Elas não são meios aptos para a superação de tensões, tampouco preponderantes para quebrar o paradigma que afeta os sistemas sociais brasileiros. O que ela apresenta é uma contribuição com viés teleológico convergente com o ideal de estrutura da modernidade central. Assim, representa uma contribuição para um eventual rompimento com as defasagens da realidade do Brasil.

Novos questionamentos surgem em razão disso. O que seria uma resposta efetiva para essa finalidade e compatível com esse escopo mais abrangente? Como ela se estrutura? Qual sua configuração teórica?

Fazem-se necessários novos aportes e incursões sobre a temática alvejando essa maior dimensão para o desafio apresentado ao Direito pela multiculturalidade. Cogita-se que isso detêm similaridades com as características e elementos abordados nesta pesquisa. Todavia, o que se observa com clareza é que as diretivas, mesmo em âmbito particular, representam um ganho social, são benéficas a uma sociedade mais inclusiva e concatenadas com o respeito às diferenças ante as divergências de horizontes culturais. Mesmo que em escopo restrito, elas são um primeiro passo de consecução de uma sociedade melhor.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALFEU, Breno Silveira Moura. **Dignidade e vida como núcleos vetores de criação de relações jurídicas: consequências aplicáveis às práticas de ortotanásia**. 2017. Monografia (graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017.

ARISTÓTELES. **Sobre a alma**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2010.

BARCHFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética no início da vida. **Revista Pistis e Práxis: Teologia e Pastoral**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 41 - 55, jan./jun., 2010. Disponível em: <http://www2.pucpr.br/reol/pb/index.php/pistis?dd99=issue&dd0=218>. Acesso em: 14 fev. 2020.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia – UFU**, Uberlândia, v. 38, n.1, 2010.

BARRY, Brian. **Culture and Equality: an egalitarian critique of multiculturalism**. Cambridge: Polity Press, 2001.

BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. **Princípios da ética biomédica**. 2ª ed. São Paulo: Loyola; 2011.

BECCHI, Paolo. O princípio da dignidade humana. Tradução de Guilherme Genro; revisão de Dimitri Dimoulis. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, jul./set., p. 191 – 222, 2008.

BEÇAK, Rubens; LONGH, João Victor Razatti. A democracia participativa e sua realização – perspectiva histórica e prospecção futura: O marco civil para a regulamentação da internet no

brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 105, p. 185-210, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, COELHO, Inocêncio Mártires e MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL. 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. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2021.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 set. 2010. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1955>. Acesso em: 17 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Agravo de Instrumento nº 0022395962006811000 – MT. Relator: Sebastião de Arruda Almeida, Cuiabá, 31 de maio de 2006. **Pesquisa de Jurisprudência**, jul. 2006. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjmt.jus.br/>. Acesso em: 01 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Pará. Agravo de Instrumento nº 00230888520148140301 – PA. Relator: Elena Farag, Belém, 06 de março de 2015. **Pesquisa de Jurisprudência**, mar. 2015. Disponível em: <https://consultas.tjpa.jus.br/consultaprocessoportal/consulta/principal?detalhada=true#>. Acesso em: 01 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 595000373 – RS. Relator: Sérgio Gischkow Pereira, Porto Alegre, 28 de março de 1995. **Pesquisa de Jurisprudência**, mar. 1995. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=

595000373&num_processo=595000373&codEmenta=298991&temIntTeor=false. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70020868162 – RS. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Porto Alegre, 22 de agosto de 2007. **Pesquisa de Jurisprudência**, ago. 2007. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70020868162&num_processo=70020868162&codEmenta=2007045&temIntTeor=true. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70054988266 – RS. Relator: Irineu Mariani, Porto Alegre, 20 de novembro de 2013. **Pesquisa de Jurisprudência**, nov. 2015. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70054988266&num_processo=70054988266&codEmenta=5557320&temIntTeor=trueq533. Acesso em: 01 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70065995078 – RS. Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Porto Alegre, 03 de setembro de 2015. **Pesquisa de Jurisprudência**, set. 2015. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70065995078&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 01 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Processo nº 0001039-86.2013.4.01.3500**, Ministério Público Federal e Conselho Federal de Medicina, 25 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de instrumento nº 47458-RS (2005.04.01.047458-2). Relator: Luiz Carlos de Castro Lugon, Porto Alegre, 25 de abril de 2006. **Pesquisa de Jurisprudência**, jun. 2006. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php. Acesso em: 20 fev. 2020.

CAIXETA, Gabriel Ricardo Jardim. **Silêncio legislativo, liberdade para legislar e omissão constitucional**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

CALÒ, Emanuele. **Il testamento biológico**. Milano: Ipsoa, 2008.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do Direito**. São Paulo: Editora LTR, 1998.

CARVALHO, José Mauricio de. Ortega y Gasset: a vida como realidade metafísica. **Revista Trans/Form/Ação**, Marília, v. 38, n. 1, p. 167 - 186, Jan./Abr., 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-3173201500010001>>. Acesso em: 19 fev. 2020.

CASTRO, Mariana Parreira Reis de *et al.* Eutanásia e suicídio assistido em países ocidentais: revisão sistemática. **Revista Bioética – CFM**. v. 24, n.2, p. 355 – 367, 2016. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1142. Acesso em: 03 jan. 2021.

CICERO, Marcus Tullius. **Dos deveres**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

CORRÊA, André Luís *et al.* Aspectos históricos e filosóficos do conceito de vida: contribuições para o ensino de biologia. **Filosofia e História da Biologia**, v. 3, 2008. Disponível em: <http://www.abfhib.org/FHB/FHB-v03.html>. Acesso em: 01 mar. 2020.

COUTINHO, Francisco Ângelo. **Construção de um perfil conceitual de vida**. 2005. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/FAEC-85RHZ8>. Acesso em: 01 mar. 2020.

DADALTO, Luciana. A dignidade humana como princípio ético-jurídico. **Revista Pensar**. Fortaleza, v. 24, n. 2, jul./set., p. 1-11, 2019.

DADALTO, Luciana. A necessidade de um modelo de Diretivas Antecipadas de Vontade para o Brasil: estudo comparativo dos modelos português e franceses. **Revista M. Estudos sobre a morte, os mortos e o morrer**, v. 1, n. 2, p. 443-460. 2019. Disponível em: <http://seer.unirio.br/index.php/revistam/article/view/8140/7006>. Acesso em: 05 jan. 2021.

DADALTO, Luciana. **Diretivas Antecipadas de Vontade: proposta de modelo brasileiro**. Tese (Doutorado em Medicina). Programa de Pós-Graduação em Infectologia e Medicina Tropical, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1995/2012. **Revista Bioética – CFM**. v. 21, n.1, p. 108 – 112, 2013.

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DADALTO, Luciana.; TUPINAMBÁS, Unai; BARTOLOMEU, Dirceu. Diretivas Antecipadas de Vontade: Um modelo brasileiro. **Revista Bioética – CFM**. v. 21, n.3, p. 463 – 476, 2013.

EMANUEL, E. J.; EMANUEL, L. L. Living wills: past, present, and future. **J Clin Ethics**, v. 1, n. 1, p. 9-19, 1990.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**. v. 6. n. 1, p. 241-266, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/313>. Acesso em: 01 mar. 2020.

FERNÁNDEZ, José-Antonio Díez. 20 años del Convenio de Oviedo. **Revista Bioética y Ciencias de la Salud**, v. 7, n. 2, jul./dez., 2019. Disponível em: <https://saib.es/20-anos-del-convenio-de-oviedo-2/>. Acesso em: 02 jan. 2021.

FILGUEIRAS, Carlos A. L. A influência da Química nos saberes médicos acadêmicos e práticos do século XVII em Portugal e Brasil. **Química Nova**, São Paulo, v. 22, n. 4, jul./ago.

p. 185-210, 1999. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-40421999000400022>. Acesso em: 07 nov. 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramallete. 27 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRANCO, Tovar B.; GAMA, Z. A. da Silva; HERNÁNDEZ, P. J. Saturno. Advanced knowledge of patient preferences for end-of-life care in national health service hospitals of the Murcia Region. **Rev Calid Asist**, v. 26, n. 3, p. 152-160, 2011.

FRANÇA, Inácia Sátiro Xavier de; BAPTISTA, Rosilene Santos; BRITO, Virgínia Rosana de Sousa. Dilemas éticos na hemotransfusão em testemunhas de Jeová: uma análise jurídico-bioética. **Revista Acta Paul Enferm – UNIFESP**. São Paulo, v. 21, n.3, 2008.

FRANKLIN, Ana Cláudia de Medeiros. A construção hermenêutica do mandado de injunção pelo supremo tribunal federal sob a ótica do princípio da separação dos poderes e do ativismo judicial. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 10, n. 2, p. 125 – 144, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **A constituinte e a constituição que teremos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

GUERRA, Yolanda M. Ley, jurisprudencia y eutanasia: introducción al estudio de la normatividad comparada a la luz del caso colombiano. **Revista latino-americana de bioética**, Bogotá, v. 13, n. 2, p. 70-85, Dec. 2013. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-47022013000200007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 jan. 2021.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martin Claret, 2004.

HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HALL, S. A centralidade da cultura: notas sobre as revoluções culturais do nosso tempo. **Educação e Realidade**, Porto Alegre, n. 2, v. 22, 1997. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/educacaoerealidade/article/view/71361>. Acesso em: 02 fev. 2020.

ISHAY, Micheline. **The history of human rights: from ancient times to the globalization era**. London: University of California Press Ltd., 2003.

JOHN, E.; HEFFNER, J. E.; BARBIERI, C. End-of-life care preferences of patients enrolled in cardiovascular rehabilitation programs. **Chest Journal**, v. 117, n. 5, Illinois, p. 1474-1479, 2000. Disponível em: <http://journal.publications.chestnet.org/data/Journals/CHEST/21945/1474.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2020.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. 2ª reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2011.

KEAM, Bhumsuk *et al.* The attitudes of Korean cancer patients, family caregivers, oncologists, and members of the general public toward advance directives. **Support Care Cancer**, v. 21, n. 5, p. 1437-1444, 2013.

KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, jul./dez., 1992.

KUBLER-ROSS, Elisabeth. **Sobre a morte e o morrer**. Tradução de Paulo Menezes. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KUHN, Thomas S. **The structure of scientific revolutions**. 2 ed. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

KUTNER, Luis. *Due process of euthanasia: the living will, a proposal*. *Indiana Law Journal*, v. 44, n. 4, p. 539 – 554, 1969. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2525&context=ilj>.

Acesso em: 20 dez. 2021.

LAUREN, Paul Gordon. **The evolution of international human rights: visions seen**. 3 ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2013.

LE CALIRE, M. M.; OAKES, J. M.; WEINERT, C. R. Communication of prognostic information for critically ill patients. *Chest Journal*, v. 128, n. 3, Illinois, p. 1728-1735, 2005.

LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos**. 2. Ed. São Paulo: Atheneu, 2014.

LOPES, Carla de Avellar. **A vida na metafísica ocidental: uma intersecção entre Agamben e Nietzsche**. 2015. Monografia (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/134032>. Acesso em: 29 fev. 2020.

MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015.

MAYORAL, Vânia Ferreira de Sá. **Adaptação transcultural do formulário POLST: Physician Orders for Life-Sustaining Treatment**. 2016. Dissertação (mestrado em Saúde Coletiva) – Faculdade de Medicina, Universidade Estadual Paulista, Botucatu, 2016.

MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MESQUITA, Ana Carolina da Costa de. **Diretivas antecipadas de vontade: a perspectiva jurídica da autonomia da vontade e dignidade humana no fim da vida**. 2019. Dissertação

(Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019.

MONTEIRO, Renata da Silva Fontes; JÚNIOR, Aluísio Gomes da Silva. Diretivas Antecipadas de Vontade: percurso histórico na América latina. **Revista Bioética – CFM**. v. 27, n.1, p. 86 – 97, 2019.

MORAES, Germana de Oliveira; PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. O biodireito através do prisma do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. **Revista Nomos**. v. 28, n.1, p. 103 – 127. Jan./jun., 2008.

MORITZ, Rachel Duarte. Como melhorar a comunicação e prevenir conflitos nas situações de terminalidade na Unidade de Terapia Intensiva. **Revista brasileira de terapia intensiva**, v. 19, n. 4, São Paulo, out./dez., p. 485-489, 2007. Disponível em: <http://rbti.org.br/artigo/detalhes/0103507X-19-4-14>. Acesso em: 21 dez. 2020.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Marcelo. Os Estados no centro e os Estados na periferia. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 52, n. 206, abr./jun., p. 111 – 136, 2015.

NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o estado de direito. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 37, p. 93-106, 1997.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A genealogia da moral**. Tradução de Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2013.

NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites. **Revista Bioética – CFM**. v. 22, n.2, p. 241 – 251, 2014.

NUNES, Rui. **Diretivas antecipadas de vontade**. Brasília: CFM / Faculdade de Medicina da Universidade do Porto-Portugal, 2016.

NUNES, Rui. **Regulação da saúde**. 3 ed. Porto: Vida Econômica, 2014.

OLIVEIRA, Paulo Tadeu Nascimento de. A cristologia de são leão magno nos seus sermões de natal. **Revista de Magistro de Filosofia**, Anápolis, ano VIII, n. 16, jul./dez. 2015.

PANIKKAR, Raimon. **Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?**. Tradução de Roberto Cataldo Costa e Raimundo Panikkar. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. São Paulo: Editora Renovar, 2004.

PAULA, Marcos Ferreira de. **Alegria e felicidade: a experiência do processo liberador em Espinosa**. 2009. Tese (Doutorado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8133/tde-05032010-123532/pt-br.php>. Acesso em: 18 fev. 2020.

PENALVA, L. D. **As contribuições da experiência estrangeira para o debate acerca da legitimidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro**. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17, 2008, Brasília. Anais. Brasília, DF: Conpedi, 2008.

PICCINI, Cleiton Francisco *et al.* Testamento Vital na perspectiva de médicos, advogados e estudantes. **Bioethikos**, v. 5, n. 4, p. 384-391, 2011. Disponível em: <http://www.saocamillo-sp.br/pdf/bioethikos/89/A4.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2021.

PITELLI, Sergio Domingos. O poder normativo do Conselho Federal de Medicina e o direito constitucional à saúde. **Revista de Direito Sanitário**. v. 3, n. 1, mar., p. 38-59, 2002. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/81294>. Acesso em: 05 jan. 2021.

PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade**. Curitiba: Juruá, 2015.

RAWLS, John. **A theory of justice: revised edition**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

RANQUETAT JÚNIOR, César A. Laicidade, laicismo e secularização: definindo e esclarecendo conceitos. **Revista Sociais e Humanas**. Santa Maria, v. 21, n. 1, p. 67-75, 2008.

Disponível em:

<https://periodicos.ufsm.br/sociaisehumanas/article/view/773>. Acesso em: 10 jan. 2020.

REALE, Miguel. Fundamentos da concepção tridimensional do direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 56, n. 2, p. 66-87, 1961.

REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

RECKZIEGEL, Janaína; CONINCK, Beatriz Coninck Bauermann. A afirmação histórica da proteção da vida humana. **Revista do direito da UNISC**, v. 2, n. 46, p. 34-62, 2015.

Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/issue/view/282>. Acesso em: 21 fev. 2020.

RODRIGUES, Ricardo Antônio. Severino Boécio e a invenção filosófica da dignidade humana. **Revista Seara Filosófica**, n. 5, p. 3 - 20, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios do direito político**. Tradução Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SAHM, S.; WILL, R.; HOMMEL, G. What are cancer patients' pre-fereces about treatment at the end of life, and who should start talking about it? A comparison with healthy people and medical staff. **Support Care Cancer**, v. 13, n. 4, p. 206-214, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 39, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.199-200.

SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Uma visão constitucional da eutanásia**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: Marcelo Neves, **Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**, São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SIMÓN-LORDA, Pablo; TAMAYO-VELÁZQUEZ, Maria-Isabel; BARRIO-CANTALEJO, Inés-Maria. Advance directives in Spain. Perspectives from a medical bioethicist approach. **Bioethics**, v. 22, n. 6, p.346-354, 2008.

SOUSA, André Luís Bonfim. Pulsão de vida, pulsão de liberdade: o conceito de *conatus* na ética de Espinosa. **Revista Helius**, Sobral, v. 1, n. 2, 2014. Disponível em: <<http://www.uvanet.br/helius/index.php/helius/article/view/47>> Acesso em: 24 fev. 2020.

TAYLOR, Charles. **Politics of recognition**. New Jersey: Princeton University Press, 1994.

THOMPSON, Amy E. *Advance Directives*. **Journal of the American Medical Association**, v. 313, n. 8, 2015.

VITA, Álvaro de. Liberalismo igualitário e multiculturalismo. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 55-56, p. 5 – 27, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

ZILLES, Urbano. A Sacralidade da Vida. **Revista Teocomunicação – PUC/RS**, Porto Alegre, v. 37, n. 157, 2007.