**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL**

FELIPE FURTADO FERREIRA

AUTOLIMITAÇÃO DA VIDA NA PERSPECTIVA DA DIGNIDADE HUMANA

CURITIBA

2015

FELIPE FURTADO FERREIRA

AUTOLIMITAÇÃO DA VIDA NA PERSPECTIVA DA DIGNIDADE HUMANA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito Sociambiental e Sustentabilidade. Linha de Pesquisa: Justiça, Democracia e Direitos Humanos.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Jussara Maria Leal de Meirelles

CURITIBA

2015

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

F383a Ferreira, Felipe Furtado
2015 Autolimitação da vida na perspectiva da dignidade humana / Felipe Furtado
Ferreira ; orientadora, Jussara Maria Leal de Meirelles. – 2015.
136 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2015
Bibliografia: f. 123-136

1. Direito. 2. Direitos humanos. 3. Dignidade (Direito). 4. Autonomia.
I. Meirelles, Jussara. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa
de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 4. ed. – 340

FELIPE FURTADO FERREIRA

AUTOLIMITAÇÃO DA VIDA NA PERSPECTIVA DA DIGNIDADE HUMANA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito Sociambiental e Sustentabilidade. Linha de Pesquisa: Justiça, Democracia e Direitos Humanos.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Jussara Maria Leal de Meirelles

COMISSÃO EXAMINADORA

Professora Dr.^a Jussara Maria Leal de Meirelles
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Professor Dr. Antônio Carlos Efig
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Professor Dr. Eroulths Cortiano Junior
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 30 março de 2015.

À Miguel Ferreira Filho, amado pai.

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai Miguel Ferreira Filho, pelas valiosas lições (de medicina, direito, filosofia e de vida) e pelo ininterrupto e fundamental apoio – sem contar a inabalável tolerância – para a realização deste trabalho.

Ao meu tio Daniel Ferreira, fonte de inspiração de todos os trabalhos, acadêmicos ou não, que realizei até hoje.

Aos amigos Ana Paula Fernandes, Eduardo Carlos Pottumati, Luciane Hey, Mariane Natal e Daiane Kuster, por terem tornado o curso de Mestrado uma experiência indelével.

Aos amigos e colegas de Procuradoria Daniel Jimenez Ormianin e Francisco da Cunha e Silva Neto, pelas preciosas discussões a respeito dos temas aqui tratados.

À Jussara Maria Leal de Meirelles, pelos constantes ensinamentos e incalculável confiança, sem a quem ninguém haveria de aqui agradecer.

À CAPES, pelo financiamento dos estudos e manutenção do portal de periódicos.

RESUMO

Com o desenvolvimento das tecnologias, especialmente daquelas aplicadas à interferência na vida humana, desvelam-se novas possibilidades de interações intersubjetivas que causam perplexidade social, encerrando dilemas não apenas de ordem jurídica, mas também de cunho religioso e cultural, como a busca de um eventual Direito de Morrer, de técnicas de reprodução assistida, de redesignação sexual, de aconselhamento genético, dentre outros. A problemática que daí exsurge reside na resistência, por parte da doutrina jurídica e jurisprudência, à aceitação e legitimação da autonomia da vontade como um fundamento para disposição da própria vida ao passo que o tratamento jurídico dado à vida é, em regra, de absoluta indisponibilidade. Por esta razão, a presente pesquisa tem por objeto a verificação da possibilidade, ou não, de autolimitação do direito à vida em virtude da vontade, livre e consciente, manifestada por seu titular. Para isto, buscou-se a delimitação do direito à vida enquanto direito fundamental, de matriz constitucional, para posteriormente se perquirir acerca da eventual disponibilidade do direito à vida quando em conflito com a dignidade da pessoa humana, enquanto autonomia e heteronomia, propondo-se a adoção das teorias de Dworkin e Perelman para a resolução do problema e, por fim, analisar a experiência legislativa sobre o tema. Concluiu-se da pesquisa que nos casos em que não há autorização normativa para a antecipação da morte, o critério hermenêutico para a solução do problema não se dá apenas pelo reconhecimento da autonomia da pessoa, mas leva-se em conta a dignidade humana pelo que se entende como valor comunitário. Para além, viu-se que no ordenamento jurídico brasileiro são admitidas apenas a recusa de tratamento e a ortotanásia como hipóteses de disponibilidade da vida.

Palavras-chave: direitos humanos – dignidade humana – autonomia – indisponibilidade da vida

ABSTRACT

With the development of technologies, especially those applied to interfere in human life unveil up new possibilities for inter-subjective interactions that cause social perplexity ending not only legal but also religious and cultural dilemmas, as the quest for an eventual Right to Die, assisted reproduction techniques, sex reassignment, genetic counseling, among others. The problems that arise reside in the resistance of part of legal doctrine and jurisprudence of the acceptance and legitimation of autonomy as a fundament of disposal of life while the legal treatment of the life is as a rule of absolute unavailability. For this reason, the present study's purpose is to check the possibility or not of self-limitation of the right to life by virtue of the will, free and conscious, manifested by its holder. For this, we sought the limitation of the right to life as a fundamental right of constitutional matrix, to later assert about the possible availability of the right to life when in confrontation with the dignity of the human person, proposing the adoption of Dworkin's and Perelman's theories to solve the problem and, finally, analyze the legislative experience on the subject. It is clear from research that in cases where there is no regulatory authority to hastening death, the hermeneutical criterion for the solution of the problem does not occur only by recognizing the autonomy of the person, but takes into account human dignity understood as a community value. In addition, it was seen that the Brazilian legal system only allows refuse of treatment and orthothanasia as hypothesis of availability of life.

Keywords: human rights – human dignity – autonomy – inalienability of life

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A VIDA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL E DIREITO DA PERSONALIDADE: IDENTIDADE DE VALORES EM UMA MATRIZ CONSTITUCIONAL	13
2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	13
2.1.1 Indefinições semânticas para o conceito de direitos fundamentais.....	13
2.1.2 O elemento histórico dos direitos fundamentais e suas dimensões.....	16
2.1.3 A fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais.....	18
2.1.4 Dimensões subjetiva e objetiva do direito fundamental.....	21
2.2 APROXIMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE PERSONALIDADE.....	26
2.3 O DIREITO À VIDA.....	31
3 O DIREITO À VIDA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ENTRE AUTONOMIA E HETERONOMIA	37
3.1 A INDISPONIBILIDADE DA VIDA.....	37
3.2 A INDISSOCIABILIDADE DA VIDA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	40
3.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	41
3.3.1 Valor intrínseco da dignidade da pessoa humana.....	46
3.3.2 A dignidade humana como autonomia.....	47
3.3.3 Autonomia e liberdade.....	49
3.3.4 A dignidade da pessoa humana como heteronomia (valor comunitário).....	55
4 O CONFLITO ENTRE VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O processo hermenêutico de solução de <i>hard cases</i> nas propostas de Perelman e Dworkin	58

4.1 HERMENÊUTICA E O PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ.....	59
4.2 A PROPOSTA DE PERELMAN.....	62
4.1.1 Justiça Formal de Perelman.....	68
4.2 CONTEÚDO MORAL E DE DIREITO NA PROBLEMÁTICA DA QUESTÃO DA MORTE SEGUNDO PERELMAN E DWORKIN.....	71
5 A BIOÉTICA.....	80
5.1 HISTÓRICO DA BIOÉTICA.....	80
5.2 PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA PRINCIPALISTA.....	82
5.2.1 Princípio da Beneficência.....	82
5.2.2 Princípio da Não- Maleficência.....	83
5.2.3 Princípio da Autonomia.....	84
5.2.4 Princípio da Justiça.....	86
5.3 MODELOS OU CORRENTES ATUAIS DE BIOÉTICA.....	87
5.4 MACRO E MICROBIOÉTICA.....	89
5.5 CONCEITOS RELATIVOS À TERMINALIDADE DA VIDA.....	91
6 A EXPERIÊNCIA NORMATIVA DO RESPEITO À DIGNIDADE DE PACIENTES TERMINAIS.....	100
6.1 A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA.....	100
6.2. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.....	109
6.2.1 Recusa de tratamento.....	110
6.2.2 Diretivas antecipadas de vontade.....	115
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	120
REFERÊNCIAS.....	123

1 INTRODUÇÃO

A manipulação da vida pelas Ciências e o incremento das tecnologias trazem à tona inúmeras situações complexas em que o Direito é convocado à formulação de possíveis respostas. Nem as Ciências nem o Direito compreendem a totalidade da vida humana, e é certo que nunca a compreenderão, pois ela se desvela no tempo sendo-lhe impossível a restrição a um conceito fechado, latente, ou em uma teoria única e imutável. O fato é que a sociedade se transforma, se desenvolve, as tecnologias se enobrecem, a vida se revela a cada dia, em cada tempo e espaço, de forma que o encontro das Ciências da Vida com o Direito possibilita que a pessoa humana realize, nas suas interações intersubjetivas, inúmeras situações que a princípio causam perplexidade social, encerrando dilemas não apenas de ordem jurídica, mas também de cunho religioso e cultural, como a busca de um eventual Direito de Morrer, de técnicas de reprodução assistida, de redesignação sexual, de aconselhamento genético, dentre outros.

O direito de escolha à suspensão, interrupção ou recusa de determinado tratamento gera, no caso de pacientes terminais ou de pessoas que se encontram em situação de grande sofrimento, conflito entre vida e dignidade da pessoa humana.

A temática que envolve o direito à uma vida digna até seu fim é de extrema complexidade. Alberga situações como a eutanásia, a distanásia, suicídio assistido e a ortotanásia.

De fato, a problemática que surge reside na resistência, por parte da doutrina jurídica e jurisprudência, à aceitação e legitimação da autonomia da vontade da pessoa como fundamento para disposição do próprio corpo e, mais ainda, da própria vida, seja no tocante à aceitação da vontade do enfermo em relação à recusa de sujeição a determinado tratamento, na legitimação da vontade expressada anteriormente à condição de incapacidade de sua manifestação acerca de tratamentos e cuidados que quer ou não receber, ou no reconhecimento da impossibilidade de intervenção terapêutica em situações em que o indivíduo conscientemente se coloca em situação de risco de vida.

A resposta para este problema pode ser facilmente dada quando adotada a tese da absoluta indisponibilidade de direitos fundamentais e da personalidade. Entretanto, surge uma séria dúvida, a tese da indisponibilidade é uma justa limitação

ao direito do indivíduo de buscar a cessação da sua vida se se encontrar em situação de indignidade?

A doutrina jurídica vem avançando no sentido de reconhecer a possibilidade de uma limitação da vida a partir da vontade manifestada pelo sujeito, especialmente quando reconhecida a existência de pouca ou nenhuma qualidade de vida, mantida apenas através de tratamentos paliativos.

Por esta razão, a presente pesquisa almeja verificar a possibilidade, ou não, de autolimitação do direito à vida em virtude da vontade, livre e consciente, manifestada por seu titular.

Cumprido destacar que este trabalho apenas parte da premissa que o intuito de antecipação da morte se dê por pessoas presumidamente capazes e não limitadas na manifestação de sua vontade, deixando-se de analisar questões acerca de pessoas com reduzida possibilidade de manifestação de vontade, como crianças, pessoas acometidas de doença mental severa ou dependentes químicos.

Ainda, este trabalho se limita a tratar de manifestação de vontade do próprio indivíduo, deixando-se de se perquirir acerca de questões como representação ou valoração de conduta pretérita, bem como de atos de disposição da vida de terceiro.

Assim, considerando que no direito brasileiro o princípio da dignidade da pessoa humana tem status privilegiado na Constituição Federal de 1988, instituído como preceito fundamental da República, busca-se verificar se a vontade da pessoa pode ser desconsiderada quando se trata da limitação da própria vida.

Para responder ao questionamento, buscou-se em um primeiro momento a identificação do que são direitos fundamentais e direitos da personalidade, suas características principais e correlações, aplicadas ao direito à vida, reconhecendo-o como um direito de matriz constitucional, bem como buscou-se compreender sua eventual indisponibilidade.

A seguir, perquiriu-se a respeito da relação do direito à vida com a dignidade da pessoa humana e sua relação indissociável, analisando-se a dignidade humana em suas concepções de autonomia e de valor comunitário (heteronomia).

Ao se reconhecer que no direito brasileiro não há expressa permissão para a antecipação da morte, e reconhecendo-se o conflito existente entre dignidade humana enquanto heteronomia e direito à vida digna, seguiu-se no desenvolvimento das questões que envolvem as situações difíceis, ao passo que se faz necessário

um processo hermenêutico para a concretização da autonomia do sujeito em estado de indignidade.

Neste ponto, as lições de Perelman e Dworkin serão o fio condutor para obtenção das respostas almejadas. Buscar-se-á analisar o direito à vida valendo-se da construção argumentativa de Perelman, a fim de se verificar o caráter absoluto atribuído ao mesmo. Enquanto que em Dworkin encontramos as lições para sopesar princípios conflitantes, e resolver questões que parecem indissolúveis através de uma hermenêutica racional.

Na sequencia analisa-se a Bioética e suas correntes doutrinárias, que, por tratarem dos problemas e implicações morais relativas às questões da saúde, norteiam os profissionais da área em suas relações com pacientes.

Dentre as correntes atuais, observa-se que a Principalista que é a mais difundida, e, tendo por pressupostos os Princípios da Beneficência, da Não-Maleficência, da Autonomia e da Justiça, pauta as relações médico-pacientes, transmutando-as de um modelo paternalista, fundado na autoridade do médico, para outro, humanista, que privilegia a participação do doente na escolha do tratamento a ser ou não instituído.

Ainda, no intuito de melhor elucidar a questão, algumas experiências normativas estrangeiras e nacionais serão vistas.

E, por derradeiro, na realidade brasileira, se verá alguns algumas ações estatais, aqui incluídas as iniciativas do Conselho Federal de Medicina e algumas decisões judiciais, que prestigiam o direito à autonomia da vontade da pessoa para a manutenção da sua vida digna, mesmo que na iminência da morte.

2 A VIDA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL E DIREITO DA PERSONALIDADE: IDENTIDADE DE VALORES EM UMA MATRIZ CONSTITUCIONAL

Tratar de disponibilidade de direitos fundamentais, em especial de direito tão caro, peculiar e de posição de, na maioria das vezes assumida como de relevância superior, o direito à vida, objetivo central deste trabalho, faz-nos perquirir, inicialmente, qual a sua efetiva situação dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Em um primeiro momento, antes de se identificar uma eventual delimitação do direito à vida, e verificação de suas nuances, faz-se imperioso o entendimento das fundamentais categorias jurídicas de proteção do direito à vida, quais sejam a categoria dos chamados Direitos Fundamentais e a dos Direitos da Personalidade.

Objetiva-se, com isso, analisar eventuais semelhanças estruturais, valorativas e normativas daqueles direitos, particularmente com o escopo de verificar a possibilidade de superação da difundida ideia de indisponibilidade absoluta do direito à vida.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1.1 Indefinições semânticas para o conceito de direitos fundamentais

Não é tarefa simplista a definição de um conceito de direitos fundamentais, especialmente porque não se trata de conceituar um catálogo estanque de direitos contidos em um determinado texto normativo, mas sim conceituar direitos do homem resultantes de um evoluir histórico, cuja transformação é perene.¹

Essa dificuldade se revela maior pela utilização de várias expressões para sua designação, tais como “direitos naturais”, “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”, “direitos do homem”, “direitos públicos subjetivos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais”², culminando em verdadeira confusão conceitual ou, ainda, hiperonímia.³

¹ SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 447.

² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 33.

³ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 7.

Para a aplicação do que proposto nesse trabalho, que é a disponibilidade vida, faz-se mister o esclarecimento, ainda que superficial, das distinções das expressões empregadas para designação dos direitos fundamentais, especialmente na persecução de um conceito lacônico, porém abrangente, representado por um termo genérico e por suposição, em seu conteúdo, ajustado à Constituição.

Tratando desde já das expressões elencadas, podemos afirmar, e na esteira do ensinamento de Silva, que por “direitos naturais” não podem ser os direitos fundamentais entendidos, isso porque naturais diziam-se os direitos inerentes ao homem, inatos, decorrentes tão-somente da sua existência enquanto ser humano, uma vez que os direitos fundamentais são direitos positivos, cujos fundamentos e conteúdo se encontram nas relações sociais materiais, em determinado momento histórico.⁴

Nessa mesma toada, acerca da positivação dos direitos fundamentais, Bonavides ensina que “[...] direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”.⁵

As expressões “direitos públicos subjetivos” e “direitos individuais”, uma vez que atreladas à concepção individualista do homem, característica do Estado Liberal, são insuficientes para caracterização dos direitos fundamentais, e ainda, enquanto subjetivos, levariam a possibilidade do titular, por mera liberalidade, deles dispor, podendo inclusive renunciá-los ou transferi-los, além de serem prescritíveis, o que não se coaduna com o escopo dos direitos fundamentais.⁶

“Liberdades públicas”, ou “liberdades fundamentais”, é a expressão utilizada pela doutrina francesa nas obras acerca de direitos fundamentais, ao passo que a noção de direitos do homem ou direitos humanos, para os franceses, se traduz em direito natural, enquanto a expressão “liberdades públicas” refere-se ao conteúdo normativo positivado, especialmente quando empregados os conceitos de *liberdade-autonomia* (correlata aos direitos individuais clássicos) e *liberdade-participação* (correspondente ao gozo livre dos direitos públicos), consideradas na doutrina francesa como direitos do homem, mas não decorrentes da sua mera natureza, porquanto positivados.⁷

⁴ SILVA, 2014, p. 447.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 560.

⁶ SILVA, 2014, p. 448.

⁷ SILVA, 2014, p. 448-449.

Por “direitos do homem”, José Afonso da Silva entende que a expressão é deveras redundante, uma vez que não se pode pensar em direitos que não sejam de titularidade do homem, da mesma sorte que “direitos humanos”, expressão esta que é a mais usada em documentos internacionais.⁸

Direitos do homem podem ser tidos como direitos naturais não positivados, ou ainda não positivados.⁹

A expressão “direitos humanos”, por sua vez, corresponde à esfera de direito internacional. Uma vez que não se limitam a uma determinada ordem constitucional, adquirem *status* supranacional, buscando uma validade universal.

A expressão “direitos humanos” denota concepção alargada e imprecisa, pois se referem aos direitos inerentes à pessoa humana, mas que se transformam em direitos fundamentais, de caráter preciso, ao serem incorporados a um sistema jurídico positivo nacional.

Neste sentido, Sarlet, referenciando Luño, lembra que:

[...] não se deve perder de vista a circunstância de que a positivação dos direitos fundamentais é o produto de uma dialética constante entre o progressivo desenvolvimento das técnicas de seu reconhecimento na esfera do direito positivo e a paulatina afirmação, no terreno ideológico, das ideias da liberdade e da dignidade humana.¹⁰

Neste ponto, já se pode afirmar que não há igualdade semântica entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, uma vez que estes se desvelam dentro de uma ordem constitucional, enquanto aqueles se dão a partir de determinadas circunstâncias numa seara internacional. Todavia, pode-se dizer com segurança que seu conteúdo jusfundamental é precisamente o mesmo.

⁸ SILVA, 2014, p. 447. Hodiernamente torna-se cada vez mais difícil sustentar a tese de que apenas aos humanos é dada a titularidade de direitos, ao passo que a doutrina jurídica vem caminhando no sentido de reconhecer direitos a animais, propondo que o paradigma a ser adotado afasta-se do antropocentrismo clássico, reconhecendo-se um rol mais amplo de destinatários dos direitos entabulados na Constituição, albergando-se, aí, os animais. A esse respeito, consulte-se ARAÚJO, Fernando. **A hora dos direitos dos animais**. Coimbra: Almedina, 2003.

⁹ SARLET, 2006, p. 37.

¹⁰ SARLET, 2006, p. 44-45.

2.1.2 O elemento histórico dos direitos fundamentais e suas dimensões

Em se tratando de direitos humanos ou fundamentais, uma característica que lhes é comum é a de constante transformação. Tanto o é que são dispostos exemplificativamente na Constituição Federal.¹¹ São conquistas históricas alcançadas e reconhecidas de acordo com as necessidades de uma sociedade em um determinado momento.

Ainda, os direitos fundamentais possuem natureza constitucional, já que são aqueles direitos do ser humano que “[...] nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados”¹². Assim, é o ordenamento jurídico-constitucional de cada Estado que determina quais são os direitos que, no seu território e em determinado momento, são considerados direitos fundamentais.

Nesta esteira, é historicamente com a Declaração dos Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França de 1789, que se tem o marco formal para o reconhecimento dos direitos fundamentais. Estas Declarações positivaram o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade (formal) perante a lei, direitos do indivíduo de se opor em face do Estado absolutista ensejando os direitos civis e políticos e afirmando o Estado de Direito, concebendo os chamados direitos fundamentais de primeira (geração) dimensão que exprimem o valor de liberdade.¹³

Já no transcurso do século XIX, os direitos de liberdade e igualdade meramente formal não se mostravam suficientes para acudir os anseios frente aos graves problemas sociais e econômicos advindos do fenômeno da industrialização. Movimentos reivindicatórios clamavam por uma ação positiva do Estado a garantir direitos de ordem social, para assegurar o bem-estar social.

O propósito, neste sentido, não era o de resguardar a liberdade formal, abstrata e individual perante o Estado, mas torná-lo um garantidor, um meio a fim de

¹¹ Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 12 dez. 2014.

¹² SARLET, 2006, p. 42.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 43-46.

atingir a liberdade material e concreta por intermédio de prestações sociais estatais como saúde, educação, trabalho entre outras.

Tendo por inspiração a Constituição Mexicana de 1917 e a Lei Fundamental de Weimar (Constituição Alemã de 1919), originam-se os direitos fundamentais de segunda (geração) dimensão, direitos que se revelam pela igualdade material. Entretanto, somente no século XX, após a segunda grande guerra, é que estes direitos foram consagrados em grande número de Constituições.

As atrocidades cometidas pelos nazistas nos campos de concentração, na segunda grande guerra, a divisão do mundo em blocos de países desenvolvidos e subdesenvolvidos, a desigualdade entres as nações, o impacto tecnológico e suas consequências, a descolonização advinda no pós-guerra, dentre outros fatores, fizeram emergir ideais de fraternidade e solidariedade.

Estes ideais fundam os direitos fundamentais de terceira (geração) dimensão, quais sejam: o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à qualidade de vida, ao patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Trata-se da proteção de direitos coletivos ou difusos. Sarlet destaca a diversificação e complexidade destes direitos ao lembrar que nesta geração também se encontram “[...] garantias contra manipulações genéticas, ao direito de morrer com dignidade, ao direito de mudança de sexo”¹⁴.

Ainda, como resposta aos atentados contra a humanidade oriundos da segunda grande guerra, a comunidade internacional, por intermédio da Organização das Nações Unidas, adota e proclama a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Bonavides sustenta a existência de uma quarta (geração) dimensão de direitos fundamentais como resultado de um processo de globalização dos direitos fundamentais, na universalização dos mesmos na esfera institucional, e assim elencando:

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.¹⁵

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 49-50.

¹⁵ BONAVIDES, 2010, p. 570-573.

Resultado desse entendimento seria, na opinião do doutrinador, o Homem como o centro de interesses de todo o sistema normativo. Ressalta que a universalidade reforça e concretiza os direitos da liberdade mediante o eficaz incremento dos direitos de igualdade e fraternidade. Todavia, essa concepção, no sentir de outros autores, não passa de mera expectativa futura de um mundo melhor¹⁶.

Já, para Norberto Bobbio, os direitos de quarta dimensão seriam os decorrentes dos avanços relacionados à manipulação genética, pelo incremento das pesquisas biológicas e que, portanto, poderiam colocar em risco o patrimônio genético de cada indivíduo¹⁷.

Por oportuno, cabe ressaltar o direito à paz como objeto de uma quinta geração (dimensão) de direitos fundamentais, na opinião de Paulo Bonavides. O mesmo lembra que Vasak posiciona o direito à paz como decorrente do direito de desenvolvimento, dos direitos da fraternidade, representando direito de terceira geração. Mas, por outro lado, Paulo Bonavides entende o direito à paz como:

“[...] em sua dimensão perpétua, à sombra do modelo de Kant. Paz em seu caráter universal, em sua feição agregativa de solidariedade, em seu plano harmonizador de todas as etnias, de todas as culturas, de todos os sistemas, de todas as crenças que a fé e a dignidade do homem propugnam, reivindicam, concretizam e legitimam”.¹⁸

Paz como condição de exercício de democracia, de desenvolvimento econômico-sócio-cultural, como pressuposto para a efetiva concretização dos direitos humanos e/ou fundamentais.

2.1.3 A fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais

No pensamento de Alexy, “o significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é o resultado da soma de dois fatores: da sua fundamentalidade formal e da sua fundamentalidade substancial”.¹⁹

¹⁶ SARLET, 2010. p. 50-51.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 14.

¹⁸ BONAVIDES, 2010. p. 591.

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 520.

Para Alexy, a fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição mais alta na estrutura escalonada do ordenamento jurídico, enquanto direitos que vinculam toda atividade estatal.²⁰

Trata-se, pois, de norma que assume caráter fundamental porque o legislador-constituente assim o quis, elencando-a àquela posição de supremacia.

Segundo Sarlet, a fundamentalidade formal se encontra ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice do ordenamento jurídico e b) na qualidade de normas constitucionais, se encontram limitadas formal e materialmente a reformas constitucionais.²¹

Alexy descreve que direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. E segue dizendo que decorre dos objetos regulados o fato de as decisões sobre o conteúdo das normas de direitos fundamentais incluírem decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.²²

Com relação a esse assunto, esclarece Sarlet

De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de K. Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa - na sua dimensão individual, coletiva ou social - que, por decisão expressa do Legislador-Constituente foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.²³

Desta feita, pode-se dizer que, em sentido formal de fundamentalidade, os direitos fundamentais são aqueles assim tratados pela Constituição. Os materialmente fundamentais são aqueles que, mesmo não tendo sido arrolados como direitos fundamentais pelo legislador constituinte, equiparam-se àqueles que o foram, em razão do seu objeto.

Contudo, definir a nota de fundamentalidade em um direito exige relativo esforço. Isso porque, segundo Branco, os direitos fundamentais são pretensões que

²⁰ ALEXY, 2014, p. 520.

²¹ SARLET, 2006, p. 88-89.

²² ALEXY, 2014, p. 522.

²³ SARLET, 2006, p. 211.

em cada momento histórico se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade da pessoa humana.²⁴

A dificuldade anotada pelo referido autor se refere ao grau de subjetividade do intérprete da norma.

Diante disso se pode afirmar que tanto o caráter formal quanto o caráter material identificam a norma de direito fundamental. Uma vez que aceita a ideia de que a matéria também pode definir o caráter da norma, decorre o conceito de que verdadeiramente a Constituição Federal possui um caráter aberto, ou seja, a enumeração de direitos fundamentais no texto constitucional não impede que outros direitos sejam reconhecidos como fundamentais enquanto estes tenham conteúdo destinado a um projeto civilizatório e à proteção de um plano de princípios objetivos e de finalidades sociais.

O catálogo de direitos fundamentais foi elaborado de forma ampla, possibilitando seu alargamento especialmente quando se fala da inclusão de outros direitos de natureza assemelhada, contendo normas de aplicação imediata, contida e limitada em seu corpo.²⁵

Como um bom exemplo, Sarlet menciona o princípio da dignidade da pessoa humana, não sendo este passível de delimitação expressa em função de seu caráter amplo, sendo portando categoria aberta e em constante construção, irrenunciável e inalienável.²⁶

Daí decorre a importante conclusão de que, na verdade, há direitos fundamentais não só elencados no Título II da Constituição Federal, mas também em outras partes do seu texto e até mesmo fora dele.

A fixação desta premissa é de grande importância para a realização deste estudo, principalmente porquanto a proteção do direito à vida não se encontra positivada apenas e tão-somente na Constituição Federal de 1988, mas também em outros textos normativos. Desta forma, poder-se-á pensar em uma única tese de justificação para a eventual disposição da vida, como se verá adiante, dando tratamento idêntico tanto para a norma posta no bojo do texto constitucional quanto para àquelas que tratem do direito à vida em outros textos normativos.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 271.

²⁵ Sobre a eficácia das normas constitucionais de direito fundamental, confira-se SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 41.

2.1.4 Dimensões subjetiva e objetiva do direito fundamental

A dimensão subjetiva do direito fundamental é a que se liga umbilicalmente à própria noção de direito fundamental. Ou seja, é o alicerce que legitima o direito como fundamental, ao passo que traduz a tutela do indivíduo, garantindo-lhe defesa contra a atuação do poder estatal, bem como pretensão de atuação positiva com escopo de concretização de suas liberdades.

Pode-se dizer que ao tratar de direitos fundamentais subjetivos está-se a referir, no pensamento de Sarlet, à possibilidade que tem o titular de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.²⁷

É bem verdade que a dimensão subjetiva é, em certa medida e à primeira vista, proeminente em relação ao aspecto objetivo, pois os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos subjetivos ou garantias de um status jurídico individual, como se pode observar na expressão constitucional do art. 5º da Constituição brasileira de 1988.

Como ensina Canotilho, o fundamento subjetivo das normas de direito fundamental diz respeito “[...] ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o *indivíduo*, para os seus interesses, para a sua situação da vida, para a sua liberdade”²⁸.

Identifica-se uma perspectiva objetiva, ao lado da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais que, sem dúvida, significou uma das mais importantes inovações no campo dos direitos fundamentais na fase posterior à Segunda Guerra Mundial.

Em primeiro lugar, não se trata da singela diferenciação entre direito subjetivo e direito objetivo, este último pensado como enunciado normativo positivado. Ela se refere a elementos que ultrapassam os efeitos da dimensão subjetiva.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais é um produto das construções jurisprudenciais e teóricas da Alemanha do pós-guerra. Sua gênese coincide com a passagem do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito, momento em

²⁷ SARLET, 2006, p. 159.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1256.

que se admitem novas tarefas ao Estado, prestacionais na sua essencialidade, para que ele atue perante a questão social, notadamente nas áreas de saúde, educação, trabalho e regulação econômica.²⁹

Segundo Martel, nos esforços teórico-práticos sobre a dimensão objetiva, há um elo com a compreensão da Constituição como uma ordem objetiva de valores, ideia que marcaria a superação de determinadas leituras estreitas e menos sofisticadas do positivismo jurídico. Contudo, para que se admita a existência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não se faz necessário aderir à concepção da Constituição como uma ordem objetiva de valores.³⁰

A relação entre elas é contingente e não-necessária, como bem apresentou Sarmento.

Assim, e reconhecendo a procedência, pelo menos parcial, de algumas críticas endereçadas à teoria da ordem de valores, cumpre destacar que não se afigura necessária a adesão a ela para a aceitação da existência de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais [...].³¹

É possível assinalar que há um aparente consenso sobre a existência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Todavia, o mesmo não ocorre com o seu significado.

Novais referiu que, embora pesem as imprecisões sobre o conceito, há certo acordo na doutrina e jurisprudência na sua tradução em deveres de conformação institucional e de organização e procedimento, bem como em deveres de prestações e de proteção que impendem objetivamente sobre o Estado. Ainda conforme o jurista português:

Genericamente, poderá dizer-se que o dever de proteção se traduz numa obrigação abrangente de o Estado conformar a sua ordem jurídica de tal forma que nela e através dela os direitos fundamentais sejam garantidos e as liberdades nele sustentados possam encontrar efectivação. Nesse

²⁹ MARTELL, Letícia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis** – os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Rio de Janeiro: UERJ, Tese de doutorado, 2010. Disponível em <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=leticia_martel>. Acesso em 14 dez. 2014. p. 55.

³⁰ MARTEL, 2014, p. 55.

³¹ SARMENTO, Daniel. **Dimensão objetiva dos direitos fundamentais**: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 278.

sentido, como assinala Böckenförde, o dever de proteção pode constituir o conceito central da dimensão jurídicoobjetiva dos direitos fundamentais.³²

Um importante marco para o reconhecimento da referida dimensão objetiva é o paradigmático caso Lüth, em que a Corte Federal Constitucional da Alemanha, em 1958, seguindo uma tendência já revelada em julgamentos anteriores, proferiu decisão ressaltando o fato de que os direitos fundamentais constituem, também, decisões valorativas de caráter jurídico-objetivo da Constituição, cuja eficácia alcança todo o ordenamento jurídico e que, além disso, servem como diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.³³

Assumiu-se que os direitos fundamentais não estão limitados à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Estado.

Como refere Canotilho, o fundamento objetivo das normas de direitos fundamentais tem em vista “[...] o seu significado para a colectividade, para o interesse público, para a vida comunitária”.³⁴

Desta forma, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais não se refere somente ao fato de que o direito fundamental pressupõe um preceito de direito objetivo, mas fundamentalmente que os direitos fundamentais devem ser pensados também do ponto de vista da comunidade, e não só como faculdades ou poderes dos indivíduos.³⁵

Reconhecer a dimensão objetiva não importa na existência de direitos subjetivos em sentido estrito dela decorrentes, nem sequer a admissão de que eles sejam justiciáveis, ou que o Poder Judiciário possua competência institucional para concretizá-los em todo e qualquer caso.³⁶

O aspecto axiológico da dimensão objetiva dos direitos fundamentais se refere à circunstância de que os estes expressam valores objetivos da comunidade, razão pela qual devem ter sua eficácia valorada também sob o ponto de vista da sociedade, e não somente com vistas no indivíduo.

³² NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 67.

³³ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

³⁴ CANOTILHO, 2003, p. 1256.

³⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 144-145.

³⁶ MARTEL, 2010, p. 56-57.

O próprio exercício dos direitos subjetivos individuais depende, em certa medida, do seu reconhecimento pela comunidade. Daí decorrem, por exemplo, a eficácia dirigente dos direitos fundamentais em relação aos órgãos estatais, bem como a utilização de tais direitos como parâmetros para o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

Com relação aos autônomos efeitos jurídicos decorrentes do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, outra consequência jurídica importante é a eficácia irradiante de tais direitos, pelo que os direitos fundamentais guiam a aplicação e a interpretação do direito infraconstitucional, impondo, até mesmo, a realização de uma interpretação conforme os direitos fundamentais ao passo que “penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário”³⁷. A eficácia irradiante tem como uma de suas manifestações a chamada filtragem constitucional.³⁸

Sobre ela, Barroso afirma que:

A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.³⁹

A própria eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é questão que se liga ao referido efeito de irradiação, constituindo uma importante decorrência da perspectiva objetiva ora estudada, em que se discute a ideia de que os direitos fundamentais irradiariam efeitos não só nas relações entre sujeito privado e Estado, mas também nas relações entre particulares.

³⁷ SARMENTO, 2003, p.279. O termo eficácia é empregado aqui no sentido de produção jurídica de efeitos, não de produção de efeitos sociais.

³⁸ Sobre a expressão filtragem constitucional e o sentido de sua aplicação, ver: SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n.4, out/nov/dez/2005. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em 15 jan. 2015.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v.I, n.6, set. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 01 jan. 2015.

Uma outra consequência jurídica relevante é o reconhecimento dos deveres estatais de proteção, de promoção e de conformação institucional, isto é, de mandamentos destinados ao Estado para que promova a criação e a execução de políticas públicas e de atos normativos com escopo na proteção e promoção dos direitos fundamentais.

Ressalte-se, por fim, que, apesar da importância da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, verifica-se, em geral, uma prevalência da perspectiva subjetiva. Isso porque, como conclui Sarlet, a finalidade precípua dos direitos fundamentais é proteger o indivíduo, e não a coletividade, e, também, porque o reconhecimento dos direitos fundamentais como direitos subjetivos permite um maior grau de concretização do que a previsão de obrigações de caráter meramente objetivo.⁴⁰

Embora seja prevalente a dimensão subjetiva, pode-se afirmar que os direitos fundamentais não podem ser concebidos apenas e tão somente como direitos subjetivos destinados à proteção de situações individuais, ou como liberdades, poderes, competências, cujo significado maior encontra-se na delimitação de uma esfera de imunidade individual face ao Estado.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, segundo Sarlet, constitui terreno fértil para desenvolvimentos, podendo ser aí consideradas novas funções e fundamentos para novas funções de direitos fundamentais, cujos contornos e importância dificilmente podem ser aprioristicamente avaliados.⁴¹

Contudo, e tendo em vista que um dos efeitos jurídicos do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o de vinculação da atividade estatal ao objetivo de promoção e proteção de direitos fundamentais a partir da sua valoração comunitária, a ideia assentada de indisponibilidade de direitos fundamentais e, em especial, da vida, faz-nos concluir que a não superação dessa premissa impede que o Estado reconheça, ao menos *a priori*, a prevalência da dignidade da pessoa humana à vida.

⁴⁰ SARLET, 2006, p. 180.

⁴¹ SARLET, 2006, p. 175.

2.2 APROXIMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE PERSONALIDADE

Segundo Bittar, em razão das incursões na vida privada ditadas pela evolução da tecnologia e das comunicações, tem-se exigido o reconhecimento expresso dos direitos da personalidade e a sua regulamentação, para garantir-lhes proteção no âmbito privado.⁴²

Ainda que a tipificação seja importante para o reconhecimento dos direitos da personalidade, estes devem ser tratados sob o ponto de vista civil-constitucional, uma vez que seus fundamentos advêm da Constituição da República⁴³. A proteção da personalidade humana advém do valor máximo que o ordenamento lhe confere e da cláusula geral que a protege.⁴⁴

Os direitos da personalidade compreendem direitos considerados essenciais à pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade.⁴⁵

Dentre os direitos fundamentais que integram os direitos da personalidade, Canotilho menciona os seguintes: direitos de estado (por ex: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito a privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito a informática) e direitos de liberdade (liberdade de expressão).⁴⁶

A autonomia privada, representada pela liberdade pessoal, também merece atenção constitucional, variando-se assim a efetividade e abrangência do direito fundamental dependendo do sujeito que é titular do direito.

De modo geral, é possível afirmar que este espectro de variações, no que concerne ao objeto do direito subjetivo (fundamental), se encontra vinculado aos seguintes fatores: a) o espaço da liberdade da pessoa individual não se encontra garantido de maneira uniforme; b) a existência de inequívocas distinções no que tange ao grau de exigibilidade dos direitos individualmente considerados, de modo especial, em se considerando os direitos e prestações sociais materiais; c) os direitos fundamentais constituem posições jurídico complexas, no sentido de

⁴² BITTAR, 1995, p. 33.

⁴³ DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord). **A parte geral do novo Código Civil, Estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.45.

⁴⁴ DONEDA, 2003, p. 46.

⁴⁵ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 13 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 149.

⁴⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4 Ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 390.

poderem conter direitos, liberdades, pretensões e poderes da mais diversa natureza até mesmo pelo fato de 'poderem dirigir-se contra diferentes destinatários'.⁴⁷

O limite da autonomia individual está relacionado à dignidade da pessoa humana. A esse respeito, Sarlet ressalva que há que levar em conta que este predomínio da perspectiva subjetiva encontra sua justificativa no valor outorgado à autonomia individual, na qualidade da dignidade da pessoa humana.⁴⁸ A dignidade da pessoa humana acaba por legitimar a autonomia da pessoa, podendo prevalecer o caráter subjetivo.

A definição do conteúdo material dos direitos fundamentais da personalidade exige, como se vê, a formulação de uma teoria unitária, que postula a existência de um direito geral da personalidade, bem como sua relação com os direitos fundamentais. Ambos devem ancorar-se na dignidade humana, para suprir a necessidade de tutela integral do sujeito, para além de sua compartimentalização e de seu reconhecimento pelas normas de origem estatal.⁴⁹

A perspectiva subjetiva, como visto alhures, considera que os direitos fundamentais residem no indivíduo e não na coletividade e que este reconhecimento subjetivo confere ao sujeito um maior grau de cunho objetivo.

A proteção constitucional conferida à pessoa humana é no sentido de garantir a proteção do homem enquanto pessoa, o que fatalmente leva à questão dos limites do direito privado sobre a autonomia privada.⁵⁰

Em respeito ao texto constitucional, parece correto considerar a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercido a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda atividade econômica a novos critérios de validade.⁵¹

Importa salientar, outrossim, que os direitos fundamentais, na condição de garantias institucionais, em que pese não exercerem a função de uma garantia absoluta do *status quo*, protegem o núcleo essencial de determinados institutos

⁴⁷ SARLET, 2006, p. 150.

⁴⁸ SARLET, 2006, p. 153.

⁴⁹ GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p. 49.

⁵⁰ Eroulths. Alguns Apontamentos sobre os chamados Direitos da Personalidade. FACHIN, Luiz Edson. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 36.

⁵¹ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 47.

jurídico-privados (garantia de instituto) e jurídico-públicos (garantias institucionais) no sentido que seu objeto constitui um complexo de normas jurídicas.⁵²

Os direitos fundamentais podem sofrer ponderação em determinados casos, no entanto não se pode aniquilar seu núcleo essencial.

A posição dos direitos fundamentais é sobranceira na estrutura do direito civil contemporâneo, voltado à realização dos valores constitucionais.⁵³

Pode-se afirmar, destarte, que os direitos da personalidade estão inseridos no rol dos direitos fundamentais, tendo como fim comum a proteção do núcleo essencial destes institutos, qual seja o desenvolvimento do valor da pessoa, a sua personalidade, sem que haja lesão a dignidade da pessoa humana. Assim, eventuais negócios jurídicos celebrados que tenham por objeto direitos da personalidade não devem ser de pronto repelidos pelo ordenamento jurídico, devendo ser permitidos desde que seja mantido o núcleo essencial dos direitos da personalidade.

O princípio previsto no art. 1.º, III, da Constituição da República funciona como uma cláusula geral de tutela da personalidade, permitindo a utilização dos mais diversos instrumentos jurídicos para sua salvaguarda.⁵⁴

Ainda que preocupado com as questões de interesse patrimonial, o direito passa a postar-se como protetor do direito da pessoa humana. A proteção do patrimônio deve ocorrer para dar suporte ao livre desenvolvimento da pessoa humana.⁵⁵

Observado que os direitos fundamentais e os da personalidade tendem cada vez mais a se baralhar, conforme asseverado por Canotilho, parte da doutrina ainda defende a distinção entre ambos. Para eles, enquanto os direitos da personalidade exprimem aspectos que não podem deixar de ser conhecidos sem afetar a própria personalidade humana, os direitos fundamentais demarcam em particular a situação do cidadão perante o Estado, com a preocupação básica da estruturação constitucional.⁵⁶

⁵² SARLET, 2006, p. 181.

⁵³ DONEDA, 2003, p. 58.

⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. 2. Ed. **Código Civil interpretado: conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro. Renovar, 2004. v I. p. 33.

⁵⁵ CORTIANO JUNIOR, 1998. p. 33.

⁵⁶ BELTRÃO, 2005, p. 48.

No mesmo sentido Bittar afirma que se consideram direitos da personalidade os direitos da pessoa natural para proteção do indivíduo na relação entre particulares, enquanto que quando se refere à proteção contra ingerência do Estado, são tidos como direitos do homem ou fundamentais.⁵⁷

Seriam aqueles direitos inerentes à pessoa humana previstos e tutelados pela Declaração Universal dos Direitos do Cidadão. Segundo os partidários desta tese, os direitos públicos da personalidade pretendem a defesa do indivíduo dos atentados praticados pelo próprio Estado ou, ainda, almejam a defesa da sociedade considerada como um todo das agressões praticadas por particulares. Os direitos de personalidade privados abrangem os direitos inerentes à pessoa humana que dizem respeito aos aspectos privados da personalidade. Seriam os mesmos direitos de personalidade públicos, porém, tratados sob o ângulo do direito privado, nas relações dos particulares entre si, visando à proteção do indivíduo frente a agressões de outros particulares.⁵⁸

Há ainda a distinção quanto o papel que exercem. Para Beltrão, os direitos da personalidade não se confundem com os direitos fundamentais, mas a estes estão materialmente ligados, uma vez que os primeiros dizem respeito aos aspectos privados das relações jurídicas entre particulares, enquanto que os direitos fundamentais situam-se no âmbito político e socioeconômico do cidadão.⁵⁹

Rodrigues assevera a identidade entre direitos fundamentais e direitos da personalidade, não podendo ser mantida a distinção proposta de que os primeiros estariam relacionados ao direito público, enquanto que os da personalidade ao privado. Isso porque o reconhecimento desses direitos no campo do direito público conduz à necessidade de seu reconhecimento no campo do direito privado; neste caso, encaram-se as relações entre particulares o jurista se propõe a propiciar meios de defender esses direitos não patrimoniais não mais contra a ação do poder público, mas contra as ameaças e agressões advindas de outros homens⁶⁰

⁵⁷ BITTAR, 1995, p. 22-23.

⁵⁸ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 50-51.

⁵⁹ BELTRÃO, 2005, p. 136.

⁶⁰ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil, parte geral**. 33. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 62.

Os direitos fundamentais, previstos na Constituição da República, não se limitam à proteção do indivíduo contra o Estado. Têm também importante função nas relações sociais entre particulares.⁶¹

A tutela dos direitos fundamentais é ampla, dirigida tanto ao Estado, que deve respeitar os direitos de personalidade das pessoas que estão no seu território, como aos particulares, entre si, nas suas relações.⁶²

De todo modo o imbróglio só aumenta. Segundo Perlingieri, a própria distinção entre direito privado e direito público está em crise. A concepção atual do direito não deve passar pela dicotomia entre direito público e privado, “em uma sociedade atual torna-se difícil individuar o interesse particular para que seja completamente autônomo isolado do interesse dito público.”⁶³

No mesmo sentido Tepedino busca afastar a separação entre direito público e privado, pois a cisão não contribuiria para proteção dos direitos da personalidade, ao sustentar que:

[...] os rígidos compartimentos do direito público e privado, nem sempre se mostram suficientes para a tutela da personalidade que, as mais das vezes, exige a proteção a um só tempo do Estado e das sociedades intermediárias – família empresa, associações -, como ocorre, com freqüência, nas matérias atinentes à família, à inseminação artificial e à procriação assistida, ao transexualismo, aos negócios jurídicos relacionados com a informática, às relações de trabalho em condições degradantes, e assim por diante.⁶⁴

A proteção da pessoa humana não pode sofrer a dissociação entre direito público e privado, em setores estanques deve haver proteção integral e superação da dicotomia entre direito público e privado, atendendo a cláusula geral de promoção a dignidade da pessoa humana.⁶⁵

Segundo Beltrão, para verificar a existência do direito da personalidade é preciso investigar se este viola a dignidade da pessoa humana. Se por um lado a divulgação de uma foto de pessoa anônima pode ir contra o direito da personalidade da imagem, a publicação da foto de um jogador de futebol no exercício de sua

⁶¹ SZANIAWSKI, 1993, p. 57

⁶² SZANIAWSKI, 1993, p. 93.

⁶³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil : introdução ao direito civil constitucional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 53.

⁶⁴ TEPEDINO, 1999, p. 36.

⁶⁵ TEPEDINO, 1999, p. 50.

profissão pode ser contrária a um compromisso publicitário, mas não à personalidade.⁶⁶

Para Beltrão o ponto de destaque para compreensão é a proteção da dignidade da pessoa humana⁶⁷.

Pode-se afirmar, nesta toada, que os direitos da personalidade contêm seu núcleo axiológico na Constituição Federal e, enquanto direitos cujo escopo é a promoção e proteção da dignidade da pessoa humana, revela-se sua fundamentalidade material.

Desta feita, e porquanto materialmente fundamentais, o tratamento dispensado para os direitos da personalidade não deve ser diferente daquele conferido aos direitos formalmente fundamentais. Dito isso, pode-se concluir que o direito à vida deve ser sempre interpretado à luz da Constituição Federal, ou seja, deve-se sempre compatibilizar o direito à vida com os outros direitos fundamentais e, em especial, com a dignidade da pessoa humana.

Por isso, aparentemente restringir a discussão da disponibilidade da vida a um ou outro ramo do direito parece tarefa despropositada, ao passo que, uma vez reconhecido o direito à vida como materialmente (e formalmente) fundamental, a interpretação a ser dada sempre deve partir da Constituição Federal.

2.3 O DIREITO À VIDA

Em virtude da sua época e modos de afirmação, o direito à vida é exposto, pela doutrina, como de primeira geração ou de primeira dimensão, ao lado das liberdades, da segurança individual e da propriedade. Nas décadas que se seguiram às chamadas declarações e constituições burguesas, houve sérios trabalhos sobre o direito à vida, especialmente, de início, acerca da pena de morte e da punição civil e criminal do suicídio, na pessoa do suicida (se tentado) ou de seus familiares

Nas constituições vigentes e nas declarações e pactos internacionais contemporâneos, típicos do período posterior à Segunda Grande Guerra, o direito à vida foi notadamente expresso e ganhou fortalecimento jurídico-moral após os nefastos acontecimentos que permearam o século XX, como o holocausto, a

⁶⁶ BELTRÃO, 2005, p. 50-51.

⁶⁷ BELTRÃO, 2005, p. 49.

construção de conceitos heterônomos de vidas indignas de serem vividas e a emergência dos totalitarismos e das ditaduras.

A proteção e a valorização da vida humana tornaram-se ainda mais altivas, levando o direito à vida (em sentido amplo) a assumir uma relevância ímpar nas sociedades políticas ocidentais. Tanto é que se defende o princípio jurídico-moral da sacralidade da vida, reputada um bem de valor intrínseco, ontologicamente valioso. A noção, por evidente, translada-se para o ambiente jurídico, traduzindo-se na intensa proteção, defesa e promoção do direito à vida como um todo.⁶⁸

Para além do valor intrínseco, o bem jurídico vida e o direito à vida como um todo possuem um caráter instrumental *sui generis*. A própria titularidade dos direitos fundamentais e também da dignidade humana depende do bem jurídico vida e do direito à vida. Ao não estar presente a vida, ausente estará a titularidade dos demais direitos.

Segundo Cortiano Junior:

[...] o direito à vida tem um lado positivo e um lado negativo. O lado positivo corresponde ao direito de subsistência (ou direito de existência): o direito de cada um procurar, pelos seus atos, meios de subsistir, aí incluindo-se alimentação, vestimenta, saúde, trabalho e lazer. O lado negativo, não menos importante, é o que diz respeito a abstenção de atos lesivos de terceiros em relação à vida de outrem. Isto importa dizer que, além da importância individual da vida, também se vislumbra a sua importância social.⁶⁹

Neste mesmo sentido, Feinberg assevera que a vida tem um duplo aspecto:

Exatamente que tipo de direito é “o direito à vida”? Numerosas distinções podem ser feitas, é claro, entre os vários tipos e categorias de direitos. Porquanto é impossível aqui trabalhar completamente à nossa maneira nesse labirinto conceitual, será útil esclarecer o direito à vida situando-o em

⁶⁸ Não será objeto deste trabalho a definição do início da vida, ao passo que o que aqui se busca é a confrontação da vida enquanto tida por indisponível e a dignidade humana nos seus aspectos autônomo e heterônimo. Contudo, a doutrina vem debatendo a possibilidade de reconhecimento do direito à vida a embriões humanos a partir da ideia de titularidade difusa. A esse respeito confira-se, dentre outros, MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

⁶⁹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns Apontamentos sobre os chamados Direitos da Personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 45.

relação às mais importantes dessas distinções. Isso será em parte uma questão de estipulação, pois o direito à vida é interpretado de maneiras diferentes por diferentes autores, e onde há desacordo ou confusão, eu posso apenas tentar fazer sugestões persuasivas de que uma ou outra interpretação é mais padrão, útil ou importante. Eu proponho, antes de tudo, interpretar “o direito à vida” de um modo relativamente estreito, de modo que ele se refere ao “direito de não ser morto” e ao “direito de ser salvo da morte iminente”, e não a uma concepção mais ampla, favorecida por muitos autores de manifesto, de um “direito a viver decentemente”. Certamente, como Hugo Bedau expõe, “a vida que nós agora consideramos que os homens são titulares como direito não é um direito no menor nível suficiente para evitar uma morte prematura; pelo contrário, é uma vida adequada para o autorrespeito, o alívio da labuta desnecessária, e a oportunidade de liberar energia produtiva”. Todavia, nós podemos referir separadamente os componentes de um direito a viver decentemente: um direito a condições de trabalho decentes, um direito à alimentação, ao vestuário, à moradia, à educação e assim por diante⁷⁰.

Sob um aspecto biológico, vida é, em suma, um estado de atividade; ausência de morte⁷¹ é a manutenção das funções vitais.

A vida é essencial ao ser humano, até mesmo para que possa exercer outros atos inerentes à própria pessoa.⁷²

O direito à existência insere-se no contexto do direito à vida, de estar e permanecer vivo, sem que haja interferências negativas a este direito. Acerca do tema, Silva afirma que:

“Consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o momento espontâneo contrário ao estado morte. Porque se assegura o direito à vida é que a legislação penal pune todas as forma de interrupção violenta do processo vital. É também por essa razão que se considera legítima a defesa

⁷⁰ Tradução livre de: “Just what kind of right is “the right to life”? Numerous distinctions can be made, of course, among the many types and categories of rights. While it is impossible here to work our way completely through the conceptual maze, it will be useful to clarify the right to life by placing it in relation to some of the more important of these distinctions. This will be in part a matter of stipulation, for the right to life is interpreted in different ways by different writers, and where there is disagreement or confusion, I can only try to make persuasive suggestions that one or another interpretation is more standard, useful, or important. I propose, first of all, to interpret “the right to life” in a relatively narrow way, so that it refers to “the right not to be killed” and “the right to be rescued from impending death,” but not to the broader conception, favored by many manifesto writers, of a “right to live decently.” To be sure, as Hugo Bedau put it “(...)the life to which we now think men are entitled as of right is not [merely] a right at the barest level sufficient to stave off an untimely death; rather it is a life sufficient for self-respect, relief from needless drudgery, and opportunity for the release of productive energy. However, we can refer separately to the components of a right to live decently: a right to decent working conditions, a right to food, to clothing, to housing, to education, and so on”. FEINBERG, Joel. Voluntary euthanasia and the inalienable right of life. **Philosophy and public affairs**, vol. 7, n. 2, p. 93.

⁷¹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Direitos da personalidade: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver**. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, 1993. p. 46.

⁷² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. I. 20. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 249.

contra qualquer agressão à vida, bem como se reputa legítimo até mesmo tirar a vida de outrem em estado de necessidade da salvação da própria vida.”⁷³

O direito à vida é consagrado no artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos que assim prevê: “Todo o indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.⁷⁴ Na Constituição Federal de 1988 se encontra a menção à vida, inicialmente, em seu artigo 5º, o qual diz que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida [...]”.⁷⁵

É importante frisar que o direito à vida também se refere à vida de terceiros, donde não deve ser visto somente sob o aspecto único, intrínseco, mas também no sentido de que o sujeito não pode atentar contra a vida de outrem.

Trata-se de direito que se reveste, em sua plenitude, de todas as características gerais dos direitos da personalidade, devendo-se enfatizar o aspecto da indisponibilidade, uma vez que se caracteriza, nesse campo, um direito à vida e não um direito sobre a vida. Constitui-se direito de caráter negativo, impondo-se pelo respeito que todos os componentes da coletividade se exige-se. Com isso, tem-se presente a ineficácia de qualquer declaração de vontade do titular que importe em cerceamento a esse direito, eis que se não pode ceifar a vida humana, por si, ou por outrem, mesmo sob consentimento, por que se entende, universalmente, que o homem, não vive apenas para si, mas para cumprir missão própria na sociedade.⁷⁶

A proteção da vida, ademais, se inicia na concepção, conforme se verifica no artigo 2º do Código Civil, que trata da proteção dos direitos do nascituro. Como consequência lógica, o aborto é uma prática proibida pelo Código Penal em seus artigos 124 e 125.⁷⁷ O direito à vida se dá, para Beltrão, desde a concepção, até a morte da pessoa humana⁷⁸

⁷³ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26 Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 198

⁷⁴ ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Assembléia Geral das Nações Unidas. Paris. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 28 de set. 2014.

⁷⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 11 de set. 2014.

⁷⁶ BITTAR, 1995, p. 66.

⁷⁷ Não será objeto deste trabalho a definição do início da vida, ao passo que o que aqui se busca é a confrontação da vida enquanto indisponível e a dignidade humana no seu aspecto autônomo.

⁷⁸ BELTRÃO, 2005, p. 102.

Para a consagração dos demais direitos, dentre eles os direitos da personalidade, pressupõe-se a vida do indivíduo, ao passo que o direito se presta para que a pessoa, inserida no convívio social, seja aquinhoadada com os bens necessários à consecução dos seus fins.⁷⁹

A existência humana é a condição básica para todos os direitos (humanos) fundamentais. Não haveria sentido em se consagrar direitos senão para quem primariamente já tivesse assegurado o direito à vida para poder exercer os demais.

Vale destacar que Silva entende que o conceito de existência digna não seria abarcado pela Constituição, pelo menos no que se refere ao plano moral, já que poderia trazer “[...] implícito algum risco como, por exemplo, autorizar a eliminação de alguém portador de deficiência de tal monta que se viesse a concluir que não teria uma existência humana digna”⁸⁰.

O direito à vida impõe um dever negativo ao Estado e à comunidade no sentido de não tolher arbitrariamente a vida de um indivíduo. É por esta vertente que se deve expurgar toda e qualquer forma de violação à incolumidade física ou psíquica como a pena de morte, as torturas, os tratamentos desumanos ou degradantes. Para além da mera abolição de tais atos, a Constituição em seu artigo 5º, III determina que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano”⁸¹, bem como quanto em relação às penas, no inciso XLVII do mesmo artigo prescreve que não haverá penas: “a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”⁸².

Mas, também impõe uma obrigação positiva no que tange a assegurar a preservação da vida e de imagem do ser humano. Exemplos desta positivação se encontram nos incisos V, X e XLIX do artigo 5º da Carta Magna:

No outro extremo se encontra o término do ciclo vital, a morte. Parece assentado que seja a cessação dos impulsos elétricos de ordem cerebral que ponham fim ao ciclo de vida.⁸³ Consoante a este sentido se tem o artigo 3º da Lei

⁷⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. **Direitos da Personalidade: Coordenadas fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 567, Janeiro 1983, Ano 72. p. 10.

⁸⁰ SILVA, 2005, p. 199.

⁸¹ BRASIL, 1988. Acesso em: 11 de set. 2014.

⁸² BRASIL, 1988. Acesso em: 11 de set. 2014.

⁸³ Importante ressaltar aqui que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, entendeu que não havia crime de aborto no caso de interrupção de gestação de feto anencéfalo, ao passo que seria impossível a vida extrauterina em consonância com o assente da prática médica de que a morte se dá com a cessação das

9.434 de 1997 que dispõe acerca da doação de órgãos, admitindo a possibilidade de disposição do corpo ou de parte dele em benefício de terceira pessoa.

Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.⁸⁴

E é exatamente nesta conjuntura – entre vida e morte, entre vida e vida digna – que urge investigar o direito de estar e permanecer vivo e a proteção da dignidade da pessoa humana como umbilicalmente atrelados. Portanto, de modo que não se possa tratar de um sem refletir sobre o outro, quanto o mais quando considerado o fato de ambos merecerem a mesma guarida jurídica, e sob o manto dos direitos fundamentais.

atividades cerebrais. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 29 jan. 2015.

⁸⁴ BRASIL. Lei nº 9.434/1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>. Acesso em 10 jan. 2015.

3 O DIREITO À VIDA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ENTRE AUTONOMIA E HETERONOMIA

3.1 A INDISPONIBILIDADE DA VIDA

A doutrina de direito público brasileira refere que os direitos fundamentais são indisponíveis e, evidentemente, nesse rol se encontra a vida.

À guisa de exemplo, a lição de Silva:

II – inalienabilidade: são direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode se desfazer, porque são indisponíveis. [...] IV – Irrenunciabilidade: não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, mas não se admite sejam renunciados.⁸⁵

Na mesma esteira, a doutrina de direito privado afirma que os direitos da personalidade são indisponíveis.

Beltrão, por exemplo, assevera que o direito à vida não significa dizer direito sobre a vida, pois este tem característica de indisponibilidade que impede a realização de negócios jurídicos que tenham por objeto a vida humana.⁸⁶

No mesmo sentido, Gediel leciona que:

A indissociabilidade entre sujeito e bens da personalidade, por sua vez, não só orientou a formulação da teoria do direito geral da personalidade e o reconhecimento da necessária garantia jurídica das condições para o livre desenvolvimento da personalidade humana, mas tem resultado a crescente afirmação da irrenunciabilidade desses direitos, como reflete o texto do artigo 11 do novo Código Civil brasileiro.⁸⁷

Contudo, o conceito de dignidade da pessoa humana e da perda ou diminuição da dignidade, especialmente em decorrência do acometimento de doença incurável, tem fornecido ao Direito continental europeu fundamentação para defesa da eutanásia como direito a ser livremente exercido pelo sujeito.⁸⁸

⁸⁵ SILVA, 2014, p. 451.

⁸⁶ BELTRÃO, 2005, p. 102.

⁸⁷ GEDIEL, 2003, p.149.

⁸⁸ GEDIEL, 2000, p. 66.

Apesar de juristas de vários ramos do direito adotarem, em um primeiro olhar, a premissa da indisponibilidade dos direitos fundamentais, não se pode inferir a inexistência de um problema quanto ao assunto.

A Constituição Federal de 1988 não é expressa no sentido da indisponibilidade dos direitos fundamentais. De outra banda, questões práticas vêm recebendo respostas que se distanciam da premissa de indisponibilidade.

A afirmação genérica da absoluta indisponibilidade dos direitos fundamentais se torna imprecisa nebulosa, quer seja por ausência de elementos teóricos, quer seja em razão da realidade que a desafia, mediante situações de disposição de direitos materialmente fundamentais e das consequências previstas em lei a respeito da consideração de um determinado direito como indisponível.

O que se percebe é que muitos juristas seguem referindo que os direitos fundamentais e da personalidade são indisponíveis, apresentando os casos de disposição de direitos fundamentais (ou da personalidade) como anomalias incapazes de afetar a propalada indisponibilidade.

Evidentemente, é muito difícil oferecer uma definição do que deva ser compreendido por direito fundamental para que se possa ter claro, com acerto, o que é indisponível.

Por vezes, a ideia é de que o bem protegido pelo direito é que não pode ser afetado pelo próprio titular em outras, se tem a noção da impossibilidade de intervenção de terceiros no direito da pessoa, mesmo com o seu consentimento.

Segundo Pontes de Miranda, mesmo que o homicídio ocorra com o consentimento do sujeito, o ato continua sendo antijurídico visto que direito a vida é irrenunciável.⁸⁹ O consentimento, na visão do autor, não confere validade a ato contrário à vida.⁹⁰

Atentos às frequentes hipóteses de disposição de direitos fundamentais e de direitos da personalidade, alguns autores asseveram que a clássica noção de indisponibilidade há de ser relativizada ou temperada. Uns aderem à relativização com mais intensidade, outros com menos.

⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante **Tratado de direito privado**: direito de personalidade, direito de família: direito matrimonial (existência e validade do casamento). 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 15.

⁹⁰ Nesse compasso, o suicídio praticado pela pessoa, sem intervenção de terceiros, não pressupõe qualquer consentimento, ao passo que não há um dever jurídico para consigo, com sanção cominada, no sentido de impossibilidade de se tolher a própria vida. Este trabalho almeja, fundamentalmente, analisar hipóteses de disposição da vida com intervenção de terceiros, estes sim obrigados, em princípio, a não limitar a vida de outrem.

Em que pese dispositivo legal proibitivo, a doutrina vem debatendo possibilidades de disposição de alguns dos direitos da personalidade, lançando relativizações à interpretação do art. 11 do Código Civil.⁹¹

Há também, em aparente minoria no Brasil, aqueles que sugerem que os direitos fundamentais e os direitos da personalidade deveriam ser vistos justamente do ângulo oposto, como direitos disponíveis, como é o exemplo de Cunha, que assevera, ao tratar da patrimonialização do próprio corpo, que:

Assim sendo, a decisão de patrimonializar ou não o próprio corpo diz respeito única e exclusivamente, desde que não atinja direitos de terceiros, ao livre arbítrio de cada um, no exercício de seu direito constitucional à autonomia. Por isso, contrariamente ao que versa o art. 11 do novo Código Civil, o único tipo de limitação que pode ser dado a este direito fundamental é o voluntário. Disso advém a inconstitucionalidade do dispositivo.⁹²

De qualquer forma, é possível sustentar que o direito à vida não se revela absoluto. Isso porque a Constituição da República prevê em casos de guerra a possibilidade de pena de morte. Da mesma forma, há a possibilidade jurídica de tolher a vida de outrem, quando houver motivo justificante, para proteção da própria vida, como são os casos de legítima defesa e de estado de necessidade.⁹³

Ainda que a doutrina flexibilize a característica de indisponibilidade dos direitos da personalidade em relação ao direito à vida, esta flexibilização não pode ser tomada da mesma forma perante os demais direitos da personalidade.

Na visão de Beltrão, o direito à vida não significa direito sobre a vida, pois este se reveste de um caráter de indisponibilidade que impede a realização de negócios jurídicos que tenham por objeto a vida humana.⁹⁴ Os atos de vontade que atentem contra a vida não são aceitos pelo direito.

Embora seja amplamente difundida a ideia de indisponibilidade da vida enquanto direito da personalidade, alguns autores entendem que a opção pela

⁹¹ Há tese de que o art. 11 do Código Civil não fora recepcionado pela constituição ao passo que, reconhecidos os direitos de personalidade como verdadeiros direitos fundamentais de matriz constitucional, donde não se depreende expressa menção à restrição desses direitos, não poderia o legislador infraconstitucional impor limitações ao seu exercício. A esse respeito, confira-se MARTEL, 2010, *passim*. Disponível em <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=leticia_martel>.

⁹² CUNHA, 2002, p.260.

⁹³ Assim, mesmo o direito à vida, considerado o mais valioso de todos, sofre limitações na própria lei, também quando a Constituição prevê a inexistência no Brasil de pena de morte, salvo em caso de guerra declarada. BELTRÃO, 2005, p. 32.

⁹⁴ BELTRÃO, 2005, p. 102.

morte, ou qualquer outra manifestação de vontade no sentido de limitação da vida, não se trata de disposição do respectivo direito, ao passo que não haveria a alteração de posições subjetivas (não se altera a titularidade) mas apenas a renúncia ao seu exercício.

Casabona entende que há a possibilidade de disposição da própria vida, sem que haja, no caso, renúncia em favor de terceiro, na medida em que se mantém o domínio do fato e também sobre o bem jurídico tutelado, a vida.⁹⁵

A uma interessante conclusão chegam Sá e Moureira ao dizer que a titularidade da vida é irrenunciável. Uma vez nascido, o indivíduo adquire esse direito e, mesmo que queira, não pode fazer cessar sua existência. Dessa forma, quando se busca a morte, não se trata de renúncia ao direito à vida, mas sim seu próprio exercício, uma vez que o “direito de morrer” integra o exercício do direito à vida.⁹⁶

3.2 A INDISSOCIABILIDADE DA VIDA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O direito à vida vem sendo interpretado de forma conjugada com a dignidade da pessoa humana, uma vez que somente se compreende o direito à vida quando com dignidade.⁹⁷

Assim, não deve ser compreendida a vida como somente sobrevivência com o mínimo possível para sua manutenção, mas deve ser interpretada no sentido de se possibilitar ao sujeito uma vida digna.

Pautada nessa realidade, a doutrina vem caminhando no sentido de buscar uma espécie de “Direito de Morrer”, ou “direito à morte digna”, calcado fundamentalmente na dignidade da pessoa humana.

Isso porque, reconhecida a situação de sofrimento de uma pessoa, especialmente de enfermos que não tem a perspectiva de melhora e se encontram em situação deveras degradante, sujeitos a tratamentos de terapia intensiva e em

⁹⁵ CASABONA, Carlos Maria Romeo. **El derecho y la bioética ante los limites de la vida humana**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994. p. 107.

⁹⁶ Os autores partem da premissa de que os direitos de personalidade são irrenunciáveis, todavia seu exercício pode sofrer limitação ou renúncia por vontade do titular e, especificamente sobre a vida, justificam a possibilidade da renúncia ao exercício fundamentada, dentre outras, na autonomia privada e no conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana. SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para morrer**: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 65-68.

⁹⁷ CORTIANO JUNIOR, 1993, p. 45.

serviços de emergência, a última – e talvez única – opção para a cessação de situação de indignidade seria a antecipação do evento morte.

A doutrina não é muito dissonante no sentido de reconhecer o direito a uma vida digna, mas o que se busca aqui compreender é se a (suposta) ausência de dignidade da pessoa humana – por força de uma doença degenerativa, incurável e causadora de dor intensa e progressiva – justifica a opção pela antecipação da morte, levando-se em consideração que vida e dignidade humana são direitos, em tese, indissociáveis. Ou seja, procurando-se assimilar, inicialmente, o que representa o significado da expressão “dignidade da pessoa humana” e qual dignidade se está a observar quando se pensa em disposição da vida.

3.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Gravado no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e alçado à condição de princípio fundamental da Constituição Federal de 1988, no seu artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana se vê assim reforçado nos artigos 226, §7º; 227; e 230:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.⁹⁸

Antes, porém, imputa-se aos estoicos a concepção de que a dignidade, como qualidade, era inerente aos seres humanos ao distingui-los dos animais. Ao impor-

⁹⁸ BRASIL, 1988, Acesso em: 11 de set. 2014.

lhes a sujeição de leis naturais que os proíbem ao prejuízo dos demais e determinam a consideração e respeito entre os mesmos.

Consoante ao pensamento cristão, em sua fase inicial, a dignidade passa a refletir a relação íntima entre criatura (homem) e criador (Deus), já que a primeira é imagem e semelhança do segundo. Por esta esteira, ferir o homem em sua dignidade, análise última, é ferir o próprio criador. Posteriormente, durante o período da Idade Média, São Tomás de Aquino propõe um novo conceito, admitindo a pessoa – como imagem e semelhança de Deus – e detentora de racionalidade, de caráter intrínseco ao ser humano. Neste último aspecto foi acompanhado, ademais, por Pico della Mirandola que admitia a racionalidade como edílicia da capacidade de “ser” e dos anseios do ser humano.⁹⁹

O espanhol Francisco de Vitória, no século XVI, defendeu a dignidade dos índios frente à política de escravidão praticada pela coroa espanhola ao sustentar a dignidade dos seres humanos nos moldes propostos pelo estoicismo e cristianismo.

Os fundamentos de igualdade dos homens, em dignidade e liberdade, foram mantidos nos séculos XVII e XVIII, mas a noção de direito natural e da dignidade da pessoa humana sofreram um processo de laicização e racionalização. Exemplo ímpar desta concepção foi a de Samuel Pufendorf, para quem a dignidade não se assenta numa qualidade natural, numa condição social ou concessão divina; mas em uma qualidade de liberdade moral.¹⁰⁰

Para Immanuel Kant, no mundo social existem dois tipos de valores, o preço e a dignidade. Enquanto o primeiro, relativo às coisas, se exprime de forma exterior a representar algum valor de mercado, o segundo, que é relativo às pessoas, representa um valor moral.

A dignidade estaria, pois, intimamente relacionada à autonomia da vontade, compreendida como a capacidade do ser humano de autodeterminar-se. Neste sentido, Kant entende a dignidade do ser humano como o limite do direito de autonomia pautado pela ética:

O Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim. Portanto, o

⁹⁹ SARLET, 2010. p. 99.

¹⁰⁰ SARLET, 2004, p. 33-37.

valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fim em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).¹⁰¹

E é no pensamento kantiano, acerca da dignidade da pessoa humana, que se assentam as bases de fundamentação e conceituação ainda atualmente adotadas. Kant se expressa no sentido de que a pessoa é considerada como um fim em si mesmo e não como um meio, expurgando qualquer espécie de coisificação ou instrumentalização a que possa estar sujeita.¹⁰²

Kant refere expressamente que o homem constitui fim em fim e si mesmo não podendo servir “simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”¹⁰³.

Uma constituição que consagre o princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo-o pelo pressuposto de que o homem, pela simples condição de ser e independente de qualquer outro motivo, é detentor de direitos que merecem ser observados e considerados por seus iguais e pelo Estado, é exemplo remanescente de uma concepção meramente jusnaturalista.¹⁰⁴

Sendo uma categoria axiológica aberta, a dignidade da pessoa humana não poderia ser reduzida a um conceito fixo em vista do pluralismo cultural e elevada gama de valores existentes nas sociedades democráticas contemporâneas. Como derivada da condição humana, a dignidade é algo que existe não cabendo a sua renúncia ou alienação. A dignidade da pessoa não está circunscrita ao direito, não existe pelo direito, mas é através do direito que se pode dar concretude à mesma ao promovê-la e protegê-la.

Consoante ao disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, o elemento central da ideia de dignidade se encontra nos preceitos de Kant, na autonomia e no direito de autodeterminação de cada sujeito, ressalvado que a autonomia, como liberdade, é considerada em abstrato, como capacidade em

¹⁰¹ SARLET, 2004, p. 37-38.

¹⁰² SARLET, 2004, p. 43.

¹⁰³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 134-135.

¹⁰⁴ SARLET, 2010, p. 100.

potencial, já que não há necessidade de realização em concreto sob pena de expurgar os incapazes do direito de dignidade, o que não é o caso¹⁰⁵.

Há de se reconhecer, ainda, que a dignidade recebe influência histórico-cultural, não podendo ter uma noção estática universal, imutável no plano territorial e moral. Sua apreciação deve se dar no caso concreto, perante o comportamento humano e a resposta estatal. Ingo Sarlet entende que “a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um [...]”.¹⁰⁶

Ao Estado cabe a preservação da dignidade já alcançada, bem como a promoção da mesma ao proteger a individualidade e autonomia da pessoa em face de qualquer interferência estatal ou de terceiros a macular a esfera de direitos consagrados pela dignidade.

A dignidade da pessoa deve ser observada pelo seu caráter dúplice: de um lado se encontra a autonomia do indivíduo, entendida a partir noção de autodeterminação relativamente às decisões a respeito da própria existência; de outro em relação à imprescindível proteção por parte do Estado e comunidade quando se encontra debilitada a capacidade de autodeterminação do indivíduo. Neste aspecto é possível a prevalência do caráter protetivo, da proteção do Estado a garantir a dignidade, àquele que se encontre limitado a exercer a autonomia, como no caso dos incapazes. É no aspecto dúplice da dignidade da pessoa é que se revela o fulcro central do presente estudo.

Comentando a dignidade da pessoa humana como “mandamento máximo de otimização”¹⁰⁷ dos outros princípios garantidores de direitos fundamentais, Pellegrinello assevera que:

De outra banda, pode-se afirmar, também, que os direitos fundamentais, todos permeados pelo princípio da dignidade, não passam incólumes à variação de circunstâncias fáticas e sociais, de tempo e espaço, e o fato de não estarem expressos não impede o seu gozo. E isso se dá justamente por

¹⁰⁵ SARLET, 2004, p. 53.

¹⁰⁶ SARLET, 2004, p. 55

¹⁰⁷ A autora usa em sua obra, para a resolução dos conflitos entre princípios, a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, por isso da expressão se referir a comandos de otimização. Para a autora, o comando máximo de otimização é a dignidade da pessoa humana o que, em verdade, no Brasil sequer poderia ser diferente, ao passo que a dignidade da pessoa humana é o valor fundante da República. Cumpre-nos ressaltar que a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy fora elaborada com vistas na Constituição da Alemanha e que, não necessariamente, se aplica integralmente a outras realidades. Nesse sentido, confira-se ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 39. *Passim*.

conta do caráter normativo dos princípios protetores destes direitos, resultantes dos valores, assimilados ao longo dos tempos e assim definidos “democraticamente”. Logo, se o Estado assume uma feição social, então há direitos fundamentais de tal índole a serem atendidos. E não no plano da inação estatal que prestigia a liberdade, mas da intervenção satisfativa e, pois, materialmente necessária.¹⁰⁸

A dignidade, como valor intrínseco à condição do ser humano, propicia ao indivíduo o direito de se autodeterminar em relação a seus planos de vida, na busca de sua felicidade¹⁰⁹, mas a ausência da capacidade de autodeterminação não lhe furta a condição de merecedor de respeito e consideração.¹¹⁰

Pelo simples fato da dignidade estar relacionada à condição humana de cada indivíduo, como insculpida na Declaração de Direitos Universais – “todos são iguais em dignidade e direitos” – deve o ordenamento jurídico velar para que todos recebam tratamento igualitário por parte do Estado e da comunidade.

Não se pode duvidar, portanto, que o respeito e a proteção quanto à vida e à integridade física e psíquica dos seres humanos são resguardados pela dignidade, como também o são as garantias de qualidade de vida, da intimidade, da identidade, da isonomia entre os indivíduos, da limitação do poder Estatal ou comunitário, de combate a tudo o que possa reduzir o ser humano a mero objeto, da coisificação do indivíduo.¹¹¹

Meirelles, ao tratar da dignidade da pessoa humana, leciona que:

A imprecisão do conceito de dignidade humana reside, inicialmente, no fato de não versar sobre aspectos mais ou menos específicos ou peculiares a determinados indivíduos, mas em uma qualidade inerente a todos os seres humanos. Também se mostra imprecisa a conceituação de dignidade humana, pelo fato de ser um valor que se encontra em permanente processo de construção e desenvolvimento. Isso se deve a necessidade de sempre serem incluídas no seu conceito novas situações advindas dos diversos movimentos com que se apresenta a sociedade. Sobre outro aspecto, a noção de dignidade apresenta, também, um conteúdo histórico-cultural variável, tanto expansiva quanto restritivamente (ora de conteúdo amplo, ora de conteúdo mais reduzido), de sociedade para sociedade (variáveis de tempo e de espaço), a justificar atos que, para a maioria das sociedades, seriam atentatórias à mesma. Por isso mesmo, costuma-se afirmar ser mais fácil afirmar e reconhecer o que é indigno ou quando a

¹⁰⁸ PELLEGRINELLO, Ana Paula. **Reprodução humana assistida: a tutela dos direitos fundamentais das mulheres**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 77.

¹⁰⁹ A respeito do direito à felicidade confira-se, dentre outros, GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Forum, 2009.

¹¹⁰ SARLET, 2004, p. 58-60.

¹¹¹ SARLET, 2010, p. 104.

dignidade humana se encontra violada, do que dizer o que é, qual o real conteúdo da dignidade humana.¹¹²

Por isso, conceituar a dignidade da pessoa humana é tarefa hercúlea e que se mostra, eventualmente, inútil, haja vista a vagueza e imprecisão do termo. Todavia, ainda assim Sarlet conceitua juridicamente a dignidade da pessoa humana como sendo:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.¹¹³

3.3.1 Valor intrínseco da dignidade da pessoa humana

O valor intrínseco da dignidade humana, no plano filosófico, é seu elemento ontológico, ligado à natureza do ser, correspondendo ao conjunto de características que são inerentes e comuns a todos os seres humanos, e que lhes confere um *status* especial e superior no mundo. Deste valor intrínseco decorre um postulado antiutilitarista e outro antiautoritário, sendo que o primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como fim em si mesmo, e não como meio para realização de metas coletivas e projetos de terceiros; o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo. É por ter o valor intrínseco de cada pessoa como conteúdo essencial que a dignidade humana é um valor objetivo, que não depende de qualquer outro evento ou experiência, e que não pode ser perdido ou cedido, independentemente inclusive da própria razão e capacidade de autodeterminação.¹¹⁴

Moraes, consoante aos preceitos kantianos, entende que seja “desumano”, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa à

¹¹² MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Manipulação genética humana: esperança, inquietude e limites. In IACOMINI, Vanessa (coord.). **Biodireito e o genoma humano**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 102-103.

¹¹³ SARLET, 2010, p. 70.

¹¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Forum, 2014. p. 76-77.

condição de objeto.¹¹⁵ E, partindo da premissa kantiana de que a racionalidade é qualidade inata aos seres humanos e que pela vontade interagem entre si e com a natureza, constrói o substrato material da dignidade desdobrado em quatro postulados:

i) ao reconhecer que o sujeito moral reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular, iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação, iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem garantia de não vir a ser marginalizado.¹¹⁶

No plano jurídico, o valor intrínseco está na origem de um conjunto de direitos fundamentais, como o direito à vida, a igualdade perante a lei e o direito à integridade física e psíquica.

3.3.2 A dignidade humana como autonomia

A autonomia é o elemento ético da dignidade humana, fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar o seu ideal de viver bem.¹¹⁷

Inseparável do primeiro elemento estão as “condições” e “circunstâncias” para o florescimento da autonomia (e, por conseguinte, da dignidade). Logo, a dignidade como autonomia não se limita apenas ao respeito pela habilidade humana de empreender escolhas, mas abrange as condições para que tal habilidade possa desenvolver-se em plenitude.

A compreensão da dignidade humana como autonomia está aliada à ideia da dignidade como fundamento e justificação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Ou seja: os direitos fundamentais e os direitos humanos existem e são protegidos e promovidos em função da e para a dignidade humana, que acaba por conferir-lhes unidade. De conseguinte, quatro elementos mostram-se relevantes para o conceito de dignidade como autonomia: (a) a capacidade de autodeterminação; (b) as condições e as circunstâncias para florescimento da

¹¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006. p. 119.

¹¹⁶ MORAES, 2006, p. 119.

¹¹⁷ BARROSO, 2014, 81.

capacidade de autodeterminação; (c) a universalidade; (d) a inerência da dignidade ao ser humano.¹¹⁸

Quanto ao primeiro elemento, a dignidade como autonomia envolve a capacidade do homem de decidir os seus rumos de vida; considera a habilidade para desenvolver livremente a sua personalidade, realizando escolhas morais relevantes e por elas assumindo a responsabilidade. Detrás disso, há um sujeito capaz de, por si mesmo, empreender escolhas morais, se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los. Inseparável do primeiro elemento estão as condições e circunstâncias para o florescimento da autonomia, que não se limita apenas ao respeito pela habilidade humana de empreender escolhas, mas abrange as condições para que tal habilidade possa desenvolver-se em plenitude.

Esta autonomia pessoal, embora esteja na origem da liberdade, corresponde apenas ao seu núcleo essencial. A liberdade tem um alcance mais amplo que pode ser limitado por forças externas legítimas, mas a autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida por interferências sociais ou estatais por abranger as decisões pessoais básicas.

É corriqueira a referência à dignidade humana como o fundamento, como a justificação e até mesmo como o substrato axiológico dos direitos fundamentais, humanos e da personalidade. Certo é que há discórdia em considerar a dignidade humana como um direito, mas são incontáveis as referências à dignidade humana como o catalisador dos direitos, como sua razão de ser. O mesmo se passa com a referência de que os direitos fundamentais, humanos e da personalidade são, em maior ou menor medida, decorrentes ou reconduzíveis à dignidade humana.

A universalidade da dignidade como autonomia exsurge renovada no discurso jurídico-moral como fundamento e justificação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos no período pós-Segunda Guerra Mundial. Por isso, Flávia Piovesan afirma que “o valor da dignidade humana, incorporado pela Declaração Universal de 1948, constitui o norte e o lastro ético dos demais instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos”.¹¹⁹

Não são poucos os textos e as decisões judiciais que associam a dignidade humana à liberdade/autonomia. Contudo, são mais escassas as defesas da

¹¹⁸ MARTELL, 2010, p. 157.

¹¹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

dignidade humana como significando, prioritária ou exclusivamente, a habilidade humana de autodeterminação.

Cunha, abordando a temática da patrimonialização do corpo humano, ao apreciar o famoso julgado francês sobre o arremesso de anões à luz da moral kantiana, conclui que a leitura mais adequada dos direitos da personalidade é aquela que os concebe a partir da noção de dignidade como autonomia, como a habilidade humana para empreender escolhas de modo livre e consciente, desde que sejam preservados direitos de terceiros.¹²⁰

A autonomia privada, segundo Barroso, significa o autogoverno do indivíduo. Isso corresponde ao que Benjamin Constant chamou de “liberdade dos modernos”, baseada nas liberdades civis, no Estado de Direito e na proteção contra a interferência estatal abusiva.¹²¹

Kant entende que há apenas um direito natural: o direito à liberdade, adotando seu conceito como chave da explicação da autonomia da vontade, de forma que “[...] a vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e liberdade seria a propriedade dessa causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, independentemente das causas estranhas que a determinem”¹²².

Vejamos, pois, qual a melhor acepção de liberdade para o reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

3.3.3 Autonomia e liberdade

Discorrer sobre a noção de liberdade pode traduzir-se em uma das tarefas mais complexas acometidas ao intérprete que se proponha a tal escopo, uma vez que ela se manifesta nas mais variadas formas e é tratada de modo fragmentário e, muitas vezes antagônico, pelos mais diversos doutrinadores.

Contudo, ela se institui em elemento fundante à ideia de dignidade da pessoa humana, razão pela qual, embora não seja sequer a pretensão deste trabalho de exaurir a temática, muito pelo contrário, faz-se necessário seu destaque.

Segundo Pettit, o debate que hoje se entabula acerca da liberdade é, em grande parte, definido pela distinção feita por Isaiah Berlin, entre liberdade positiva e

¹²⁰ CUNHA, 2002, p.230-264.

¹²¹ BARROSO, 2014, p. 83.

¹²² KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 93.

liberdade negativa. Esta distinção aprofunda a ideia de Benjamin Constant acerca da liberdade dos antigos (que estaria mais próxima a liberdade positiva) e a liberdade dos modernos (liberdade negativa)¹²³.

De acordo com Ruzyk, a liberdade dos antigos, na visão de Benjamin Constant, se dava como participação nas decisões políticas exercida por cidadãos. Ser um cidadão livre era ser um cidadão soberano que pudesse deliberar em praça pública sobre a guerra e a paz. Havia uma escravização da existência individual ao corpo coletivo.¹²⁴

A liberdade, tal como concebida pelos atenienses, significava que não havia restrições no uso da palavra liberdade. Todos podiam acusar um indivíduo perante à assembleia e todos tinham o direito de invadir a privacidade individual se assim o desejassem.

A liberdade dos modernos está mais ocupada em garantir os interesses do indivíduo enquanto membro da sociedade civil; é o direito de cada um, de influir sobre a administração do governo.

Vale ressaltar que, para Norberto Bobbio, a liberdade política é típica do Estado moderno. Nesse sentido, para o jurista e filósofo italiano, a despeito da lucidez com que foi escrito o clássico ensaio de Benjamin Constant, não se pode caracterizar a liberdade dos antigos como liberdade política e a liberdade dos modernos como liberdade individual, pois a liberdade política também faz parte da modernidade.¹²⁵

Em seu ensaio “Dois conceitos de liberdade”, Berlin define a liberdade política, em seu sentido negativo, como sendo a área em que um homem pode agir sem sofrer obstrução de outros.¹²⁶

Pode-se dizer, pois, que liberdade negativa é liberdade em que há ausência de obstáculos ou barreiras e, portanto, ela é atribuída na maioria das vezes a agentes individuais ou grupos dentro de uma sociedade. A liberdade negativa é a

¹²³ PETTIT, Phillip. Liberalismo. In: CANTO-SPERBER, Monique. (Org.). **Dicionário de ética e filosofia moral**. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 56.

¹²⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e função**: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro. Tese (Doutorado). UFPR. 2009. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/19174/Carlos_Eduardo_Tese_completa%5b1%5d.pdf?sequence=1>. Acesso em 30 de abril de 2013. p. 35.

¹²⁵ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediuoro, 1997. p. 64.

¹²⁶ BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 229.

ausência de fatores externos, provocados por ações humanas, que impeçam a pessoa de atingir um determinado objetivo.

Importante salientar que, na esteira do pensamento de Berlin, a liberdade negativa, que prima pela ausência de interferência de outras pessoas na liberdade individual, pode não ser incompatível com alguns tipos de autocracia ou com a ausência de autogoverno. Afinal, seria possível que um déspota de pensamento liberal concedesse a seu povo uma grande liberdade pessoal, na mesma medida em que a democracia seria capaz de privar os cidadãos de muitas liberdades.

Liberdade positiva, em contrapartida, se relaciona com o desejo do próprio indivíduo em ser seu próprio senhor e amo. Define como liberdade positiva o anseio por autonomia, como o desejo de ser senhor e não escravo, de ser sujeito e não objeto. E nesse sentido ele afirma que a liberdade enquanto desejo de ser senhor de si mesmo, de se dar as suas próprias leis (liberdade positiva), e a liberdade como não impedimento (negativa), não se acham muito separadas uma da outra, apenas maneiras positiva e negativa de dizer a mesma coisa.

No entanto, os conceitos de positivo e negativo de liberdade desenvolvem-se historicamente em sentidos divergentes bem sempre através de passos reputáveis do ponto de vista da lógica, até que no final do caminho entram em choque um com o outro.¹²⁷

Nessa oposição, Berlin faz clara opção pelo conceito de liberdade negativa. Entre as razões de Berlin para a crítica da liberdade positiva está a expressa vinculação realizada por Berlin entre liberdade positiva e a razão, na medida em que aquela liberdade seria fruto da autoconsciência do indivíduo como ser racional, de modo que essa mesma razão definiria o sentido do exercício da liberdade individual.

A pretensão de ser senhor de si mesmo, que é inerente à liberdade positiva, coloca em questão a possibilidade de que alguém que seja escravo de suas próprias paixões não possa ser considerado livre. Nessa medida, haveria um outro “eu mesmo” (*self*) “verdadeiro”, que deveria definir os rumos da minha ação, identificando na minha “natureza mais elevada”, que normalmente seria identificada com a razão.

¹²⁷ BERLIN, 1981, p. 142-143.

Isso traria a possibilidade de que essa “razão mais elevada” que define o “eu mesmo” seja identificada com a comunidade, ou com a sociedade, legitimando coerção indevida em nome dessa liberdade positiva de “natureza mais elevada”.

Isso poderia legitimar formas brutais de tirania, as quais são evitadas com a prevalência de um sentido negativo de liberdade.

De acordo com Gray, esta rejeição à liberdade positiva está na atribuição que esta liberdade gera sobre uma concepção racionalista e monista do bem. Ou seja, a mais profunda pressuposição monista desta visão implica que deve necessariamente existir uma identidade de todas as vontades entre homens livres, de forma a que eles constituam uma comunidade sem conflito.¹²⁸

Nesta esteira, todo tipo de conflito seria reflexo de ações irracionais ou de erros, o que se trata de um conceito não-liberal.

Em sua obra “*Freedom and its betrayal: six enemies of human liberty*”, Berlin aponta como traidores da liberdade diversos autores, dentre eles Hegel e Rousseau, que se afastam da sua própria concepção de liberdade, ou o que o autor reputa como a essência da liberdade, que seria a possibilidade de realizar escolhas da forma como se queira, porque se deseja fazê-lo, ausente de coerção, não engolido em um sistema amplo.¹²⁹

Ruzyk faz uma crítica a esta visão de Berlin ao afirmar que a chancela da liberdade positiva não implica, necessariamente, o acolhimento da suposição racionalista de que somente se reconheceria a liberdade exercida no uso da razão (aqui no sentido pertinente ao racionalismo moderno), assim compreendida seja em termos kantianos (de um “eu mesmo” que é livre quando age em conformidade com os padrões de conduta impostos por uma moral universal), seja como uma liberdade hegeliana situada no Estado racional.¹³⁰

Desta forma, o ser humano é dotado de faculdades que possam realizar os seus desejos como atributo exclusivo da espécie humana, e que permite o sujeito encontrar em si mesmo a causa de sua ação. A independência humana de poder determinar seus próprios desejos através de impulsos sensíveis é a chave para a liberdade individual, dentro de uma concepção negativa da definição de liberdade. Pela definição positiva, a liberdade “é a capacidade da razão pura de ser por si

¹²⁸ GRAY, John. **Isaiah Berlin**. Rio de Janeiro: Difel, 2000.

¹²⁹ BERLIN, Isaiah. **Freedom and its betrayal: six enemies of human liberty**. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 103-104.

¹³⁰ RUZYK, 2009, p. 27.

mesmo, prática. Mas isto não é possível, salvo pela sujeição da máxima de toda ação é condição de sua qualificação como lei universal”¹³¹.

Dito isso, a proteção da liberdade vivida como decisão da própria pessoa sobre os rumos do seu agir, e com autodeterminação é consequência direta do reconhecimento da pessoa em sua dignidade, sem que seja necessário recorrer a abstrações que desloquem o lugar do “eu mesmo” para uma senda alheia à própria pessoa.

Para além do reconhecimento da liberdade individual, a legislação brasileira se ocupa em definir capacidades e incapacidades, especialmente voltadas à vida civil, mas na perspectiva da realização de negócios jurídicos, protegendo o patrimônio daqueles que não estejam em situação de plena capacidade, bem como daqueles com quem o não capaz se relacione. De fato, as condições de capacidade e incapacidade como elencadas no Código Civil buscam precipuamente a proteção dos interesses patrimoniais das partes envolvidas em determinado negócio jurídico, o que não é suficiente para dar guarida às manifestações de vontade individuais no que tange à disponibilidade da vida, ou outras decisões relativas a seu estado de ser.

Nesta perspectiva, nos valem das lições de Judith Martins-Costa, que propõe a criação de outra espécie do gênero capacidade intitulada capacidade para consentir, que representa “uma categoria de capacidade especialmente adaptada à gestão daqueles bens de personalidade que, atingindo o âmago da existência humana, são facilmente suscetíveis de violação”.¹³²

A capacidade de consentir não guarda correspondência direta com a capacidade civil para relações negociais, não sendo necessariamente aos seus limites vinculada, porquanto se busca a capacidade de autodeterminação da pessoa para decisões quanto à sua vida, essencialmente. Nesse sentido pode-se imaginar, por exemplo, que uma pessoa civilmente incapaz não deva ser impedida de decidir sobre a sua saúde, sobre quais tratamentos deseja ou não suportar. Contudo, pode-se imaginar situação diversa, em que a pessoa não pode manifestar sua vontade, e

¹³¹ KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Tradução por Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. p. 63.

¹³² MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.p. 324.

que caso não tenha a feito antecipadamente, quando e se podia, tendo sua vontade substituída por terceiros.

Tendo em vista que a capacidade para consentir interfere diretamente nos atos concernentes à esfera individual, seu suprimento por terceiros impõe cuidados diferenciados em relação ao suprimento da capacidade de agir.

O suprimento da capacidade negocial por terceiros, na redação do vigente Código Civil, ocorre pela assistência ou pela representação dos incapazes por seus representantes legais, geralmente os pais. Na ausência destes ou em circunstâncias de destituição do pátrio poder, haverá a nomeação de curadores ou tutores que zelarão pelos interesses do incapaz.

Já o suprimento da capacidade de consentir por terceiro consiste em processo bastante complexo. Exige uma reflexão ética cuidadosa e equilibrada acerca dos reais interesses do terceiro em suprir a capacidade do adicto. Esta aferição faz-se necessária tendo em vista que, nem sempre, os interesses dos terceiros coincidem com os interesses de proteção e bem estar do paciente incapaz.

É indispensável a análise de fatos concretos, como o contexto social em que vive a pessoa e a ponderação de diretrizes ético-jurídicas, quais sejam: princípio da autodeterminação do sujeito no maior âmbito possível e o princípio da beneficência. O princípio da autodeterminação no maior âmbito possível baliza-se pelo aproveitamento, ao máximo, da capacidade do indivíduo em participar do processo decisório, muitas vezes, sendo necessário a assistência de um “corpo de especialistas” imparcial para auxiliar nesta escolha. Apenas nos casos de ausência ou de mínima capacidade de autodeterminação é que a esfera da heterodeterminação assume maior destaque no processo de escolha, mas sempre se levando em consideração o princípio da beneficência, que assegura que qualquer medida interventiva deve priorizar o proveito do incapaz de consentir ou para tutelar bens jurídicos de alta relevância.¹³³

Todavia, em que pese a liberdade, consubstanciada na dignidade humana como autonomia, ser o núcleo central para autodeterminação da pessoa, não se pode evitar, a observância dos valores sociais para a legitimação e justificação da pretensão daquela disponibilidade, especialmente para a resolução dos casos em

¹³³ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). Bioética e Responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009.p. 324-325.

que se busca a disposição da vida enquanto não há regra jurídica específica autorizando o indivíduo, por mera liberalidade, escolher o momento do término da vida.

3.3.4 A dignidade da pessoa humana como heteronomia (valor comunitário)

A dignidade como heteronomia (valor comunitário ou dignidade como restrição) representa o elemento social da dignidade. Os contornos da dignidade humana são moldados pelas relações do indivíduo com outros. Nesse sentido, a autonomia protege a pessoa de se tornar apenas mais uma engrenagem do maquinário social.

Martel afirma que:

De modo geral, a dignidade como heteronomia significa uma visão compartilhada da dignidade que ultrapassa o indivíduo e não é dirigida pela escolha individual. Sob este ângulo, a dignidade é associada a elementos externos aos indivíduos, como valores compartilhados por uma comunidade ou grupo, à ordem pública, ao interesse público, à moral pública, dentre outros. Via de regra, esses elementos não são, propriamente considerados, direitos subjetivos alheios, mas concepções valorativas mais amplas sobre o que pode ser aceitável em uma sociedade ou comunidade segundo seus padrões civilizatórios ou seus ideais de vida boa. Assim, o conceito funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual (entendida como ausência de constrangimentos externos) do que como um meio de promovê-la.¹³⁴

A dignidade como heteronomia enfatiza o papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas coletivas e restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa. A questão que se coloca é a de saber em quais circunstâncias essas ações devem ser consideradas legítimas em um Estado Constitucional.

A concepção da dignidade enquanto heteronomia traz, sem dúvidas, grandes riscos de paternalismo¹³⁵ exacerbado.

¹³⁴ MARTEL, 2010, p. 178.

¹³⁵ Gerald Dworkin define paternalismo como sendo “[...] a interferência de um Estado ou indivíduo sobre outra pessoa contra a sua vontade, defendida ou motivada com a justificativa de que a pessoa cuja vontade foi restringida ficará em melhor situação ou será mais bem protegida de algum dano. A questão do paternalismo surge com respeito a restrições da lei, como a legislação anti- drogas, o uso obrigatório do cinto de segurança e em contextos médicos pela retenção de informações relevantes sobre a condição do paciente por médicos. No plano teórico levantam-se questões sobre como as pessoas devem ser tratadas quando elas são/estão menos do que totalmente racionais”. Tradução livre de “Paternalism is the interference of a state or an individual with another person, against their

Um bom e notório exemplo é o caso do arremesso de anões. Uma vez proibida a brincadeira de arremessar pessoas afetadas pelo nanismo, Sr. Wackenheim (a pessoa afetada pelo nanismo envolvida no caso) e a produtora do divertimento buscaram reverter a proibição. A Câmara de Contencioso Administrativo francesa considerou que a prática era contrária à dignidade do próprio Sr. Wackenheim, ainda que ele consentisse com a prática. A liberdade de trabalho e a liberdade empresarial não foram consideradas obstáculos à proibição em nome da defesa da dignidade humana.¹³⁶

No Brasil, existem alguns autores que aliam o conceito de dignidade humana à dignidade como heteronomia.

Vieira, após explicitar a visão autonomista da dignidade, explora o pensamento kantiano e demonstra que há também espaço para a dignidade humana enquanto heteronomia:

O princípio da dignidade, expresso no Imperativo Categórico, refere-se substantivamente à esfera de proteção da pessoa enquanto fim em si, e não como meio para a realização de objetivos de terceiros. A dignidade afasta os seres humanos da condição de objetos à disposição de interesses alheios. Nesse sentido, embora a dignidade esteja intimamente associada à ideia de autonomia, da livre escolha, ela não se confunde com a liberdade no sentido mais usual da palavra – qual seja, o da ausência de constrangimentos. A dignidade humana impõe constrangimentos a todas as ações que não tomem a pessoa como fim. Esta a razão pela qual, do ponto de vista da liberdade, não há grande dificuldade em se aceitar um contrato de prestação de serviços degradantes. Se o anão decidiu, à margem de qualquer coerção, submeter-se a um tratamento humilhante em troca de remuneração, qual o problema? De fato, da perspectiva da liberdade não há problema algum. A questão é se podemos, em nome de nossa liberdade, colocar em risco nossa dignidade. Colocada em termos clássicos, seria válido o contrato em que permito a minha escravidão? Da perspectiva da dignidade, certamente não.¹³⁷

Em síntese, pode-se dizer que a dignidade como heteronomia representa uma concepção de mundo que não depende da liberdade individual. Ela atua

will, and defended or motivated by a claim that the person interfered with will be better off or protected from harm. The issue of paternalism arises with respect to restrictions by the law such as anti-drug legislation, the compulsory wearing of seatbelts, and in medical contexts by the withholding of relevant information concerning a patient's condition by physicians. At the theoretical level it raises questions of how persons should be treated when they are less than fully rational". DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Edward N. Zalta (Ed.). Disponível em <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/paternalism/>>. Acesso em 21 fev. 2015.

¹³⁶ MARTEL, 2010, p. 178.

¹³⁷ VILHENA, Oscar Vieira. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 67.

exatamente como um limite à liberdade individual em nome de valores e concepções de vida compartilhados, muito mais centrada em teorias deontológicas.¹³⁸

No contexto faz sentido afirmar que o conflito entre direito à vida, enquanto entendido como indisponível, e dignidade da pessoa humana não se resolve apenas com o reconhecimento da autonomia da pessoa, mas perpassa por um juízo valorativo externo de dignidade enquanto heteronomia.

Como adrede assentado, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais se refere ao fato de que os direitos fundamentais devem ser pensados também do ponto de vista da comunidade, e não só como faculdades ou poderes dos indivíduos, sendo imperiosa a valoração da dignidade humana enquanto heteronomia sem, sobretudo, extirpar-se a autonomia do sujeito – o que é bastante óbvio.

Daí de se reprisar o que Meirelles afirmou ao dizer que “[é] mais fácil afirmar e reconhecer o que é indigno ou quando a dignidade humana se encontra violada, do que dizer o que é, qual o real conteúdo da dignidade humana”.¹³⁹

Portanto, a dignidade da pessoa humana enquanto autonomia não é valor absoluto para a resolução das situações em que a pessoa se encontre em situação de indignidade quando por ela mesma assim considerada.

A avaliação da situação concreta que legitima e justifica a pretensão de antecipação do evento morte por ato de terceiro, enquanto não há autorização legislativa para o reconhecimento da autonomia da pessoa e permissão para a intervenção de terceiro com vistas à limitação da vida, dependerá dos critérios e serem adotados pelo intérprete.

Dessa feita, é preciso assumir que na aplicação do Direito brasileiro é possível observar a colisão de direitos fundamentais, notadamente entre o direito à vida e o direito à (vida com) dignidade, de modo que ainda se faz preciso encontrar um meio adequado para (tentar) superar o imbróglio.

¹³⁸ MARTEL, 2010, p. 181.

¹³⁹ MEIRELLES, 2013, p. 102-103.

4 O CONFLITO ENTRE VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O processo hermenêutico de solução de *hard cases* nas propostas de Perelman e Dworkin

Como visto alhures, o Direito brasileiro não ampara expressamente a possibilidade de disposição da própria vida quando a intenção de seu titular for a de sua limitação por ato de terceiro. Que fique claro que a limitação da vida aqui tratada pressupõe ato de terceiro com o escopo de antecipação do evento morte, não estando aqui compreendidas a recusa de tratamento médico nem a prática da ortotanásia, cujos conceitos e consequências serão vistos no próximo capítulo.

Dessa forma, parece-nos extremamente difícil sustentar a ideia de um “direito de morrer”, enquanto direito subjetivo, que poderia ser exercido mediante manifestação da vontade da pessoa, sem qualquer impedimento, ou ainda reconhecer que há uma “autonomia para morrer”, sem qualquer critério justificante.

Contudo, e tendo por base a premissa de que a vida não é direito absoluto e deve ser conformada com outros direitos fundamentais, resta apenas a possibilidade de uma construção hermenêutica para resolução de situações limites.

Por casos difíceis ou *hard cases* entenda-se a situação fática em que não se faz possível a mera subsunção normativa, porquanto não há regra estabelecida de antemão para o tratamento do caso concreto.¹⁴⁰

É de se salientar que, embora se reconheça que a dignidade da pessoa humana enquanto autonomia deve ser prevalente para a autodeterminação da pessoa, não se isenta, com isso, a avaliação do caso concreto pelo intérprete para a garantia da dignidade humana enquanto heteronomia.

Frise-se, portanto, que a autonomia não é absoluta. Pode – e eventualmente, deve – sofrer restrições.

Neste estudo adotam-se as teorias de Ronald Dworkin e Chaim Perelman para a resolução dos casos difíceis. Isso porque tanto Dworkin quanto Perelman admitem conflitos entre princípios, mas sua solução não está, pura e simplesmente, no poder de decisão do juiz. Está na justificação do princípio escolhido que, para aquele caso, tem força de convicção.

Dessa forma, faz-se imperiosa a análise, ainda que não muito aprofundada, das propostas de Perelman e Dworkin para a resolução dos aludidos *hard cases*.¹⁴¹

¹⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127.

4.1 HERMENÊUTICA E O PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ

Para a coerência de raciocínio aqui desenvolvido, utiliza-se neste trabalho a classificação de Dworkin de normas jurídicas, as quais ele divide em regras, políticas¹⁴² e princípios.

A discussão acerca do poder discricionário do juiz aparece em Dworkin, sobretudo, quando estão em jogo decisões que envolvem os casos difíceis, sendo que, nesses casos, os juristas se recorrem de padrões que não funcionam como regras, operando de modo distinto, como políticas, princípios e outros padrões.

Dworkin comumente se refere a princípios para se referir a outros padrões que não são regras. Em verdade, a preocupação maior de Dworkin é a diferenciação entre regras e princípios. Uma diferenciação fundamental que Dworkin faz entre regras e princípios é de ordem lógica. As regras são aplicadas na esteira do “tudo-ou-nada”. Havendo mais de uma regra aplicável para o caso, uma será considerada inválida, sendo a outra aplicada integralmente, enquanto os princípios fundamentam a opção pela escolha da regra a ser aplicada.¹⁴³

Quando se trata de conflito de princípios, Dworkin assevera que é preciso examinar a força dos argumentos que podem ser aduzidos em favor de cada um. Ambos podem continuar valendo, mesmo que no caso específico um seja mais razoável que o outro. Nos casos difíceis eles tem um papel fundamental, ao passo que eles neles são baseados os argumentos que sustentam as decisões judiciais a respeito dos deveres e direitos das pessoas.¹⁴⁴

Em casos em que não há regra específica, o juiz fica obrigado a se utilizar dos princípios para fundamentar a adoção e aplicação de novas regras a partir de uma interpretação diferente do texto legal. Então, assim como as regras, os princípios também têm conteúdo normativo.

Nas lacunas ou contradições das regras, o juiz está vinculado a julgar a partir dos princípios porque eles fazem parte do Direito e não são, em hipótese alguma,

¹⁴¹ Adotou-se para este estudo apenas as teorias de Ronald Dworkin e Chaim Perelman porque comumente referenciadas, sabendo-se que não são as únicas teorias acerca da resolução de conflitos de normas.

¹⁴² O conceito de políticas em Dworkin se assemelha ao “conceito” de políticas públicas. Sobre o assunto, veja-se: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁴³ WEBER, Thadeu. Justiça e poder discricionário. In: **Direitos fundamentais e justiça**. Ano 2. N. 2. p. 214-242. Jan./Mar. 2008. p. 231.

¹⁴⁴ WEBER, 2008, p. 232.

extralegais, ainda que não positivados. Ademais, as regras se fundamentam em princípios, não tendo o juiz um poder discricionário.

Quando não houver regra a ser aplicada, o juiz fica adstrito a julgar a partir de padrões jurídicos e morais. Saliente-se que Dworkin estabelece uma íntima ligação entre questões morais e questões jurídicas, mostrando como as posições morais fornecem a base para argumentos constitucionais.¹⁴⁵

Assim, a real finalidade da hermenêutica jurídica é encontrar o Direito na aplicação produtiva da norma.

Freitas, nesse passo, adverte que

Mais do que nunca, força reconhecer que, [...], proveito nenhum resulta daquela concepção anacrônica de Carta Maior como um conjunto normativo em relação ao qual o exegeta inferiria soluções de modo exclusivamente dedutivo. No plano fático, não faz qualquer sentido imaginar que o intérprete constitucional - e, numa certa medida, todo juiz o é - obtenha êxito operando apenas com modelos de subsunção lógico-formal. O melhor caminho, em termos contemporâneos, está em escolher, acertadamente, as premissas adequadas e necessárias ao longo da jornada de compreensão-decisão, processo que, em essência, gadamerianamente, jamais deve experimentar um corte rígido, sob pena de ser uma abordagem infiel ao mundo real.¹⁴⁶

Maior será a possibilidade de discricionariedade do juiz quanto mais aberto for o sistema jurídico em sua principiologia. Ademais, a complexificação das relações sociais na contemporaneidade tem fragilizado o sistema jurídico, eis que demanda previsões legislativas que antecipem situações *sui generis* e, não raras vezes, ainda controversas no meio social, o que suscitam os “casos difíceis” em pauta de julgamento pelo Judiciário.

Por outro lado se necessita de hermeneutas que construam sua interpretação através dos princípios aplicáveis a casos difíceis com eticidade e comprometimento moral.

Ressalte-se que o poder discricionário dos juízes evidentemente não legitima arbitrariedades. Trata-se de uma parcela de liberdade nas escolhas interpretativas que o magistrado possui, porém esta é uma “liberdade controlada”.

O limite da discricionariedade judicial deve ter como fundamento último a *supereficácia* social dos direitos fundamentais. Ou seja, a justificação dessa atuação

¹⁴⁵ DWORKIN, 2002, p. 319.

¹⁴⁶ FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à constituição. *In: Revista da faculdade de direitos da UFPR*. Ano 2000. V.34. p. 59-76. p. 61.

discricionária do juiz encontra ressonância no fundamento do próprio sistema jurídico, qual seja o princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nessa linha de raciocínio, ponderando sobre hermenêutica e as valorações axiológicas judiciais, Freitas afirma que

Ora, se a tarefa suprema consiste em hierarquizar princípios, normas e valores, límpido resulta que a mutação constitucional, que sucede através da preponderância cambiante deste ou daquele valor, mostra-se indispensável à própria higidez do sistema em sua organicidade vital. De conseguinte, não se admite o intérprete passivo de outrora, perspectiva advogada, ainda hoje, por nostálgicos da Escola da Exegese. Tal orientação mecanicista, como acentuado, situa-se em desacordo pleno com a vida real. De outra parte, certo está que a hierarquização não deve ocorrer nos termos da aplicação de um Direito Livre. Há, sem a menor dúvida, limites formais e substanciais para que se dê vida socialmente adequada à ordem jurídica, sendo um destes o que deflui do dever de realizar, com a máxima cautela, a “interpretação conforme [...]”.

[...] força reter que bem interpretar qualquer dispositivo da Carta consiste em colocá-lo, plasticamente, em conexão com a totalidade axiológica do sistema, realizando, de modo tópico-sistemático, a ponderada hierarquização de princípios, de normas e de valores, de sorte a obter a máxima justiça possível, substancialmente indispensável para que a Constituição viva. O [...] preceito de interpretação constitucional é o de que *o intérprete deve buscar uma fundamentação racional, objetiva e vitalizante para as suas decisões em diálogo com o sistema, sem adotar jamais soluções “contra legem”*. Em outro modo de dizer, deve ter presente o desiderato de lutar, com denodo, contra todo subjetivismo redutor da juridicidade do sistema constitucional em grave prejuízo para o Estado de Direito. Ora, uma das mais altas funções do ordenamento reside justamente no combate ao arbítrio irracionalista. Não se pode, está dito, erradicar jamais uma salutar dose de subjetividade, porquanto a liberdade, felizmente, é traço inextirpável no ato humano de julgar, já que não operamos com silogismos lógico-formais. Todavia, deve ser afastado qualquer decisionismo irracional, movido sob o influxo deletério das paixões associadas a motivações subalternas. Apenas assim seremos capazes de revelar e, ao mesmo tempo, edificar um sistema constitucional acatável perante o “*auditório universal*” de que nos falava Perelman, continuamente preocupado com a responsabilidade ética dos decisores judiciais.¹⁴⁷

Este espaço de discricionariedade do juiz não se consubstancia em um campo aberto para construção do direito a partir de critérios meramente objetivos, nem tampouco que seja dado ao juiz a possibilidade de julgar unicamente a partir de suas convicções. Contudo não é de se negar que o juiz, em um processo hermenêutico, nunca permanecerá completamente isento de suas preconcepções.

A esse respeito, Ana Paula de Barcellos enfatiza o fato de que, em um processo hermenêutico, que é deveras complexo, há espaço para um fundamental

¹⁴⁷ FREITAS, 2000, p. 63-68.

elemento volitivo, um espaço ocupado livremente pelo intérprete e, não raras vezes, especialmente nos casos difíceis (*hard cases*), a conclusão daquela atividade hermenêutica repousará em um elemento de vontade inafastável.¹⁴⁸

Toda a atividade de argumentação jurídica em casos difíceis gira em torno do dever do juiz de não tomar uma decisão qualquer, mas de tomar uma decisão fundamentada em alguma sentença explícita ou implícita a respeito do(s) ponto(s) do Direito disputado(s) pelas partes, vinculado a um controle externo de sua atuação por meio de uma regra de precedentes.¹⁴⁹

Esse dever depende de um princípio jurídico de importância central, o princípio da justiça formal na tomada de decisões: decidir casos semelhantes de forma semelhante e, portanto, tomar decisões supondo que elas abranjam todos os casos de um tipo genérico previsto, não apenas a questão singular em discussão entre as partes específicas da disputa.

4.2 A PROPOSTA DE PERELMAN

Calcado nas premissas de Rousseau, segundo quem o direito como reflexo da expressão da vontade geral mediada através do contrato social somente se perfaz por leis justas, o Código de Napoleão substitui o direito natural sendo um direito por excelência justo. Nasce assim o Direito Positivo cuja inaugural e derradeira ocupação se dá quanto à forma, à legalidade, restando apartada da justiça oriunda de esfera alheia à prescrita pelo legislador, já que derivada da moral.

Todavia, o julgador daquela época, que se defrontasse com casos nos quais as leis não fossem suficientes para a sua resolução, deveria lançar mão do direito natural, de maneira subsidiária, a fim de assegurar a prestação jurisdicional sob pena de acabar sendo processado por denegação de justiça.

Quanto à dificuldade de aplicação do Direito Positivo quando existentes antinomias, Perelman assim esclarece:

Ao examinar “os critérios para resolver as antinomias”, o positivista kelseniano que é o professor Norberto Bobbio é, porém, levado a concluir que, “apesar do sistema de regras que protege a obra do jurista do perigo da avaliação direta do que é justo e do que é injusto”, quando nos falta um

¹⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 142-143.

¹⁴⁹ DWORKIN, 2002, p. 50.

critério para resolver o conflito dos critérios, “o critério dos critérios é o princípio supremo da justiça”. Mas, se se quer evitar que o recurso “ao princípio supremo da justiça” não seja um recurso à arbitrariedade, cumprirá recusar admitir a inteira subjetividade do sentimento de justiça ou de equidade.¹⁵⁰

Na busca de uma fundamentação para os Direitos do Homem, Perelman ressalta a necessidade de se reconhecer princípios incontestáveis, ou ao menos incontestados, para o fundamento de outra coisa. Esta última, por seu turno, deve ser contestável quer de direito, quer de fato. O motivo de uma fundamentação repousa numa incerteza ou contestação de uma realidade, proposição ou norma quanto à sua natureza, verdade, abrangência.

Ao expurgar uma dúvida, um desacordo, o argumento pode apresentar um fundamento suficiente para o caso em apreço, mas não deter um caráter irrestrito capaz de refutar a contestação para sempre. Portanto, não se pretende um fundamento absoluto, mas aquele que seja suficiente a atender as necessidades do caso em concreto.

É o caráter de suficiência, aplicado ao fundamento, que se articula entre os fundamentos dos Direitos do Homem na perspectiva do Direito Natural e do Direito Positivo. Duarte e Iorio Filho destacam:

Essa tese, ao aceitar as mudanças da história, não nega a possibilidade da existência de fundamentos, por insustentáveis no tempo (principal alegação positivista). Pelo contrário, articula que as mudanças contextuais obrigam a sociedade a permanentemente a construir fundamentos “suficientes” a seu tempo e lugar.¹⁵¹

Acerca dos signatários da Declaração Universal dos Direitos do Homem, Perelman destaca que, segundo vários autores, somente foi possível o estabelecimento do acordo a respeito daqueles direitos mediante o caráter aberto de seu sentido, alcance e hierarquização já que concorriam representantes de várias ideologias, até mesmo contrárias a esta.¹⁵²

A respeito da fundamentação, Perelman esclarece:

¹⁵⁰ PERELMAN, Chain. **Ética e Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 389.

¹⁵¹ DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mário. **Uma fundamentação suficiente para os Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/03_731.pdf>. Acesso em 15 de jan. 2015.

¹⁵² PERELMAN, 2005, p. 388.

Nesta perspectiva, a busca de um fundamento absoluto deve ceder a prioridade a uma dialética, na qual os princípios que se elaboram para sistematizar e hierarquizar os direitos humanos, tal como são concebidos, são constantemente cotejadas com a experiência moral, com as reações de nossa consciência. A solução dos problemas suscitados por esse cotejo não será nem evidente nem arbitrária: será dada graças a um posicionamento teórico, que resultará de uma decisão pessoal, apresentada, porém, como válida para todas as mentes razoáveis.¹⁵³

Neste escopo, o que se pretende é a apresentação de argumentos válidos, não de fundamentação absoluta, mas capazes de convencer um auditório universal constituído de homens normais e competentes para julgá-los. Para atender a este intento Perelman se vale da filosofia do razoável que pressupõe a valorização de todos os direitos para o progresso do pensamento, para o aprimoramento da racionalidade mediante a adesão de interlocutores idôneos para a superação da questão em apreço. O razoável para fundamentar e hierarquizar os Direitos Humanos.

Direitos Humanos são os atribuídos ao indivíduo pela condição ímpar de ser pessoa, portanto dotada da dignidade que lhe é inerente; por ser sujeito moral, livre, autônomo e responsável. Sendo a dignidade da pessoa humana o objeto a ser tutelado pelos Direitos Humanos, estes obrigam tanto o próprio indivíduo quanto os seus pares, bem como o(s) poder(es) encarregado(s) de proteger esses direitos.

A respeito da dignidade da pessoa humana, Perelman reputa que “a concepção jurídica dos Direitos Humanos”¹⁵⁴ obriga a todos. O respeito à dignidade da pessoa humana é uma incumbência acometida ao indivíduo em sua própria pessoa tanto quanto nos demais indivíduos. O Estado, garantidor dos Direitos do Homem, deve salvaguardar esses direitos, fazer com que sejam respeitados na esfera privada, não podendo ofendê-los e tendo a obrigação de atuar positivamente na persecução de seus preceitos.

No contexto, a dignidade da pessoa humana aparece como princípio geral de direito em todas as nações civilizadas, mas o caráter aberto de seu conceito somente se mostra generalizado em abstrato. Quando da aplicação prática, essa vagueza de conceito traz dificuldades principalmente pela ausência de hierarquia entre os vários direitos humanos, mas comporta um amplo espaço de interpretação conforme mais abstratos forem os textos normativos. É por intermédio deste amplo

¹⁵³ PERELMAN, 2005, p. 398.

¹⁵⁴ PERELMAN, 2005, p. 400.

espaço para interpretações que deverá atuar o juiz com o intuito de bem solucionar os conflitos.

A respeito desta vacuidade conceitual e ampla interpretação dos Direitos Humanos, Perelman ressalta o incremento de poder daqueles que, no caso concreto, são responsáveis pela resolução dos conflitos em concreto. Assim, assevera que a salvaguarda desses direitos deve ser confiada a tribunais que detenham notório crédito por parte de seus jurisdicionados; em suas palavras “[...] não há direito senão quando há juízes para o dizer”¹⁵⁵.

Consoante a esta dificuldade conceitual dos diversos direitos humanos, que implicam facilmente em controvérsias decorrentes de sua interpretação e com a finalidade de salvaguardá-los, é imperativo que tais direitos não sucumbam nos textos legais, mas que ganhem efetividade por intermédio de instituições, programas e indivíduos imbuídos da determinação de aplicação e proteção dos direitos.

Não há, em se tratando de direitos fundamentais, elemento objetivo capaz de distinguir uma fronteira de equilíbrio entre os direitos das pessoas. A clássica separação entre os direitos de liberdades e direitos sociais são apenas de grau e não de natureza. Esta constatação implica atribuir ao Estado a obrigação de se dotar de meios para a persecução e guarda desses direitos, mas este incremento de poder incorpora o risco de abusos que deverá ser mitigado através da descentralização do poder.¹⁵⁶

Neste tocante, para Perelman é imperativa a independência do Poder Judiciário que, através de interpretação extensiva do princípio de igualdade, consoante ao princípio da justiça formal garante o exercício da liberdade não arbitrária do poder público.

Aplicando o princípio da justiça formal que exige o tratamento igual de situações essencialmente semelhantes, os tribunais superiores, na medida em que controlam a constitucionalidade das leis, zelarão por que as distinções estabelecidas na lei não sejam nem arbitrárias nem desarrazoadas, mas sejam justificadas pelos objetivos perseguidos, em conformidade com a natureza das coisas.¹⁵⁷

Assim, um verdadeiro sistema de direito democrático somente existirá na medida em que uma comunidade suficientemente homogênea consiga um consenso

¹⁵⁵ PERELMAN, 2005, p. 403.

¹⁵⁶ PERELMAN, 2005, p. 403.

¹⁵⁷ PERELMAN, 2005, p. 404.

satisfatório do que seja razoável e desarrazoado quanto a critérios morais e culturais. A carência deste consenso implica no uso da força por parte do sistema de direito e dos órgãos incumbidos de aplicá-los ao invés de outro modo de imposição.

Neste sentido, a existência de uma ordem jurídica internacional se situa no plano da utopia, pois não há homogeneidade moral e cultural suficientemente capazes de abranger tamanha coletividade. Somente através de um longo processo educativo será possível um consenso entre diferentes culturas, portanto a salvaguarda dos Direitos do Homem será tão mais efetiva quanto maiores forem os graus de consenso no seio de determinada comunidade nacional que comunga de mesmo passado, tradições, aspirações, valores e ideologias. Em função da capacidade de autodeterminação, independência e autonomia de comunidades nacionais é que a doutrina dos direitos do homem dá lugar à doutrina dos direitos das comunidades, tratando-se, pois, de uma doutrina menos generalizável e mais local.

Conquanto seja imperativo o maior consenso do razoável e o desarrazoado para resguardar o direito, é necessária a compreensão desses termos em relação ao próprio direito.

A ideia de razão que se assenta no Direito Natural, como expressão do exercício da razão – da lógica –, se mostra oposta às razões do Direito Positivo enquanto expressão de vontade de um Poder Legislativo. À ideia primeira de razão, do Direito Natural, advinda de cada homem enquanto ser racional, se opõe, pelos teóricos hodiernos, a noção de racionalidade do legislador. Por esta última noção, por meio da razão o legislador é capaz de criar regras, que embora não universais e imutáveis, contemplem uma contingência tal que abarque fundamentação, interpretação, interação com o sistema, coerência e aplicabilidade do texto legal a fundamentos *a pari*, *a fortiori* e *a contrario*. No entanto, a despeito do papel de relevo que se dá à razão em direito, são as concepções de razoável ou desarrazoado que ganham relevância, mormente pela inaplicabilidade do desarrazoado em direito.

Um direito ou um poder exercido de maneira desarrazoada será sempre condenado, como bem explicitado por Perelman:

Esse uso inadmissível do direito será qualificado tecnicamente de formas variadas, como abuso de direito, como excesso ou desvio de poderes, como iniquidade ou má fé, como aplicação ridícula ou inadequada de disposições

legais, como contrário aos princípios gerais de direito comum a todos os povos civilizados.¹⁵⁸

É, portanto, o judiciário quem deverá censurar o ato, direito ou poder exercido de forma desarrazoada, tornando-o inaceitável. Em toda oportunidade que o juiz tiver que avaliar determinada situação deverá fazê-lo tendo como parâmetro o razoável.

Mesmo um texto de lei somente será considerado claro na medida em que todas as interpretações razoáveis não ensejarem nenhum grau de controvérsia.

Cumprir observar, a este respeito, que o razoável não remete a uma solução única, e sim implica uma pluralidade de soluções possíveis; porém, há um limite para esta tolerância, e é o desarrazoado que não é aceitável. A vaguidão de certos termos, que figuram num texto legal ou regulamentar, dá latitude ao intérprete, mas, a não ser que se considerem certas expressões, tais como “interesse comum”, “urgência” ou “equidade” como expressões vazias, há limites para o poder de apreciação.¹⁵⁹

Desta forma, uma lei que venha a ser aplicada no seu sentido literal pode soçobrar em resultado iníquo e caberá ao juiz buscar a interpretação mais razoável ao caso concreto evitando consequências desarrazoadas.

Também, quando um caso em apreço escapa à subsunção de uma regra que deveria possuir caráter absoluto, por falha legislativa, é legítimo ao judiciário suprir esta falta legislativa editando, ele próprio, o que o legislativo teria editado se tivesse contemplado esta determinada situação concreta. Por outro turno, não é razoável, mas, pelo reverso, é desarrazoado afiançar o resultado legislativo que advém do Estado quando oriundo de um poder legislativo preciso; e neste sentido sustentar a doutrina máxima do positivismo jurídico que prescreve *dura lex, sed lex*. Perelman destaca este entendimento:

Vemos assim, que, em toda matéria, o inaceitável, o desarrazoado constitui um limite para qualquer formalismo em matéria de direito. É por essa razão que a teoria pura do direito de H. Kelsen não dá explicação suficiente do funcionamento efetivo do direito, na medida em que se empenha em separar o direito do meio em que ele funciona e das reações sociais desse meio. Com efeito, a idéia do desarrazoado, vaga mais indispensável, não pode ser precisada independentemente do meio e do este considera inaceitável.¹⁶⁰

¹⁵⁸ PERELMAN, 2005, p. 429.

¹⁵⁹ PERELMAN, 2005, p. 432.

¹⁶⁰ PERELMAN, 2005, p. 436.

Os conceitos de razão e racionalidade estão, desse modo, vinculados a um preceito de verdade, de nexó lógico, coerente e de tradição filosófica, enquanto as ideais de razoável e desarrazoado estão fundadas em critérios de aceitação variáveis em sintonia com a evolução social. O direito somente pode ser aplicado se observadas as condições de razoabilidade, haja vista que o desarrazoado não se confunde com direito.

Por fim, a noção de justiça sugere a todos, inevitavelmente, a ideia de certa igualdade. [...] todos estão de acordo sobre este ponto. A ideia de justiça consiste numa certa aplicação da ideia de igualdade. O essencial é definir essa aplicação de tal forma que, mesmo constituindo o elemento comum das diversas concepções de justiça, ela possibilite as suas divergências.¹⁶¹

4.1.1 Justiça Formal de Perelman

Perelman busca, por meio da avaliação de distintos critérios de justiça concreta, identificar algum ponto em comum capaz de ser expressão de acordo unânime em tão inconciliáveis moções de justiça.

Não pretendendo examinar um rol exaustivo sobre todos os sentidos possíveis acerca da noção de justiça, o autor elenca as seguintes correntes: a) a cada qual a mesma coisa, b) a cada qual segundo seus méritos, c) a cada qual segundo suas obras, d) a cada qual segundo suas necessidades, e) a cada qual segundo sua posição e, f) a cada qual segundo o que a lei lhe atribui. Passando a análise de cada qual.¹⁶²

“A cada qual a mesma coisa”; nesta concepção todos devem ser tratados da mesma maneira, sem apreço por nenhuma particularidade em especial, com igualdade absoluta. Como crítica a esta concepção, Perelman destaca a morte como única situação inexoravelmente igualitária, uma vez que a mesma coisa não é capaz de proporcionar a todos o mesmo grau de satisfação, felicidade.

“A cada qual segundo seus méritos”. Por esta via, a justiça não se perfaz por uma igualdade de todos, mas por uma qualidade intrínseca, qual seja o mérito, uma igualdade distributiva. Todavia, sendo o indivíduo possuidor de mérito, este somente

¹⁶¹ PERELMAN, 2005, p. 14.

¹⁶² PERELMAN, 2005, p. 20-33.

se equipara a outro indivíduo se estiver em mesmo grau. Perelman destaca, assim, a dificuldade de determinação do mérito a ser escolhido, bem como da mensuração do *quantum* a ser atribuído a este critério.

“A cada qual segundo suas obras”. Aqui a justiça será determinada pelo resultado da ação, não sendo um critério moral. Este é um critério de justiça proporcional em consideração a valoração do resultado obtido pelo agente. A igualdade deve ser atribuída àqueles que apresentem os mesmos resultados.

“A cada qual segundo suas necessidades”, como critério, tem por objetivo minimizar os sofrimentos decorrentes da impossibilidade dos indivíduos satisfazerem suas necessidades essenciais. Por esta via busca-se uma igualdade de caridade. Devem ser tratados igualmente aqueles que pertençam a uma mesma categoria de necessidades essenciais.

Uma forma aristocrática de aplicação de justiça funda-se na máxima de que “a cada qual segundo sua posição”. Ou seja, o tratamento igualitário deve ser despendido a todos que pertençam a determinada categoria, não é característica inata do indivíduo. É uma justiça aristocrática que leva em conta os indivíduos pertencentes a uma determinada categoria essencial.

“A cada qual segundo o que a lei lhe atribui”, distintamente das outras categorias, determina que o juiz não pode se valer de outro critério de justiça concreta senão a aplicação da regra previamente prescrita. Não se vale de critério moral, mas de lei pré-estabelecida. Deste modo restaria transferido o direito de dizer o que é justiça para quem detém o poder de dizer a lei.

Em face às distintas concepções de justiça concreta, que apresentam aspectos distintos e por vezes opostos, Perelman propõe três alternativas: por primeiro, declarar a ausência de qualquer aspecto comum a todas as concepções, bem como admitir a ausência de qualquer vínculo conceitual o que acarretaria na rejeição de todas; por segundo, eleger dentre todos os conceitos apenas um para que convença de sua real, única e profunda justeza e, por derradeiro, buscar entre referidos critérios de justiça aquilo que lhes é comum a todos.

Como elemento inerente a todas as acepções de justiça, Perelman elenca a igualdade, todavia não uma igualdade de caráter absoluto, mas como ideal a ser perseguido. E é neste sentido que Perelman se manifesta:

Seja qual for o desacordo deles sobre outros pontos, todos estão, pois, de acordo sobre o fato de que ser justo é tratar da mesma forma os seres que são iguais em certo ponto de vista, que possuem uma mesma característica, a única que se deva levar em conta na administração da justiça. Qualifiquemos essa característica de essencial.¹⁶³

Assim, todos aqueles que detiverem uma mesma característica essencial, aqueles que se encontrem em mesmas circunstâncias, pertencem a uma mesma categoria essencial. Por esta via, Perelman define a justiça formal, também chamada de justiça abstrata, como sendo “um princípio de ação segundo o qual seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”¹⁶⁴.

A utilização da justiça formal vem a superar a dificuldade conceitual da justiça material/concreta na medida em que se afirma ou infirma a justiça pelo modo que se dá o tratamento conferido a indivíduos de uma mesma categoria essencial.

Por oportuno, é fato que determinado indivíduo sempre pertencerá a inúmeras categorias essenciais que deverão ser levadas em conta na aplicação da justiça. Como resultado desse esforço, no mais das vezes, deverá ser elencada preferencialmente uma determinada categoria essencial em detrimento de outras para a resolução das antinomias da justiça.

No infrutífero intento de se aplicar noções de justiça concreta inconciliáveis à determinada situação e na possibilidade de transgressão à justiça formal se deve ter por resposta a equidade, entendida como “a tendência de não tratar de forma por demais desigual os seres que fazem parte de uma mesma categoria essencial”¹⁶⁵.

A equidade tenderá a minimizar a desigualdade sempre que, pela multiplicidade de características essenciais, esteja inviabilizado o exercício da justiça formal. A equidade não se prende a formalismos, é complementar, funciona como muleta para a justiça. Importante salientar que, para determinada situação, tanto menor será a necessidade da equidade quanto maior for a previsibilidade das características essenciais envolvidas e o grau de importância a elas conferido.

Em consonância com o exposto, é crível que em épocas de maior transformação, seja no âmbito socioeconômico, moral (com alternância de valores) ou tecnológico, haja uma maior necessidade da equidade a fim de garantir a menor

¹⁶³ PERELMAN, 2005, p. 18-19.

¹⁶⁴ PERELMAN, 2005, p. 19.

¹⁶⁵ PERELMAN, 2005, p. 36-37.

desigualdade de grupos pertencentes a categorias essenciais não albergados em determinada regra.

4.2 CONTEÚDOS MORAL E DE DIREITO NA PROBLEMÁTICA DA QUESTÃO DA MORTE SEGUNDO PERELMAN E DWORKIN

De forma ordinária, os estudos acerca da moral e do direito se calcam pelas diferenças. A moral leva em consideração a intenção do agente em suas condutas/comportamentos, pelo exercício da autonomia, atribuindo-lhe deveres, mas sem a exigência de conduta específica por parte de outrem. Uma conduta contrária à moral comum acarreta apenas um juízo de reprovação sem uma conseqüente sanção estatal. O direito, por outro lado, regra o comportamento do indivíduo conferindo-lhe direitos e impondo-lhe obrigações; tem por escopo tutelar as ações humanas. O descumprimento de uma prescrição normativa é passível de sanção Estatal.

Segundo Perelman¹⁶⁶, são identificadas, em diversos sistemas de direito ocidental, regras que se perpetuam durante muito tempo e que adquirem o *status* de princípios gerais do direito, mesmo sem a devida legislação a fornecer-lhes o caráter formalista que o direito positivo exige.

Neste aspecto, cabe ao moralista a preocupação da aplicação destes princípios nos mais diferentes casos, uma vez que as regras em abstrato podem não suscitar contestações, mas quando aplicadas ao caso concreto levam às mais diversas controvérsias.

Assim, a interpretação e a maneira de aplicação dessas regras importarão em maior relevo que a própria regra em si.

O direito busca a primazia da segurança jurídica a fim de garantir a ordem e a convivência social, concede aos legisladores a incumbência de elaboração de regras dirigidas a todos, mas designa aos juízes a aplicação e interpretação dessas regras. Entremeadado a este propósito se encontram as questões de presunção absoluta, relativa, técnicas de prova e da competência do juiz que possuem por finalidade o saneamento de possíveis incertezas não previstas nas regras de direito.

¹⁶⁶ PERELMAN, 2005, p. 299-305.

A mesma situação fática pode, então, apresentar resultado muito distinto dependendo da primazia moral ou de direito a ser aplicada.

Em muitas situações, apesar de ser a intenção, não há compatibilidade estreita entre as regras jurídicas emanadas do legislador e as regras morais por maior que seja a suposição, já que as primeiras estão subordinadas às condições de segurança jurídica e as últimas não. O relevo conferido à moral, na aplicação do direito, opõe-se à redução do conteúdo das regras quando de sua aplicação em situações concretas.

Quatro são as diferenças na aplicação de regras morais e jurídicas para Perelman¹⁶⁷:

Em primeiro lugar, as regras jurídicas, codificadas, são em tese de conhecimento geral e as regras morais, não codificadas, possuem um âmago em comum como decorrência do passado; tradição comungada pelos membros de uma mesma sociedade. Mas pelo caráter pluralista da sociedade, a interpretação e a aplicação da norma moral pode acarretar em posições dissonantes.

A segunda diferença consiste no fato de que somente ao juiz é dado, em direito, a competência de emitir juízos quando da análise de determinada situação. Quando se leva em conta a moral, a todos é oportunizada a emissão de juízos. Ainda, a moral impõe a elaboração de regras que refletem o sentimento moral o mais fiel possível, enquanto o direito, por meio da figura do juiz, pode ser inovado, ao admitir ficções ao fato que redundem em consequências diversas daquelas que ocorreriam se fossem aplicadas as qualificações normais.

Em terceiro, a moral por não estar atrelada a fundamentos formais admite o caráter de suspeição, enquanto o direito não tolera a dúvida. E, por derradeiro, é a regra de justiça determinada que trata da mesma maneira situações essencialmente semelhantes que deve pautar a racionalidade tanto em direito quanto em moral.

Mas enquanto para a moral se leva em conta o comportamento individual mediado por suas escolhas, para o direito interessa a construção da jurisprudência que, mediante resultados uniformes, tende garantir um quadro de segurança jurídica.

Em determinadas situações concretas se observa a tensão existente entre regras morais e regras jurídicas. Regras morais são resultado de valores

¹⁶⁷ PERELMAN, 2005, p. 306-308.

comungados por determinada sociedade e que demandam juízos, opiniões acerca de determinado comportamento particular; e regras jurídicas que, diferentemente das morais, se encontram codificadas e impõem a sua observação a todos os indivíduos, cabendo ao juiz competente apenas a interpretação para aplicação das mesmas e proferir sentenças.

Dessa feita, as questões que se referem à vida, no respeito à integridade psicofísica das pessoas, são mediadas pelo princípio do direito à vida que é fundamento tanto para o direito como para a moral. Perelman ressalta que:

Se é incontestável que as religiões e as ideologias que dominam nas sociedades impregnadas do ideal humanista impõe respeito à vida de cada ser humano, essa obrigação, como a maioria dos princípios morais e jurídicos, não pode ser observada de modo absoluto.¹⁶⁸

O direito à vida é, assim, relativizado quando se autoriza a tirada da vida de outrem em razão de estado de necessidade, em legítima defesa, em tempos de guerra, e para o bem da gestante – quando a gestação é fruto de estupro ou pode causar a morte da mãe.

Nessa linha de argumentação do razoável aplicado à manutenção da dignidade humana mesmo na iminência da morte, é relevante a contribuição de Ronald Dworkin, embora seguindo uma tradição filosófica distinta da de Perelman.

Ronald Dworkin, assim como Perelman, busca valorizar uma interpretação construtiva na solução de casos difíceis; por exemplo, dos que trata em seu livro “Domínio da Vida”, em que analisa questões sobre aborto e eutanásia.

Nele, Dworkin leva em conta três situações distintas quanto à possibilidade de decisão sobre a própria morte ou a de terceiros. A primeira¹⁶⁹ se refere ao indivíduo consciente e competente. Assevera que estes pacientes, sendo sujeitos capazes, podem recusar ou suspender tratamentos médicos mesmo quando ligados a aparelhos destinados a suporte vital. Todavia, lembra que os médicos estão impedidos, em diferentes sociedades (excluindo-se a Holanda), de realizarem, de maneira direta, atos com o intuito de abreviarem a vida de maneira não espontânea.

¹⁶⁸ PERELMAN, 2005, p. 309.

¹⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida** aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 257-262.

Na segunda¹⁷⁰ leva em consideração o indivíduo numa situação de inconsciência. Ressalta a dificuldade encontrada pelos profissionais da saúde na manutenção ou não desses indivíduos em suporte vital, salvo naquelas hipóteses em que presentes documentos ou testemunhos que revelassem o desejo desses pacientes dando relevância ao princípio da autodeterminação.

Numa última e possível situação¹⁷¹, a pessoa se encontra consciente, mas incompetente. Caso exemplificado pela doença de Alzheimer quando em estágio avançado. Neste aspecto, leva em conta a possibilidade de o paciente preteritamente ter expressado o desejo de não ser mantido vivo em determinada situação e posteriormente adotar desejo contrário ao anterior.

O direito de autonomia, os interesses fundamentais e o que Dworkin chama de santidade são as questões morais e políticas de maior escopo nas decisões relativas ao direito de morrer.

A autonomia como direito de exercitar suas próprias escolhas somente poderia dar respaldo a decisões sobre interrupção, recusa de tratamento ou abreviação de vida se o indivíduo externasse seus desejos. Por outro lado, não seria possível supor o que determinada pessoa iria desejar apenas por intermédio da família, do que iria decidir por si mesmo, se se encontrasse num estágio de inconsciência.

Os interesses fundamentais, para Dworkin, podem ser compreendidos como a percepção que a sociedade, familiares e, inclusive, o judiciário têm sobre o que seria melhor para aqueles que se encontram em situações de sofrimento terminal ou estado vegetativo. Portanto, neste aspecto se amoldando ao caráter de heteronomia. Contudo, para entender os interesses fundamentais sob o prisma pessoal é preciso levar em conta outros aspectos.¹⁷²

A santidade é assumida como sendo a vida humana sagrada, mas a aparente sacralidade da vida humana, que poderia ser o maior argumento à preservação da vida, pode ser o argumento crucial para justificar as decisões das pessoas acerca da própria morte. Segundo Dworkin, há de ser observado o valor intrínseco da vida e o valor que o paciente a ela atribui.¹⁷³

¹⁷⁰ DWORKIN, 2009, p. 262-267.

¹⁷¹ DWORKIN, 2009, p. 267-268.

¹⁷² DWORKIN, 2009, p. 271-274.

¹⁷³ DWORKIN, 2009, p. 275.

A ideia do sagrado, da inviolabilidade da vida, é de interpretação mais abrangente que somente a religiosa, pautada no investimento feito pela natureza na vida humana. Ou seja, a ideia é a de preservar o decurso natural da vida. Neste modelo conservador ter-se-ia que a vida deve ser preservada ao máximo enquanto investimento da natureza, investimento natural. Para esta concepção, a morte, distinta da natural, frustra a natureza.

Somente através da análise dos interesses experienciais e dos interesses críticos de uma pessoa é possível apreciar o sentido que cada qual dá à própria vida.

Os interesses críticos são interesses cuja satisfação torna a vida das pessoas genuinamente melhor, interesses que, acaso ignorados, constituiriam erros passíveis de piorar a vida.¹⁷⁴

Os interesses experienciais são relativos ao grau de satisfação que se tem na realização de determinadas coisas como, por exemplo, comer bem, desenvolver determinada atividade física, ouvir músicas, etc. Já os interesses críticos são aqueles que efetivamente possuem o máximo em atributos a fim de satisfazer uma pessoa; ignorá-los teria como resultado a piora da vida. Como exemplos desta categoria de interesses estariam o bom relacionamento familiar, o sucesso profissional e a interação social, dentre outros.

Por meio de exame dos interesses críticos de uma pessoa é que se pode entender a percepção que a mesma tem sobre como vivenciar a morte. É possível aceitar que determinada pessoa deseje continuar vivendo a despeito de grande sofrimento com o intuito de realizar algo que ainda não conseguiu. No mesmo sentido, também se mostra viável aceitar a opção de outros por não continuar sofrendo já que se sentem realizados com a vida que até então levaram ou por não quererem onerar em demasia os seus familiares. É a compreensão que cada um dá a respeito da própria vida que insere no rol de seus interesses fundamentais o fato de continuarem vivos. Dworkin ressalta, neste âmbito, que

O fato de estar ou não entre os interesses fundamentais de uma pessoa ter um final de vida de um jeito ou de outro depende de tantas outras coisas que lhe são essenciais – a forma e o caráter de sua vida, seu senso de integridade e seus interesses críticos – que não se pode esperar que uma decisão coletiva uniforme sirva a todos da mesma maneira. É assim que alegamos razões de beneficência e de autonomia em nome das quais o

¹⁷⁴ DWORKIN, 2009, p. 284.

Estado não deve impor uma concepção geral e única à guisa de lei soberana, mas deve, antes, estimular as pessoas a tomar as melhores providências possíveis tendo em vista o seu futuro.¹⁷⁵

E mais, Dworkin destaca que é possível sustentar que, para além da importância intrínseca da vida, também merece importância a percepção que cada indivíduo tem a respeito de seus interesses, da forma com que pauta sua vida dando maior ou menor relevo aos investimentos natural e humano.

Ao se dar primazia ao investimento natural, a morte prematura de alguém, que pode ser mantido vivo ferirá o valor sagrado da vida. Por outro viés, deve ser respondida a questão de se a manutenção da vida de um indivíduo deve ser perseguida por ser simplesmente boa ou porque respeita um valor incorporado por ele.¹⁷⁶

Nesta esteira, a questão central é se a sociedade optará entre ser coercitiva ou responsável ao permitir que os indivíduos formulem juízos próprios em relação às suas próprias vidas. Em outros termos, se dará predomínio ao caráter heteronômico da dignidade humana pautada em valores da sociedade em detrimento do exercício da autonomia da pessoa.

É certo que indivíduos conscientes, plenamente capazes, possuem o direito de autonomia, de decidir a respeito de como alcançar seus objetivos, de como viver, de buscar sua felicidade através da realização de planos de vida.

Nas circunstâncias de terminalidade da vida a autonomia da pessoa estará sempre em destaque. Nas circunstâncias em que a pessoa busca a limitação da sua vida toma corpo a questão sobre a compatibilidade de suas decisões a seus interesses fundamentais.

Ao tratar da autonomia, Dworkin destaca dois critérios pelos quais deve ser considerado seu objetivo: o comprobatório e a integridade. Por meio do primeiro, a autonomia deve ser respeitada mesmo quando as decisões tomadas possam parecer imprudentes, pois a decisão leva em conta aquilo que faz parte de seus interesses fundamentais. Por esta via, deve-se respeitar as decisões tomadas por cada sujeito já que inexistente alguém que saiba de seus próprios anseios e necessidades.

¹⁷⁵ DWORKIN, 2009, p. 301.

¹⁷⁶ DWORKIN, 2009, p. 302-305.

Pelo segundo critério, a integridade leva em conta a capacidade de se expressar o caráter individual, da personalidade de cada qual, da maneira com que cada ser humano leva a vida, seus valores, suas crenças, seus interesses críticos e experienciais, daquilo que o identifica.¹⁷⁷

Nesta concepção até mesmo indivíduos que tiveram sua possibilidade de manifestação de capacidade mitigada podem ter suas decisões acolhidas dependendo do grau de comprometimento. Melhor explicitando, somente indivíduos com severo comprometimento da sua possibilidade de manifestação da vontade não seriam respeitados em sua autonomia, naquelas decisões contrárias às concepções de autonomia comprobatória ou centrada na integridade.

Ao se confiar os cuidados de alguém a outra pessoa, um médico por exemplo, este terá o dever de primar suas ações respeitando o que Dworkin chamou de direito de beneficência, um direito a que corresponde uma obrigação de que o médico, no caso, atue de forma a resguardar os interesses fundamentais da pessoa que está sob seus cuidados.¹⁷⁸ Exemplo desta obrigação é atribuído aos profissionais da área de saúde que, enquanto responsáveis pelos seus pacientes, devem ter por objetivo seus interesses. Portanto, o direito de beneficência pressupõe o compromisso assumido por terceiro.

O direito à beneficência é distinto do direito de autonomia e por isso ambos podem entrar em choque. Nesta situação hipotética o direito à beneficência deve ser mitigado frente à análise do direito de autonomia pela sua concepção de integridade, principalmente levando-se em conta os interesses críticos que sobrepujam os interesses experienciais da pessoa. É no sentido estrito de que a pessoa não seja tratada com indignidade que Dworkin se reporta ao direito à dignidade, e confere a este direito o caráter de superioridade em face ao direito de beneficência que pressupõe sejam todos os recursos possíveis utilizados em prol do paciente.¹⁷⁹

A beneficência pode ser minorada em determinados casos como, *e. g.*, para os presos que tem limitados determinados interesses fundamentais; mas mesmo para eles não se pode negar a condição precípua de ser humano, o que lhes confere o direito à dignidade. Neste sentido, Dworkin alerta que:

¹⁷⁷ DWORKIN, 2009, p. 315-326.

¹⁷⁸ DWORKIN, 2009, p. 326.

¹⁷⁹ DWORKIN, 2009, p. 326-333.

O fato de entender que a dignidade significa reconhecer os interesses críticos, como coisa distinta de fomentar esses interesses, nos proporciona uma leitura útil do princípio kantiano segundo o qual as pessoas devem ser tratadas como fins, nunca simplesmente como meios. Assim compreendido, esse princípio não exige que as pessoas nunca sejam colocadas em desvantagem com o objetivo de oferecer vantagens a outras, mas sim que nunca sejam tratadas de maneira que se negue a evidente importância de suas vidas.¹⁸⁰

Assim, a dignidade, como valor intrínseco à vida, sustenta tanto a posição daqueles que acreditam no valor natural da vida quanto daqueles que preferem não se aproveitar de meios para manutenção artificial da vida, pois acreditam demonstrar mais respeito para com ela.

Daí ser possível que se entenda como agressão à dignidade pessoal as decisões tomadas por outros a respeito da morte. Contudo, a real apreciação da dignidade se dá na valorização da liberdade, opositora à coercitividade e em consonância de um sistema jurídico que proporcione a cada qual o direito a decisões individuais acerca da própria morte. Um estado que negue o direito de liberdade para dar azo à dignidade, por mais que permita escolhas menos significativas, é primariamente totalitário. Desta forma, somente uma constituição centrada em princípios é capaz de garantir estes direitos.¹⁸¹

A sociedade é composta por indivíduos que possuem as mais diversas convicções acerca da maneira de como viver e como morrer. Todas estas convicções são dignas de respeito e cada um deve viver e morrer de acordo com suas próprias convicções.

A complexidade da vida, incluída aqui a sua terminalidade, sua finitude, não pode ser objeto de indiferença por parte de ninguém. Os avanços tecnológicos que permeiam a medicina poderão vir a proporcionar novas situações a se amelharem com as já existentes e a criarem situações das mais diversas a desafiarem a importância das concepções natural e humana para a santidade da vida.

Na esteira de pensamento de Dworkin e de Perelman, podemos concluir que em conflito entre direito à vida e dignidade, o julgador deve considerar acima de tudo a autonomia da pessoa, zelando pela máxima efetividade dos direitos fundamentais. Contudo, não podemos nos distanciar da realidade e admitir que apenas a

¹⁸⁰ DWORKIN, 2009, p. 339.

¹⁸¹ DWORKIN, 2009, p. 340-343.

verificação da vontade da pessoa basta para conduzir o julgador a decidir de modo razoável.

Embora em uma valoração moral a autonomia certamente ganhe posição de destaque – o que não poderia ser diferente –, o juiz deve pautar seu julgamento também em outros critérios externos à vontade da pessoa para garantir que a sua efetivação não resulte em tolhimento indevido da vida enquanto digna.

De todo modo, que jamais se olvide do fato de que a dignidade humana, enquanto heteronomia, é um limite à vontade da pessoa que, em tese, só terá justificação para disposição da vida quando reconhecidamente se encontrar em situação de sofrimento.

5 A BIOÉTICA

Segundo Heloisa Helena Barbosa, resultante dos fenômenos da revolução que a biomedicina e a biotecnologia têm provocado, há constante processo normativo, orientado por princípios próprios e harmônicos ao ordenamento jurídico vigente, na construção de um microssistema, denominado Biodireito, através dos debates travados no âmbito da Bioética.¹⁸²

5.1 HISTÓRICO DA BIOÉTICA

Historicamente, as atrocidades realizadas pelos médicos nazistas durante a II Grande Guerra foram, para muitos, o marco que referendou as primeiras questões éticas envolvendo pesquisas com seres humanos. Aline Albuquerque, em seus comentários, assim destaca:

[...] embora não existisse o vocábulo “bioética”, o julgamento de médicos nazistas e os princípios dele decorrentes, estabelecendo parâmetros éticos para pesquisas envolvendo seres humanos, prenunciam o cerne da preocupação bioética sobre a eticidade do desenvolvimento científico e sua aplicação tecnológica, assim como acerca dos valores e julgamentos em torno da relação médico-paciente.¹⁸³

O julgamento desses médicos, sediado em Nuremberg no ano de 1947, por práticas abusivas em nome da Ciência, culminou com a formulação do Código de Nuremberg, que continha recomendações para a parametrização das pesquisas em seres humanos.

Os avanços tecnológicos do século XX também contribuíram para a gênese da bioética, pois propiciaram o desencadeamento de questões polêmicas acerca da implementação da saúde e serviços sanitários.

Um exemplo marcante de como o desenvolvimento na área de saúde se deu indiferentemente a preocupações de ordem ética, desafetado por uma preocupação ética, ocorreu em 1962, na cidade de Seattle – Washington. Em decorrência da instalação da novel máquina de hemodiálise, nas dependências do hospital, foi

¹⁸² BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do biodireito. In: BARBOSA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETO, Vicente de Paulo (Coord). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 51.

¹⁸³ OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. **Bioética e direitos humanos**. São Paulo: Edições Loyola, 2011. p. 17.

criado um comitê de leigos para determinar, sem quaisquer regulamentações, quais pacientes teriam ou não direito de utilizá-la, e, por vezes, o critério adotado era o da posição social que o doente ocupava.¹⁸⁴

Amostras de debate bioético incluem estudos clínicos como o realizado no Hospital Israelita de Doenças Crônicas, localizado em Nova York. Naquele local, em 1963, doentes idosos foram inoculados com células cancerosas vivas para se observar o desenvolvimento da doença e dos mecanismos humorais de defesa. Também, como o do Hospital de Willbrook que por vinte anos, entre 1950 e 1970, se utilizou de crianças com retardo de desenvolvimento mental para pesquisas. As mesmas foram contaminadas com o vírus da hepatite com o objetivo de desenvolvimento de vacinas.¹⁸⁵

Mas talvez o de maior relevo tenha sido o “Caso Tuskegee”: por meio de estudos iniciados em 1932 e secretos até sua divulgação, em 1972, o Serviço Público de Saúde dos Estados Unidos acompanhou a vida de 600 indivíduos negros, sendo 201 sãos e 399 portadores de sífilis, e que, a despeito de existir cura eficaz com auxílio de antibióticos, não receberam tratamento com o pretexto de se acompanhar a evolução natural da doença.¹⁸⁶

Por conta de experimentos clínicos como os referidos, bem como de suas possíveis repercussões, em 1964, a Associação Médica Mundial, resolve desenvolver e promulgar a Declaração de Helsinque, que determinava o respeito aos seres humanos e a defesa dos vulneráveis¹⁸⁷.

Henry Beecher, anestesiólogo e professor da Escola de Medicina de Harvard, publicou em 1966 um artigo intitulado *Ethics and Clinical Research*. Nele divulgava que 12 por cento dos artigos médicos publicados à época feriam preceitos éticos o que gerou a comoção, na comunidade científica, pela implementação de maior rigor quando do desenvolvimento de pesquisas¹⁸⁸.

¹⁸⁴ GOLDIN, José Roberto; FRANCISCONI, Carlos Fernando. **Os Comitês de Ética Hospitalar**. Disponível em <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/340/408>. Acesso em: 28 de ago. 2014.

¹⁸⁵ COSTA, Sérgio. **O desafio da ética em pesquisa e a bioética**. Disponível em: <<http://www.foar.unesp.br/comite/Modulo01.pdf>>. Acesso em: 26 de ago. 2014.

¹⁸⁶ GOLDIN. Acesso em: 28 de ago. 2014.

¹⁸⁷ GUILHEN, Dirce; DINIZ, Débora. **A ética em pesquisa no Brasil**. Disponível em <<http://www.livrariacultura.com.br/imagem/capitulo/9029447.pdf>>. Acesso em: 29 de ago. 2014.

¹⁸⁸ DINIZ, Débora; COSTA, Sérgio I. Ferreira. **A Conquista da História**. Disponível em <<http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa05%28vários%29roundpatrao.pdf>>. Acesso em 29 de ago. 2014.

Dois outros casos que ajudaram a acirrar o debate a respeito da bioética são bastante conhecidos foram: O primeiro se deu no entorno do transplante de coração, realizado na cidade do Cabo na África do Sul em 1967, com implicações de ordem ético-legal quanto às questões de transplantes de órgãos e morte; o segundo envolveu o nascimento de Louise Joy Brown, resultado da fertilização *in vitro* e conhecida como o primeiro bebe de proveta, ocorrido em 1978.¹⁸⁹

Como resposta às questões desveladas e aos anseios por regras aplicáveis em nível de pesquisa, principalmente quanto às verificadas no território estadunidense, foi criado em Belmont a “Comissão Nacional para Proteção dos Sujeitos Humanos, no âmbito Biomédico e Comportamental”. Composta por estudiosos de diferentes áreas, tinha o propósito de definir princípios de orientação clínica e pesquisa preservando o respeito aos envolvidos. O resultado proposto pela comissão foi divulgado em 1978, e restou conhecido como Relatório Belmont, o qual era pautado por três princípios basilares específicos: o do respeito à liberdade das pessoas, a beneficência e a justiça.¹⁹⁰

Tom L. Beauchamp e James F. Childress, em 1979, publicaram o livro “*Principles of Biomedical Ethics*” no qual incluíram um novo princípio aos já destacados pelo Relatório Belmont, o da não-maleficência. Surge, assim, a Bioética Principlista alicerçada sobre os princípios da autonomia (respeito à liberdade das pessoas), beneficência, não-maleficência e justiça; e cujas raízes filosóficas estão embasadas nas teorias utilitaristas, no modelo kantiano de autonomia e de justiça como equidade.¹⁹¹

5.2 PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA PRINCIPALISTA

5.2.1 Princípio da Beneficência

A beneficência possui como significado filosófico moral a noção de fazer o bem; mas para os filósofos que se aprofundaram no tema, a beneficência é

¹⁸⁹ VILLAS-BOAS, Maria Eliza. **Bioética e Direito: aspectos da interface. Desafios e perspectivas de um chamado Biodireito.** Disponível em: <<http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/91/a09.pdf>>. Acesso em: 29 de ago. 2014.

¹⁹⁰ VILLAS-BOAS. Acesso em: 29 ago. 2014.

¹⁹¹ FIGUEIREDO, Antonio Macena; FRANÇA, Genival Veloso. **Bioética: uma crítica ao principlismo.** Disponível em: <www.derechocambiosocial.com/revista017/bioética.htm>. Acesso em: 27 de ago. 2014.

manifestação da benevolência. Dentre estes filósofos, as figuras de Joseph Butler, Francis Hutcheson, David Hume e Jeremy Bentham podem ser destacadas. Segundo Kipper e Clotet¹⁹², as características da benevolência, para os filósofos citados, seriam: 1) a benevolência como uma disposição emotiva que tenta fazer bem aos outros; 2) a benevolência como uma qualidade boa do caráter das pessoas, uma virtude; 3) a benevolência como uma disposição para agir de forma correta; e, por fim, 4) de forma geral, todos os seres humanos normais a possuem (a benevolência).

Este princípio busca o “bem” do doente como resultado da cura ou da preservação da vida. Ligiera¹⁹³ adverte, contudo, ser possível confundir beneficência com obstinação terapêutica. Ligiera lembra, também, das lições de Marcos de Almeida, que assim descreve:

Quais os motivos pelos quais devemos tratar nossos semelhantes como agentes racionais, como fins em si próprios e não meramente como meios para um determinado fim? Muitas pessoas sustentam o contrário. Muitos afirmam que quando desejamos ajudar as pessoas, especialmente no contexto médico, somos obrigados a tratar nossos pacientes como meios, meios para sua própria recuperação, por exemplo. O modelo habitualmente oferecido é aquele da relação entre um pai e seu filho, o modelo do paternalismo benevolente.¹⁹⁴

Mercê disso, faz-se necessária a preocupação dos profissionais da saúde no sentido de ~~em~~ não aplicarem o princípio da beneficência de maneira absoluta, de modo a tolher a vontade e os desejos do paciente. Enfim, zelar para que os cuidados prestados não anulem o indivíduo a quem a prestação é dirigida.¹⁹⁵

5.2.2 Princípio da Não-Maleficência

A não-maleficência, entendida como princípio, é definida por Beauchamp e Childress como sendo a obrigação de não infringir danos intencionalmente, que, na prática médica, se relaciona com a máxima “primum non nocere”, cuja tradução

¹⁹² KIPPER, Délio José; CLOLET, Joaquim. Princípios da Beneficência e Não-maleficência. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriele; GARRAFA, Volnei (Coord). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 37-52.

¹⁹³ LIGIERA, Wilson Ricardo. **Os princípios da bioética e os limites da atuação médica**. Disponível em: < http://www.ligiera.com.br/artigos/principios_da_bioetica.pdf>. Acesso em: 26 de ago. 2014.

¹⁹⁴ LIGIERA. Acesso em: 26 de ago. 2014.

¹⁹⁵ KIPPER; CLOLET, 1998, p. 38.

pode ser assumida nos seguintes termos: em primeiro lugar não se deve causar danos ao paciente.¹⁹⁶

Registre-se, no entanto, que o Relatório Belmont não trazia insculpido o princípio da não-maleficência; internalizava-o no princípio da beneficência, mas coube a Beauchamp e Childress diferenciá-los em “não-maleficência ou a obrigação de não causar danos, e beneficência ou a obrigação de prevenir danos, retirar danos e promover o bem”, como ressaltado por Kipper e Clolet¹⁹⁷:

De todo modo, o princípio da não-maleficência não se confunde com o da beneficência, uma vez que o primeiro se trata de uma abstenção de atitude, enquanto o segundo constitui-se de uma obrigação, um dever de atuar. Também, se diferenciam um do outro pelo caráter abrangente da não-maleficência e do restrito da beneficência., que é aplicado com vistas ao doente.¹⁹⁸

Em face dos avanços tecnológicos, mormente ao que se refere à capacidade de manutenção da vida por meio de aparelhos, Figueiredo e França lembram que:

Com o desenvolvimento dos novos equipamentos de suporte e manutenção da vida biológica, surgiram dramáticas questões que desafiaram a aplicação absoluta ao princípio *primum non nocere*, especialmente, entre a decisão de rejeitar e interromper tratamentos de suporte de vida e, entre tratamentos comuns, e tratamentos extraordinários.¹⁹⁹

Logo, é preciso cautela, por parte do médico, para, mesmo no afã de atender ao princípio da beneficência, não se exceder na prescrição do tratamento, de modo a esbarrar na obstinação que afronta ao princípio da não-maleficência.

5.2.3 Princípio da Autonomia

Por muito tempo o atendimento ao paciente era pautado pela premissa insculpida no juramento hipocrático que assim determinava: “aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, (...)”. E nesta forma de agir ficava explícito o caráter paternalista da relação médico-paciente. Ocorre,

¹⁹⁶ LIGIERA. Acesso em: 26 de ago. 2014.

¹⁹⁷ KIPPER, CLOLET, 1998, p. 42.

¹⁹⁸ KIPPER; CLOLET, 1998. p. 43.

¹⁹⁹ FIGUEIREDO; FRANÇA. Acesso em: 27 de ago.2014.

todavia, que o princípio da autonomia não encontra guarida nos ensinamentos de Hipócrates.

O princípio da autonomia significa reconhecer que o indivíduo tem o direito de ter certos posicionamentos, de escolher e agir conforme valores e crenças pessoais mesmo que contrários aos ditames sociais e aos conceitos pessoais do profissional de saúde²⁰⁰.

Por outra esfera, o princípio da autonomia se funda na moral kantiana que reconhece o indivíduo como fim em si mesmo e veda a identificação do sujeito como meio para quaisquer demais propósitos.²⁰¹

O Relatório Belmont já trazia a incorporação de dois preceitos éticos relativos à autonomia. Por primeiro, que os agentes deveriam ser entendidos como seres autônomos e, por segundo, que deveriam receber proteção os agentes com autonomia diminuída. Neste contexto, resta percebido como ente autônomo aquele capaz de se determinar quanto aos seus objetivos pessoais e atuar conforme esta determinação²⁰².

O consentimento informado, também conhecido como consentimento livre e esclarecido, ou, ainda, consentimento pós-informação é decorrente deste princípio e visa corrigir as condutas paternalistas outrora empregadas na relação médico-paciente. Ele objetiva evitar a percepção equivocada de que o paciente, debilitado pelas suas condições e leigo nos assuntos relativos à própria doença, seria incapaz de decidir sobre as condutas a serem ou não aplicadas. Ainda, decorrente do consentimento informado, alguns entendem existir a recusa informada; negação de tratamento após a completa informação sobre a patologia.²⁰³

Todavia, a autonomia não deve ser entendida como um princípio absoluto, da forma como anteriormente já tratado. Muñoz e Fortes advertem que:

[...] seus limites devem ser dados pelo respeito à dignidade e à liberdade dos outros e da coletividade. A decisão ou ação de pessoa, mesmo que autônoma, que possa causar dano à outra(s) pessoa(s) ou à saúde pública poderá não ser validada eticamente.

²⁰⁰ MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriele; GARRAFA, Volnei (Coord). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 53-70.

²⁰¹ FIGUEIREDO; FRANÇA. Acesso em: 27 de ago.2014.

²⁰² LIGIERA. Acesso em: 26 de ago. 2014.

²⁰³ LIGIERA. Acesso em: 26 de ago. 2014.

Se a garantia do princípio da autonomia requer o respeito a padrões morais que não sejam convencionais, padrões que não são majoritários na sociedade, isto não significa a defesa de uma ética sem limites.²⁰⁴

Nesta esteira, resta observar como o princípio da autonomia pode ou não ser aplicado quando, após decisão, livre e consciente do paciente, sobrevier o evento morte.

5.2.4 Princípio da Justiça

O princípio de justiça aplicado ao princípalismo bioético é o que tem por base a teoria contratual de justiça de John Rawls.

Partindo dos ensinamentos de Kant, do imperativo categórico, Rawls defende uma teoria de justiça baseada na equidade. Busca a integralização das liberdades civis e políticas com direitos sociais, econômicos e culturais.²⁰⁵

A distribuição justa, equitativa e universal dos benefícios dos serviços de saúde são as regras norteadoras do princípio de justiça aplicado na bioética. Todavia, a aplicação prática parece difícil visto que os indivíduos se encontram em situações sociais e clínicas distintas.²⁰⁶

Como centro de toda preocupação na aplicação prática do princípio da justiça, encontra-se o acesso aos serviços de saúde, sejam estes públicos ou privados. A questão de maior relevância repousa na diferença entre direito à saúde e direito ao tratamento adequado.²⁰⁷

Trata-se, portanto, de uma justiça distributiva dando a cada qual o que é devido na medida de sua proporcionalidade e necessidade. Mas, em vários países, desenvolvidos ou não, a forma de aplicação das políticas públicas na área de saúde é mais próxima do caráter utilitarista do que ao equitativo no sentido rawlsiano, de modo que a controvérsia sobre a prevalência do tipo de princípio justiça dominante não se encontra bem definido.

²⁰⁴ MUÑOZ; FORTES, 1998, p. 60.

²⁰⁵ SIQUEIRA, José Eduardo. O Princípio da Justiça. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriele; GARRAFA, Volnei (Coord). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 71-80.

²⁰⁶ LIGIERA. Acesso em: 26 de ago. 2014.

²⁰⁷ FIGUEIREDO; FRANÇA. Acesso em: 27 de ago.2014.

5.3 MODELOS OU CORRENTES ATUAIS DE BIOÉTICA

Apesar de a Bioética Principlista ser a mais difundida, não é voz solitária como teoria de julgamento moral. Em decorrência da dificuldade de articulação e de aplicação prática dos princípios propostos por Beauchamp e Childress, outras correntes que buscam uma análise moral vêm encontrando espaço. Por exemplo, as correntes do contratualismo, das virtudes, do casuísmo, do feminismo, do personalismo, da libertação e da hermenêutica.²⁰⁸

A Bioética do Contratualismo é inspirada no contratualismo clássico de Hobbes, Locke e Rousseau. Encontra seu fundamento no contrato realizado pelos indivíduos que deduzem um consenso a partir de um acordo hipotético de vontades. A partir de uma posição original neutra, escolhem de maneira racional – trazendo a escol os ensinamentos de Kant – as regras a serem adotadas.²⁰⁹

Engelhardt, seguindo alguns pressupostos desta corrente polêmica, defende uma moralidade secular geral onde reconhece a pessoa somente quando na condição de agente moral que possui racionalidade moral; no sentido de o agente ser capaz de compreender as decisões envolvidas nas situações de caráter moral.

Os fetos, os bebês, os deficientes mentais e aqueles que se encontram em coma, sem possibilidade de recuperação, são humanos, mas não pessoas. São membros da espécie humana, mas não desfrutam, por si mesmos, uma posição na comunidade moral secular. Essas entidades não podem acusar nem elogiar, nem são dignas de acusação ou de elogio; não podem fazer promessas, entrar em contratos ou chegar a um acordo de beneficência. Não são participantes principais na realização moral secular. Só as pessoas têm essa condição.²¹⁰

Desta forma, para Engelhardt somente poderia ser considerado capaz aquele que detivesse autoconsciência, racionalidade, liberdade e sentido moral; e, neste contexto, alijando qualquer indivíduo que não detivesse capacidade racional para o exercício de autonomia.²¹¹

²⁰⁸ FIGUEIREDO; FRANÇA. Acesso em: 27 de ago.2014.

²⁰⁹ IMMIG, Cláudio Vicente. **Correntes da bioética frente às pessoas com deficiência**. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/teo/article/viewfile/8066/5705>>. Acesso em: 07 de set. 2014.

²¹⁰ ENGELHARDT, Hugo Tristram. Fundamentos da bioética. São Paulo: Loyola, 1998 *apud* IMMIG, Cláudio Vicente. **Correntes da bioética frente às pessoas com deficiência**. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/teo/article/viewfile/8066/5705>>. Acesso em: 07 de set. 2014.

²¹¹ ENGELHARDT *apud* IMMIG. Acesso em: 07 de set. 2014.

Por sua vez, a Bioética das Virtudes tem como base os preceitos de Aristóteles e Hipócrates. Tem como fundamento principal a beneficência e se coaduna de maneira ímpar com a ideia de ética médica ao elencar o bem do paciente como fim último da razão da medicina.²¹²

A Bioética Casuística não se fixa a princípios ou regras absolutas, analisa todos os casos particulares e a partir dessas experiências forma conceitos aplicáveis por analogia.

A Bioética Feminista surge em função das questões relativas ao papel social da mulher e notadamente ao que se refere à saúde feminina no tocante às tecnologias de reprodução humana e genéticas. Para Diniz e Guihem, apresentam as seguintes propostas:

(1) não a uma epistemologia “essencial” da certeza, mas sim a uma epistemologia compensatória da desigualdade; (2) não a uma ética feminina do cuidar, mas sim a uma ética do cuidar associada à ética do poder; (3) não a um ser humano abstrato, genérico e universal, mas sim a uma atenção às condições de vulnerabilidade; (4) não a uma visão superficial do conflito moral compromissada com a hegemonia do poder, mas sim a uma análise crítica das estruturas de poder presentes na sociedade e sua influência lesiva na escolha das pessoas, especialmente daquelas em situação de vulnerabilidade; (5) não à manutenção do status quo da disciplina, mas sim a uma prática ética e biomédica que contribua para o fim da desigualdade e da opressão; (6) não ao absolutismo, mas sim à adoção de um relativismo aberto de inspiração pluralista; (7) não à tolerância radical, mas sim ao reconhecimento do erro moral da opressão; (8) não ao liberalismo individualista ocidental, representado por uma autonomia sem limites, mas sim ao pluralismo moral como exercício da liberdade; (9) não ao indivíduo como referência de análise, mas sim ao indivíduo em sua rede de relações sociais; e, (10) não, definitivamente não, à acomodação teórica e instrumental da disciplina, mas sim a uma análise crítica dos pressupostos fundamentais e silenciosos da bioética.²¹³

A Bioética Personalista tem por escopo a dignidade intrínseca do indivíduo, não interessando a fase de desenvolvimento, sua condição física ou sua capacidade. Immig, ao fazer referência a Elio Sgreccia, um dos representantes desta corrente, descreve que o mesmo “ressalta a importância não apenas do exercício da escolha, a faculdade de escolher, mas também o contexto e o conjunto em que se insere a escolha”²¹⁴, considerando os meios e valores para atingir o fim.

²¹² FIGUEIREDO; FRANÇA. Acesso em: 27 de ago.2014.

²¹³ DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. **Feminismo, bioética e vulnerabilidade**. Disponível em: <<http://www.ieg.ufsc.br/admin/downloads/artigos/13112009-025757diniz.pdf>>. Acesso em: 07 de set. 2014.

²¹⁴ IMMIG. Acesso em: 07 de set. 2014.

Esta corrente, ontologicamente, entende que “pessoa” é corpo espiritualizado detentor de valores morais pelo que é e não pelas as escolhas do sujeito.

A Bioética da Libertação ou Libertária, por fim, é aquela que busca em bases antropológicas e filosóficas a primazia do princípio da alteridade²¹⁵; e a Bioética Hermenêutica, de sua parte, é aplicada conjuntamente à Bioética Casuística, analisando os pressupostos e resultados em conformidade com as realidades de cada sociedade e cultura.²¹⁶

Portanto, a própria Bioética comporta diferentes acepções e aproximações, o que significa dizer que o exame de uma mesma situação à luz de seus princípios e valores, consoante o modelo adotado, pode redundar em diferentes conclusões acerca da eticidade, ou não, do comportamento examinado.

5.4 MACRO E MICROBIOÉTICA

De todo modo, a bioética como um todo contempla, de maneira mais abrangente, o estudo da relação do homem com o meio ambiente, compreendendo os seres vivos – animais e vegetais – e a relação com o planeta, a influência sobre o clima, a geografia, a hidrografia. Também enfoca a saúde de determinados grupos de pessoas, a saúde pública, a saúde social. É neste contexto estendido, ligado aos aspectos relacionados à biotecnologia, que a bioética é chamada de Macrobioética.

De outro viés, vinculada aos problemas relacionados com a biomedicina, se encontra a Microbioética, que é a bioética aplicada aos problemas que têm por escopo o estudo das relações intersubjetivas dos profissionais da área da saúde. Mas não só, por igual das instituições ligadas às áreas da saúde e com os indivíduos com quem diretamente interagem, conforme a lição de Segre:

Menciona-se, atualmente, a Macrobioética, abordando matérias como a Ecologia, visando à preservação da espécie humana no planeta, ou a Medicina Sanitária, dirigida para a saúde de determinadas comunidades ou populações, e a Microbioética, voltada basicamente para o relacionamento entre os profissionais de saúde e os pacientes, e entre as instituições

²¹⁵ FIGUEIREDO, Antonio Macena; FRANÇA, Genival Veloso. **Bioética**: uma crítica ao principialismo. Disponível em: <www.derechocambiosocial.com/revista017/bioética.htm>. Acesso em: 27 de ago.2014.

²¹⁶ JUNGES, José Roque. **Bioética como casuística e como hermenêutica**. Disponível em:<<http://www.rbbioetica.com.br/submissao/index.php/RBB/article/viewFile/4/4>>. Acesso em 07 de set. 2014.

(governamentais ou privadas), os próprios pacientes, e, ainda, no interesse deles, destas com relação aos profissionais da saúde.²¹⁷

A Microbioética se ocupa dos assuntos nos quais se encontram os dilemas relativos à reprodução humana assistida, à terapia genética, ao uso de células tronco, ao transplante de órgãos, à eutanásia, dentre outros.²¹⁸

Ocorre que os avanços conferidos pela tecnologia, nestas últimas décadas, vêm proporcionando um quadro singular quanto à possibilidade de um maior enfrentamento das patologias, das enfermidades que acometem os indivíduos. Seja no caso de pacientes portadores de doenças crônicas, jovens ou idosos, seja no caso de doenças degenerativas ou pacientes vítimas de sequelas de traumatismos; é intrínseco à atividade profissional do médico promover as condições, dentro de suas limitações técnicas, instrumentais e morais, que proporcionem a cura ou a melhor qualidade de vida a seus pacientes e familiares.

Ressalte-se que a despeito de toda tecnologia, conhecimento e disposição despendidos pelo médico, pacientes e familiares, na guerra entre a vida e a morte, somente batalhas poderão ser consideradas vitoriosas, já que o fim último da vida se consoma com o inevitável e derradeiro suspiro da morte. Neste conflito entre a tentativa de manutenção da vida e a aceitação da morte, até como fato inerente à vida, repousam grandes dilemas bioéticos.

Apenas no enfoque aplicado à expectativa de vida, segundo José Eduardo de Siqueira²¹⁹, membro da Câmara Técnica sobre Terminalidade da Vida e Cuidados Paliativos do Conselho Federal de Medicina, somente 8,2% da população mundial era maior de 60 anos em 1950; este índice se elevou para 10% em 2000 e espera-se que seja de 21,1% em 2050. No caso do Brasil estes índices são ainda mais significativos, passando de 4,9% da população em 1950 para uma previsão de 23,6% em 2050.

Verificando-se os dados estatísticos – quanto à expectativa de vida futura e ainda o incremento populacional – percebe-se claramente que as doenças crônico-degenerativas e terminais serão motivos de grande interesse para os governos no

²¹⁷ SEGRE, Marco. Definição de bioética e sua relação com a ética, deontologia e diceologia. In: COHEN, Cláudio (orgs.). **Bioética**, 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Edusp, 2002, p. 27 a 33. p. 28

²¹⁸ SEGRE, 2002, p. 30.

²¹⁹ SIQUEIRA, José Eduardo de. Definindo e aceitando a terminalidade da vida. In: Moritz, Rachel Duarte (coord). **Conflitos Bioéticos do Viver e do Morrer**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2011. p. 16.

que tange às formas de aplicação de políticas públicas de saúde, uma vez que se pode esperar um maior número de internações e procedimentos terapêuticos.

Com a evolução da medicina e os avanços tecnológicos aplicados na área de saúde, é patente a possibilidade da manutenção da vida orgânica, mas inúmeras serão as questões éticas aplicadas aos casos em que não se possa promover a cura ou a manutenção da vida com qualidade. Os profissionais médicos cujo treinamento era pautado pela saúde passam a se defrontar com a problemática da doença em progressão.²²⁰

Na complexidade do tratamento de patologias crônico-degenerativas, que levam a estágios terminais, é pungente a participação dos profissionais da área da saúde que, não raramente, se encontram vencidos pelo sentimento de fracasso oriundo da ausência de alternativas terapêuticas a serem prescritas.

Nas circunstâncias entre a busca da cura para promoção da vida, da manutenção da vida com qualidade, da manutenção da vida independentemente da qualidade da mesma e da morte, é que os conflitos ético-morais, bioéticos, do paciente, familiares e dos profissionais da área de saúde são provocados.

5.5 CONCEITOS RELATIVOS À TERMINALIDADE DA VIDA

Não obstante os inúmeros conceitos aplicáveis aos padrões de terminalidade da vida, é necessária a referência aos mais usuais, mesmo que de forma superficial, para o entendimento das nuances a que estão submetidos os personagens envolvidos, notadamente em relação ao atendimento, ou não, dos princípios da Bioética.

Isto é, sem a exata compreensão dos termos porventura empregados numa ou noutra situação poder-se-á estar a misturar situações distintas, sujeitas a regime jurídico e ético diferenciado, ainda que culminantes no mesmo evento – a morte. Logo, mais do que nunca, separar o joio do trigo é providência necessária, mormente quando a eventual confusão pode redundar em nefastos e irremediáveis prejuízos. Por exemplo, aqueles decorrentes da ilegal prisão de um médico pela falsa compreensão de ter ele incidido em ilícito penal quando, a bem da verdade,

²²⁰ PINTO, Cristhiane da Silva. **Quando o tratamento oncológico pode ser fútil? Do ponto de vista da paliativista.** Revista Brasileira de Cancerologia 2008. Disponível em: <http://www.inca.gov.br/rbc/n_54/v04/pdf/393_396__Quando_o_Tratamento_Oncol%C3%B3gico_Pode_Ser_Futil_paliativista.pdf>. Acesso em 29 de set. 2014.

teria apenas evitado reavivar paciente em parada cardíaca, mas acometido de doença incurável.

A Organização Mundial da Saúde, em 1948, definiu a saúde como sendo um completo bem-estar físico, psíquico e social, não sendo apenas uma ausência de afecções ou enfermidades. Tal conceito, apropriado à sua época, peca pela sua ampla subjetividade. Merece críticas quanto ao caráter dicotômico das esferas biopsicossocial, bem como não alberga os fatores relativos à qualidade de vida dos indivíduos. Neste sentido crítico, Segre e Ferraz concluem que “saúde é um estado de razoável harmonia entre o sujeito e a sua própria realidade”²²¹.

A qualidade de vida pode ser conceituada tanto num aspecto mais abrangente quanto num aspecto restrito à saúde. No primeiro caso, a qualidade de vida é analisada sob o viés transcultural e internacional consoante o conceito proposto pela OMS de qualidade de vida assim compreendido: “*as individuals’ perception of their position in life in the context of the culture and value systems in which they live and in relation to their goals, expectations, standards and concerns*”²²², cuja tradução livre pode ser “a percepção do indivíduo sobre a sua posição na vida, no contexto da cultura e dos sistemas de valores nos quais ele vive, e em relação a seus objetivos, expectativas, padrões e preocupações”. Leva em consideração aspectos econômicos, culturais, psicológicos e físicos. Ainda neste sentido de qualidade de vida proposto pela OMS, os critérios incluem pessoas saudáveis, não se restringindo a amostragem de indivíduos portadores de alguma patologia.²²³

O conceito de qualidade de vida, mais restrito, se liga intimamente às atuações em saúde e doença. Observa-se neste âmbito a influência do estado de morbidade na qualidade de vida do indivíduo. O conceito de qualidade de vida é para, Guiteras & Bayés²²⁴, assim compreendido: “É a valoração subjetiva que o paciente faz de diferentes aspectos de sua vida, em relação ao seu estado de

²²¹ SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 31, n. 5, out. 1997, p. 538-542. p. 538.

²²² WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Measuring Quality of Life**. Disponível em: <http://www.who.int/mental_health/media/68.pdf>. Acesso em: 30 de set. 2014.

²²³ SEIDL, Eliane Maria Fleury; ZANNON, Célia Maria Lana da Costa. **Qualidade de vida e saúde: aspectos conceituais e metodológicos**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v20n2/27.pdf>>. Acesso em: 28 de set. 2014.

²²⁴ GUITERAS AF, BAYÉS R. Desarrollo de um instrumento para la medida de la calidad de vida en enfermedades crónicas. In: FORNS, Maria; ANGUERA, Maria Tereza, (Org.). **Aportaciones recientes a la evaluación psicológica**. Barcelona: Universitas; 1993. p. 175-195. p. 181.

saúde”. Alguns autores observam, ainda, que o conceito de qualidade de vida, no âmbito individual, por vezes é confundido com o conceito de estado de saúde. Estudos de meta-análise, realizados por Smith e Powers, dentre outros pesquisadores, acerca do banco de dados de validação dos testes de qualidade de vida da Organização Mundial da Saúde, demonstram que enquanto a qualidade de vida é afetada por escores de saúde mental, o estado de saúde é afetado pelas alterações físicas.²²⁵ Instrumentos de avaliação da qualidade de vida são utilizados para aferir a melhora ou piora dos mesmos levando-se em consideração os aspectos populacionais ou individuais. Para Campolina e Ciconelli, quanto à finalidade, a análise de qualidade de vida se presta à:

Na perspectiva populacional, os instrumentos de avaliação de qualidade de vida devem permitir a vigilância epidemiológica, a avaliação do efeito das políticas públicas e a alocação de recursos conforme às necessidades de saúde. Já da perspectiva individual, esses instrumentos devem potencializar a avaliação diagnóstica da natureza e da severidade das doenças, traçar prognósticos, avaliar a eficácia terapêutica e levantar fatores etiológicos.²²⁶

Relativamente à qualidade de vida, levada em conta no aspecto individual, Gavicagogeascoa²²⁷, presidente da Sociedade Andaluza de Bioética, ressalta o caráter relativo do parâmetro ao valorizar a melhora ou piora do estado de saúde do paciente.

Outro conceito a ser abordado é o de paciente terminal. A Organização Mundial de Saúde (OMS) define paciente terminal como sendo aquele que inexoravelmente evoluirá para a morte, independentemente do tratamento, em um prazo variável de até seis meses. Todavia, é um conceito aberto, como lembra Luciana Dadalto Penalva:

Não há, na ciência médica, um conceito único do que seja paciente terminal. Diz-se que paciente terminal é aquele cuja condição é irreversível, independente de ser tratado ou não, e que apresenta uma alta probabilidade de morrer num período relativamente curto de tempo. Ou,

²²⁵ SEIDL; ZANNON. Acesso em: 28 de set. 2014.

²²⁶ CAMPOLINA, Alessandro Gonçalves; CICONELLI, Rozana Mesquita. **Qualidade de vida e medidas de utilidade: parâmetros clínicos para as tomadas de decisão em saúde**. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/rpsp/v19n2/30312.pdf>>. Acesso em: 28 de set. 2014.

²²⁷ GAVICAGOGEASCOA, Mário Iceta. Futilidade Terapêutica. In: URBAN, Cícero de Andrade (coord). **Bioética clínica**. Rio de Janeiro. Editora Revinter, 2003. p. 514-515.

ainda, que é aquele que se torna irrecuperável e caminha para a morte, sem que se consiga reverter esse caminhar.²²⁸

Como possibilidade terapêutica aos pacientes terminais tem-se os cuidados paliativos, que são medidas aplicáveis para o combate, principalmente da dor e outros sintomas, bem como os distúrbios psicológicos e sociais, sem, contudo, se prestar ao combate efetivo da patologia em si. A OMS, em 2002, definiu os cuidados paliativos como sendo:

Tratamento paliativo é uma abordagem que melhora a qualidade de vida dos pacientes e seus familiares enfrentando problemas relacionados à doenças com risco de vida, através da prevenção e alívio do sofrimento por meio da identificação precoce e avaliação impecável e tratamento da dor e outros problemas físicos, psicossociais e espirituais.²²⁹

É, portanto, uma abordagem que visa melhorar a qualidade de vida dos doentes e seus familiares frente aos problemas associados à doença incurável, através da prevenção e alívio do sofrimento pela identificação precoce e tratamento da dor e outros distúrbios não só físicos, como a dor, mas também psicossociais e espirituais. Percebe-se que os cuidados paliativos, como propostos pela OMS, não se restringem ao bem-estar do paciente, incluindo nesta esfera de cuidados à família.

Santos²³⁰ ressalta que nos ambientes hospitalares, notadamente nas Unidades de Terapia Intensiva, os médicos combatem as doenças e têm como foco principal vencer a patologia e evitar o desfecho letal. Com esta conduta, não raras são as vezes em que se dicotomiza entre a prioridade da enfermidade e o enfermo. Deixa-se de identificar o enfermo como indivíduo ao prestar-lhe, pela obstinação terapêutica, um tratamento fútil. Ao promover o tratamento, esquece-se do cuidar.

²²⁸ PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/515/516>. Acesso em 25 de set. 2014.

²²⁹ Tradução livre de "Palliative care is an approach that improves the quality of life of patients and their families facing the problem associated with life-threatening illness, through the prevention and relief of suffering by means of early identification and impeccable assessment and treatment of pain and other problems, physical, psychosocial and spiritual". WORLD HEALTH ORGANIZATION. **National cancer control programmers: policies and managerial guidelines**. Disponível em: <http://www.searo.who.int/LinkFiles/Publications_National_Cancer_Control_Programmes.pdf>. Acesso em: 25 de dez. 2014.

²³⁰ SANTOS, Otávio Marambaia dos. **Sofrimento e dor em cuidados paliativos: reflexos éticas**. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/671/703>. Acesso em 26 de dez. 2014.

Obstinação terapêutica ou tratamento fútil são as medidas que não se prestam para a cura ou melhora efetiva da doença. Podem, ainda, prolongar a dor e a morbidade do paciente prolongando a vida de maneira desnecessária. Na lição de Gavicagogeascoa, futilidade terapêutica é o ato médico:

“[...] cuja aplicação está desaconselhada em um caso concreto, porque não é clinicamente eficaz (comprovado estatisticamente), não melhora o prognóstico, sintomas ou enfermidades associadas, ou porque produziria previsivelmente efeitos prejudiciais, desproporcionais ao benefício esperado para o paciente ou para suas condições familiares, econômicas e sociais”.²³¹

Somente no caso concreto é possível, através de análise criteriosa dos riscos e benefícios decorrentes da terapêutica a ser instituída, se afirmar ou infirmar a futilidade dos meios terapêuticos a serem empregados. Para isto, devem ser considerados os fatores de eficiência do tratamento pela comprovação estatística do mesmo, a proporcionalidade entre o benefício e os seus efeitos prejudiciais, e o encargo familiar, social e econômico que será produzido.

Intimamente ligado ao conceito de tratamento fútil se encontra o da distanásia.

Distanásia, cuja origem grega se revela pelo prefixo *dis* que quer dizer afastamento e pelo sufixo *thanatos* de morte, tem como significado morte lenta com grande sofrimento. Para Léo Pessini, “trata-se da atitude médica que, visando salvar a vida do paciente terminal, submete-o a grande sofrimento”²³². Há, neste caso, ênfase na quantidade de vida a ser proporcionada para o indivíduo, sendo utilizados todos os meios que a tecnologia e a medicina disponham a combater a morte. Outros interesses, além da relação médico-paciente, podem permear as condutas quando da exacerbada medicalização da morte; interesses econômico-comerciais de hospitais, na ocupação de leitos de unidades de tratamento intensivo, e empresas de medicamentos. João Batista Santos Garcia, presidente da Sociedade Brasileira para o estudo da dor, alerta que:

A distanásia parece ter livre fluxo pelos nossos hospitais e passa despercebida. Trata-se, na verdade, de um tratamento inútil, cultivado em

²³¹ GAVICAGOGEASCOA, 2003, p. 516.

²³² PESSINI, Léo. **Distanásia**: até quando investir sem agredir?. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/394/357>. Acesso em: 17 de ago. 2014.

uma sociedade ocidental que valoriza a salvação da vida a qualquer preço, submete pacientes a terapias que, em suma, não prolongam a vida, mas o processo de morte. A cura é impossível, o benefício esperado é ínfimo, o efeito é nocivo. É a obstinação terapêutica ou a futilidade médica.²³³

Quanto ao aspecto do manuseio das práticas curativas, Leonard M. Martin²³⁴ bem salienta que a distanásia é o resultado da transição da medicina como estado de arte para o estado técnico-científico; preocupando-se mais com a cura que com o cuidar do paciente.

Em direta contraposição à distanásia, encontra-se a ortotanásia, que etimologicamente quer dizer morte correta; do grego *orto* reto e *thanatos* morte. É o desfecho derradeiro da vida, sem a interferência desproporcional nos meios empregados para a cura ou a sobrevida, do paciente. A ortotanásia tem estreita ligação com os cuidados paliativos, aliviando os sintomas dolorosos e preocupando-se, de forma humanizada, do cuidar. A ação determinada pela ortotanásia é caracterizada por uma conduta restritiva do médico, cuja finalidade é evitar que se estenda o sofrimento físico. Ao descrever condutas restritivas Villas-Bôas, assim se posiciona:

As condutas médicas restritivas são lastradas em critérios médico-científicos de indicação ou não-indicação de uma medida, conforme a sua utilidade para o paciente, optando-se conscienciosamente pela abstenção, quando já não exerce a função que deveria exercer, servindo somente para prolongar artificialmente, sem melhorar a existência terminal.²³⁵

A ortotanásia, portanto, exsurge para confutar a distanásia opondo-se à manutenção artificial da vida e permitindo que a morte ocorra da maneira mais natural possível.

Um maior grau de problematização é encontrado na análise da eutanásia. Derivada dos vocábulos gregos, do prefixo *eu*, significando bem ou verdadeiro, e do sufixo *thanatos*, morte. A eutanásia como conduta, apesar de ter por fulcro central a qualidade da vida em sua fase final, tem como resultado a antecipação da morte,

²³³ GARCIA, João Batista Santos. **Eutanásia, distanásia ou ortotanásia?**. Disponível em: <http://www.dor.org.br/revistador/Dor/2011/volume_12/n%C3%BAmero_1/pdf/volume_12_n_1_editoria_s.pdf>. Acesso em: 20 de set. 2014.

²³⁴ MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. In: In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriele; GARRAFA, Volnei (Coord). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 171-192.

²³⁵ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro**. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/56/59>. Acesso em: 20 de set. 2014.

preocupando-se em abolir todo e qualquer sofrimento. A morte como resultado da conduta é a característica marcante da eutanásia e é a que a diferencia de forma substancial da ortotanásia. Enquanto na primeira a morte ocorre de forma antecipada, na última a morte ocorre a seu tempo sem antecipação (como na eutanásia) ou postergação (como na distanásia).

De acordo com a conduta praticada pelo agente em face da eutanásia a mesma é classificada em eutanásia ativa ou passiva. Na eutanásia ativa tem-se uma conduta comissiva, um ato positivo, que culmina com o advento morte; enquanto que o mesmo resultado, na eutanásia passiva é atingido através de uma atitude negativa, um não fazer, uma conduta omissiva. A eutanásia passiva, não raras vezes, é confundida com ortotanásia, mas enquanto o objetivo daquela é abreviar a morte o desta é respeitar o decurso natural da vida.

Em relação à intenção do agente, a eutanásia pode ser dita como direta ou indireta (de duplo efeito). Na eutanásia direta o resultado morte é totalmente previsto. É o que ocorre, por exemplo, no caso do agente administrar dose letal ao paciente. Quando, por outro lado, o resultado morte não é o primariamente pretendido, mas advém de maneira colateral, de conduta a minorar o sofrimento; estamos frente à eutanásia indireta ou de duplo efeito. Por exemplo, ao se administrar medicamento para alívio de dor é alcançada a dose letal. Villas-Bôas²³⁶ sugere como exemplo de intenção do agente os seguintes pensamentos: “é preciso promover a morte do doente para tirar-lhe a dor” na eutanásia direta e na eutanásia indireta ou de duplo efeito: “é preciso tirar a dor do paciente, ainda que isso aumente seu risco de morte nesse momento”.

A eutanásia pode, também, ser classificada quanto à vontade do paciente em voluntária e involuntária. No primeiro caso sendo necessária a manifestação de vontade do paciente enquanto no segundo a mesma não se faz presente. Ainda, quanto à finalidade do agente a eutanásia pode ser classificada como libertadora; piedosa e eugênica, como explicitado por D’Urso.

Na forma libertadora, o enfermo incurável pede que se lhe abrevie a dolorosa agonia, com uma morte calma, indolor. Já na forma piedosa, o moribundo encontra-se inconsciente e tratando-se de caso terminal que provoca sofrimento agudo, proporcionando horríveis espetáculos, de agonia, seu médico ou seu familiar, movido por piedade, o liberta, provocando a antecipação de sua hora fatal.

²³⁶ VILLAS-BÔAS. Acesso em: 20 de set. 2014.

Quanto à forma eugênica, trata-se da eliminação daqueles seres apsiíquicos e sociais absolutos, disgenéticos, monstros de nascimento, idiotas graves, loucos incuráveis e outros.²³⁷

Em qualquer de suas modalidades é fundamental a observação de que a morte sobrevém de maneira antecipada, dissonante ao processo natural esperado em termos de cronologia.

Próximo da eutanásia se encontra o suicídio assistido. Embora sejam conceitos muito semelhantes, eles se diferem na exata medida em que, na eutanásia, o médico age ou se omite e, dessa conduta comissiva ou omissiva, resulta diretamente a morte da pessoa. No suicídio assistido a morte não dependerá necessariamente de ato próprio de terceiro, sendo consequência de uma ação do próprio paciente, que pode ter sido orientado, auxiliado ou apenas observado pelo terceiro.²³⁸

No suicídio assistido, pois, a pessoa é apenas assistida para a morte, mas todos os atos que acelerarão sua morte serão por ela realizados. Pode-se aqui imaginar uma pessoa que não tenha independência locomotora suficiente para praticar suicídio, requisitando auxílio de uma terceira pessoa para que lhe possibilite meios para esse desiderato.²³⁹

Tanto na eutanásia voluntária quanto no suicídio assistido a vontade do paciente deve ser observada, devendo o evento morte se dar sempre em decorrência de um ato volitivo do paciente.

A mistanásia, por outro lado, deve ser compreendida como sendo a morte miserável, fora e antes da hora de alguém vitimado pela maldade social ou pela má práxis médica. Também é chamada de eutanásia social, mas de maneira imprópria, pois etimologicamente o termo grego *eu* de bom não se coaduna as características da mistanásia.

Pode ser classificada como mistanásia ativa quando é relativa à desconsideração da condição humana da pessoa, da utilização de seres humanos como cobaias ou do extermínio de indivíduos indesejáveis, como ocorrido com os

²³⁷ D'URSO, Luiz Flávio Borges. **A eutanásia no direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2005/81/>. Acesso em: 20 de set. 2014.

²³⁸ RIBEIRO, Diaulas Costa. Viver bem não é viver muito. **Revista jurídica consulex**. N. 29, ano III, v.1, maio de 1999.

²³⁹ DINIZ, Debora. Quando a morte é um ato de cuidado. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 299.

judeus na segunda grande guerra. Mistanásia passiva é compreendida como aquela decorrente da inacessibilidade a tratamentos médicos apropriados, da precariedade dos serviços postos, neste contexto explicitado pela exclusão social de parte da população como os idosos, das pessoas de baixa renda. Também será passiva quando o indivíduo é vítima da má prática médica decorrente de negligência, imperícia ou imprudência.²⁴⁰

Enfim, compreendidas as distinguidas situações de prolongamento (necessário, ético ou proscrito) da vida ou mesmo de sua terminalidade, tanto a partir dos conceitos como da sua implicação Bioética, e dos princípios que a informam (conforme a feição adotada), é possível examinar – e criticar – o direito como positivado na atualidade.

²⁴⁰ VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Mistanásia - um novo instituto para um problema milenar**. Disponível em: < <http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao7/Mistan%C3%A1sia%20-%20porfirio.pdf>>. Acesso em 23 de set. 2014.

6 A EXPERIÊNCIA LEGISLATIVA DO RESPEITO À DIGNIDADE DE PACIENTES TERMINAIS

Para fins deste estudo, tanto o direito à vida como o direito à dignidade da pessoa humana foram esmiuçados com vistas a examinar o direito vigente acerca do comportamento de médicos (e de terceiros) entendido como lícito no que tange aos pacientes terminais. Melhor dizendo, acerca dos limites da atuação entendida legítima – e não apenas legal – referentemente àqueles que não mais contam com razoável expectativa de vida, portanto superior a seis meses, por questões de doença.

Mas não só. Também se buscou, nos ensinamentos de Perelman e Dworkin, argumentos entendidos suficientes para enfrentar, e superar, eventuais problemas quando em discussão *hard cases*. Ou seja, naqueles em que o direito à vida encontra-se em rota de colisão com o direito à dignidade da pessoa humana (de ter e manter a vida como digna), mormente quando o direito positivado oferece soluções genéricas, mas que não atendem à justiça reclamada num ou noutro caso concreto. É nesse sentido que se passa ao exame dos textos legais, alienígenas e mesmo do Brasil.

Vários estados, sensíveis à vontade dos pacientes terminais, apresentam disposições normativas a respeito da conduta a ser admitida por aqueles que concorrem para assegurar o direito de autonomia dessas pessoas, seja para a manutenção, suspensão ou interrupção de seus tratamentos, com fulcro na dignidade da pessoa humana.

Apesar de este estudo estar especialmente voltado ao exame do conflito dos direitos fundamentais dos brasileiros à vida e dignidade humana, mostra-se útil uma breve verificação das experiências jurídicas de outros países que admitem a eutanásia e o suicídio assistido. E isto por uma importante razão, qual seja ilustrar o grau de autonomia atribuído à pessoa no exercício de sua dignidade.

6.1 A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

Nas regiões do norte da Austrália vigorou, entre julho de 1996 e março de 1997, a Lei dos Direitos dos Pacientes Terminais que autorizava a prática de eutanásia ativa. Por apenas quatro votos a lei foi revogada apesar de contar com o

apoio de 74% da população. Autorizava ela o procedimento desde que preenchidos determinados critérios. Dentre os critérios adotados na lei não mais vigente, destacam-se: idade mínima de 18 anos; doença que no curso normal e sem medidas extraordinárias acarrete a morte; ausência de qualquer medida que possibilite a cura; enfermidade que produza muita dor e sofrimento; presença de expressão formal da vontade de terminar com a vida; e paciente consciente e capaz de tomar decisão livre e voluntária, dentre outras.²⁴¹

Por sua vez, a Holanda legalizou a prática de eutanásia através de lei aprovada em 10 de abril de 2001, e entrando em vigor em 2002, a partir das discussões sobre o assunto versam desde a década de 1970 tendo como marco inicial o caso Postma.²⁴² Decorrente da série de casos que pautaram a jurisprudência da Holanda, esta lei similarmente estabelece parâmetros bem definidos para autorizar a prática de antecipação da morte, quais sejam: a) paciente acometido de doença incurável acompanhada de sintomas dolorosos insuportáveis; b) solicitação voluntária para morrer; e c) opinião (favorável) de um segundo médico. Por meio desta lei é admitida a possibilidade de eutanásia desde os 12 anos de idade, desde que, entre os 12 e os 16 anos, o procedimento seja acompanhado de autorização dos pais.²⁴³

No mesmo ano de 2002 entrou em vigor a lei belga. A Bélgica promulgou a lei acerca da eutanásia como resultado de amplo debate sobre sua necessidade e adequação. Naquele país, somente pode ser aplicada a indivíduos maiores de 18 anos, mas caso a pessoa não possua os recursos financeiros necessários à efetivação da conduta pretendida, é o Estado quem os garante. Admite, ainda, a possibilidade de eutanásia mesmo no caso de pacientes que não se encontrem em estado terminal.²⁴⁴

Diferentemente, os Estados Unidos da América não admitem a eutanásia, mas reconhecem a possibilidade de interrupção de tratamento e o suicídio assistido como resultado jurisprudencial da discussão de casos como o de Nancy Cruzan e Terri Schiavo.

²⁴¹ GOLDIN, José Roberto. **Eutanásia** – Austrália. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanaus.htm>>. Acesso em: 10 de fev. 2015.

²⁴² GOLDIN, José Roberto. **Eutanásia** – Holanda. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanol.htm>>. Acesso em: 10 de fev. 2015.

²⁴³ SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 153.

²⁴⁴ GOLDIN, José Roberto. **Eutanásia** – Bélgica. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutabel.htm>>. Acesso em: 10 de fev. 2015.

Nancy Cruzan, com 25 anos de idade em 1983, sofreu um acidente automobilístico evoluindo para um estado vegetativo. Com o argumento de ter expressado sua vontade em não ter sua vida prolongada por meios artificiais e após longo processo judicial por 07 anos, sua família obteve o direito de suspender o tratamento que culminou com a sua morte em 1990.

Naquele mesmo ano de 1990, Terri Schiavo, com 41 anos à época, sofreu uma parada respiratória associada a um quadro de anoxemia culminando em lesão cerebral grave e num quadro de vida vegetativa, mantida através de sonda para alimentação e hidratação. Em função da discordância entre seu marido e familiares, acerca da manutenção da sonda que a alimentava, ocorreu grande embate judicial envolvendo mais de 40 juízes e a Suprema Corte dos Estados Unidos. As relações extrapolaram o campo do judiciário e acabaram por envolver o legislativo, representado pela Câmara Legislativa da Flórida, Câmara de Deputados e Senado, bem como o poder executivo, nas pessoas do Governador da Flórida e o Presidente George Bush. Em decorrência do processo judicial e político, a sonda que sustentava a vida de Terri foi colocada e retirada por três vezes; o marido sustentando que Terri havia expressado sua vontade em um sentido e os familiares sustentando em sentido contrário. Somente em 19 de março de 2005 a sonda foi retirada em definitivo e Terri veio a falecer em 31 de março do mesmo ano, após 15 anos de batalha jurídico-política que transferiu a decisão de caráter privado para a esfera pública.²⁴⁵

Antes, contudo, em dezembro de 1991 entrou em vigor a lei federal que trata da autodeterminação dos pacientes, o “*The Patient Self-Determination Act (PSDA)*”; aplicada às relações médicas. Este documento autoriza que os pacientes expressem suas opções e objeções acerca dos tratamentos propostos, bem como a conduta a ser adotada numa ausência de capacidade superveniente. Naquele mesmo ano, o juiz do 9º Tribunal de Apelação de Los Angeles, Califórnia, declarou estar garantido, segundo a Constituição Americana, o direito ao suicídio assistido a todo paciente terminal.²⁴⁶

A Espanha, por sua vez, discute a eutanásia desde a década de 1920, mas até o momento não a reconhece, como também não reconhece o suicídio assistido.

²⁴⁵ GOLDIN, José Roberto. **Eutanásia** - Caso Terri Schiavo Retirada de Tratamento. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/terri.htm>>. Acesso em: 10 de fev. 2015.

²⁴⁶ GOLDIN, José Roberto. **Eutanásia** – Estados Unidos. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutancel.htm>>. Acesso em: 10 de fev. 2015.

Todavia, em março de 2010 foi editada, na região da Andaluzia, a primeira lei a versar sobre o direito de morrer do paciente terminal. Em 2011, na província de Aragão, nos moldes do texto andaluz, foi editada a Lei 10/2011, que versa acerca dos direitos e garantias da dignidade da pessoa em processo de morrer e da morte. Já, em seu preâmbulo, a referida lei assenta que:

Esta lei não prevê a regulamentação da "eutanásia". Por outro lado, a recusa de tratamento, a limitação de medidas de suporte vital e a sedação paliativa não devem ser classificadas como ações de eutanásia. Estas ações nunca visam deliberadamente a morte, mas aliviar ou prevenir o sofrimento, respeitar a autonomia do paciente e humanizar o processo de morrer e da morte. Aceitar o direito dos doentes a rejeitar uma intervenção de saúde particular é uma mostra de respeito à autonomia da pessoa, à liberdade de cada um para gerir a sua própria biografia assumindo as consequências das decisões que toma.²⁴⁷

Com a premissa de auxiliar o intérprete na aplicação da norma, tornando o texto legislativo o mais claro possível, a lei traz em seu artigo 5º uma série de definições, as quais merecem atenção:

Artigo 5. Definições .

Para os fins desta Lei, se entende por:

- a) Adequação das medidas terapêuticas: a retirada ou a não introdução de uma medida de suporte de vida ou de qualquer outra intervenção que, dado o mau prognóstico do paciente em termos de quantidade e qualidade de vida futura constitui, no juízo dos profissionais de saúde envolvidos, algo inútil, que só serve para prolongar o tempo de uma situação clínica desprovida de expectativas razoáveis de melhoria.
- b) Qualidade de vida: a satisfação individual das condições objetivas de vida de uma pessoa a partir de seus valores de vida.
- c) Consentimento informado: aquiescência livre, voluntária e consciente de um paciente, manifestada em pleno gozo de suas faculdades depois de receber e compreender adequadamente informações, para que seja possível uma atuação que afeta sua saúde.
- d) Os cuidados paliativos: abordagem que melhora a qualidade de vida dos pacientes e famílias que enfrentam os problemas associados com doenças que ameaçam a vida, através da prevenção e alívio do sofrimento por meio de identificação precoce e avaliação impecável e tratamento da dor e outros problemas físicos, psicossociais e espirituais.

²⁴⁷ Tradução livre de “*La presente Ley no contempla la regulación de la «eutanasia». Por el contrario, el rechazo de tratamiento, la limitación de medidas de soporte vital y la sedación paliativa no deben ser calificadas como acciones de eutanasia. Dichas actuaciones nunca buscan deliberadamente la muerte, sino aliviar o evitar el sufrimiento, respetar la autonomía del paciente y humanizar el proceso de morir y de la muerte. Aceptar el derecho de las personas enfermas a rechazar una determinada intervención sanitaria no es sino mostrar un exquisito respeto a la autonomía personal, a la libertad de cada uno para gestionar su propia biografía asumiendo las consecuencias de las decisiones que toma*”. ARAGÓN. LEY 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona em el proceso de morir y de la muerte. **Boletín Oficial de Aragón**, Zaragoza, 07 de abr. 2011. Disponível em: <bases.cortesaragon.es/bases/leyes.nsf/(LeyID)/AA3F31731B46A61FC125786B002C3F91/\$File/Ley 10-2011.pdf?OpenElement>. Acesso em: 15 de fev. 2015.

- e) Declaração de vontades: declaração por escrito, feita para ser incorporada no Registro de Vontades Antecipadas, por uma pessoa capaz que, consciente e livremente expressa opções e instruções a serem observadas nos cuidados de saúde que recebe em caso de conflito de circunstâncias clínicas em que ele não pode pessoalmente expressar sua vontade.
- f) História de valores: conjunto de documentos que contenham valores vitais de uma pessoa que dão sentido a decisões futuras em relação aos cuidados de saúde recebidos e sobre o destino do corpo ou órgãos e tecidos e outras provisões para depois da morte.
- g) A intervenção no campo da saúde: todas as ações realizadas com fins preventivos, diagnóstico, terapêutico, de reabilitação ou as pesquisas.
- h) Médico ou médica responsável: profissional que é responsável por coordenar as informações e cuidados de saúde do paciente ou usuário, com o caráter de principal interlocutor em todos os assuntos relacionados à sua assistência e informações durante o processo de cuidado, sem prejuízo das obrigações dos outros profissionais envolvidos no processo de cuidados.
- i) Medição de suporte de vida: intervenção de saúde para manter os sinais vitais de um paciente, independentemente se dita intervenção terapêutica atue na doença de base ou processo biológico que ameaça sua vida.
- j) A obstinação terapêutica: iniciar ou manter suporte de vida ou outras intervenções sem utilidade clínica a uma pessoa que está em estado terminal de agonia ou situação ou acometida de doença grave e irreversível, que apenas prolongam a sua vida biológica, sem qualquer possibilidade real de melhoria ou recuperação devendo, portanto, ser reduzida.
- k) Pessoas em processo de morrer e morte: as pessoas que sofrem de grave, irreversível e fatal prognóstico da doença, que estão em situação terminal ou agonizante.
- l) O planejamento prévio das decisões de saúde acerca do processo de morrer e da morte: os processos de reflexão e de comunicação entre os profissionais, pacientes e familiares, para ajudar a melhorar as decisões de qualidade morais uma pessoa durante os processos de morrer e da morte, que serve, entre outros critérios, o documento de vontades antecipadas ou qualquer outra parte de seus valores históricos.
- m) Representante: pessoa maior de idade e capaz em consente em nome de outra, tendo sido nomeado para esse papel mediante declaração antecipada de vontade ou, ausente esta, seguindo as disposições legais aplicáveis à matéria.
- n) A sedação paliativa: a administração da droga em dosagens e combinações necessárias para reduzir a consciência de um paciente em situação terminal ou de agonia, ou acometidos de uma enfermidade grave e irreversível para aliviar adequadamente o seu sofrimento ou um ou mais sintomas refratários, mediante consentimento informado nos termos estabelecidos por lei.
- ñ) Sintoma ou sofrimento refratário: aquele que não responde ao tratamento adequado e precisa, para ser aliviado, reduzir a consciência do paciente.
- o) Situação de agonia: fase gradual que precede a morte, e que esta se manifesta clinicamente por deficiência física severa, extrema fraqueza, distúrbios cognitivos e de consciência, dificuldade nos relacionamentos e ingestão, e prognóstico de alguns dias.
- p) Estado de incapacidade de fato: situação em que as pessoas não têm entendimento e suficiente para governar a sua vida para si próprios de forma autônoma, sem que seja necessária decisão judicial de incapacidade.
- q) Situação terminal: presença de doença avançada, incurável e progressiva, sem chance razoável de resposta ao tratamento específico, com uma previsão de vida útil limitada e que podem atender sintomas intensos e mutáveis que exigem assistência paliativa específica.
- r) Os valores vitais: conjunto de valores e crenças de uma pessoa que dão sentido ao seu projeto de vida e de apoio as suas decisões e preferências nos processos de doença e morte.²⁴⁸

²⁴⁸ Tradução livre de “Artículo 5.— Definiciones.

A los efectos de la presente Ley, se entiende por:

a) Adecuación de las medidas terapéuticas: retirada o no instauración de una medida de soporte vital o de cualquier otra intervención que, dado el mal pronóstico del paciente en términos de cantidad y calidad de vida futuras, constituye, a juicio de los profesionales sanitarios implicados, algo fútil, que solo contribuye a prolongar en el tiempo una situación clínica carente de expectativas razonables de mejoría.

-
- b) *Calidad de vida: satisfacción individual de las condiciones objetivas de vida de una persona desde sus valores vitales.*
- c) *Consentimiento informado: conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir y comprender la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.*
- d) *Cuidados paliativos: enfoque que mejora la calidad de vida de pacientes y familiares que se enfrentan a los problemas relacionados con enfermedades amenazantes para la vida, a través de la prevención y alivio del sufrimiento, por medio de la identificación temprana y la impecable evaluación y tratamiento del dolor y otros problemas físicos, psicosociales y espirituales.*
- e) *Declaración de voluntades anticipadas: manifestación escrita, hecha para ser incorporada al Registro de Voluntades Anticipadas, por una persona capaz que, consciente y libremente, expresa las opciones e instrucciones que deben respetarse en la atención sanitaria que reciba en el caso de que concurren circunstancias clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad.*
- f) *Historia de valores: conjunto de documentos que recogen los valores vitales de una persona que dan significado a las decisiones futuras respecto a la atención sanitaria a recibir y respecto al destino del cuerpo o sus órganos y tejidos y a otras disposiciones para después de morir.*
- g) *Intervención en el ámbito de la sanidad: toda actuación realizada con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación.*
- h) *Médico o médica responsable: profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales.*
- i) *Medida de soporte vital: intervención sanitaria destinada a mantener las constantes vitales de un paciente, independientemente de que dicha intervención actúe o no terapéuticamente sobre la enfermedad de base o el proceso biológico que amenaza su vida.*
- j) *Obstinación terapéutica: situación en la que a una persona, que se encuentra en situación terminal o de agonía, o afecta de una enfermedad grave e irreversible, se le inician o mantienen medidas de soporte vital u otras intervenciones carentes de utilidad clínica, que únicamente prolongan su vida biológica, sin posibilidades reales de mejora o recuperación, siendo, en consecuencia, susceptibles de limitación.*
- k) *Personas en proceso de morir y de la muerte: personas afectas de una enfermedad grave, irreversible y de pronóstico mortal, que se encuentran en situación terminal o de agonía.*
- l) *Planificación anticipada de las decisiones sanitarias relativas al proceso de morir y de la muerte: procesos de reflexión y comunicación entre profesionales, pacientes y familiares, que ayudan a mejorar la calidad moral en la toma de decisiones de una persona durante el proceso de morir y de la muerte, atendiendo, entre otros criterios, al documento de voluntades anticipadas o a cualquier otro que forme parte de su historia de valores.*
- m) *Representante: persona mayor de edad y capaz que emite el consentimiento por representación de otra, habiendo sido designada para tal función mediante una declaración de voluntades anticipadas o, de no existir esta, siguiendo las disposiciones legales aplicables en la materia.*
- n) *Sedación paliativa: administración de fármacos, en las dosis y combinaciones requeridas, para reducir la conciencia de un paciente en situación terminal o de agonía, o afectas de una enfermedad grave e irreversible para aliviar adecuadamente su sufrimiento o uno o más síntomas refractarios, previo consentimiento informado en los términos establecidos en la Ley.*
- ñ) *Síntoma o sufrimiento refractario: aquel que no responde al tratamiento adecuado y precisa, para ser aliviado, reducir la conciencia del paciente.*
- o) *Situación de agonía: fase gradual que precede a la muerte y que se manifiesta clínicamente por un deterioro físico grave, debilidad extrema, trastornos cognitivos y de conciencia, dificultad de relación y de ingesta, y pronóstico vital de pocos días.*
- p) *Situación de incapacidad de hecho: situación en la que las personas carecen de entendimiento y voluntad suficientes para gobernar su vida por sí mismas de forma autónoma, sin que sea necesario que haya recaído resolución judicial firme de incapacitación.*
- q) *Situación terminal: presencia de una enfermedad avanzada, incurable y progresiva, sin posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico, con un pronóstico de vida limitado y en la que pueden concurrir síntomas intensos y cambiantes que requieran una asistencia paliativa específica.*
- r) *Valores vitales: conjunto de valores y creencias de una persona que dan sentido a su proyecto de vida y que sustentan sus decisiones y preferencias en los procesos de enfermedad y muerte.”*
- ARAGÓN, Ley 10/2011, de 24 de marzo de 2011. De derechos y garantías de la dignidad de la

A França não autoriza a eutanásia, mas desde 22 de abril de 2005, conta com a Lei Leonetti, que, respeitando a autonomia do paciente, se insurge contra a obstinação terapêutica e prescreve os cuidados paliativos para aqueles em condições terminais.

No Uruguai, talvez o primeiro país do mundo a legislar acerca da eutanásia, desde 1934 vigora uma lei que descriminaliza o ato que se caracteriza como homicídio piedoso. A sanção não será aplicada àquele que praticar o ato desde que apresente bons antecedentes, ter por motivo a piedade seguida de reiteradas súplicas da vítima.²⁴⁹

Em 21 de abril de 2009, também no Uruguai, foi publicada a Lei 18.473 que trata da vontade antecipada de pacientes terminais. Alude à possibilidade de pacientes maiores de idade e capazes oporem-se a tratamentos médicos que prolonguem suas vidas em detrimento da qualidade das mesmas, desde que acometidos de enfermidade terminal, incurável e irreversível. A referida lei garante aos uruguaios o direito de formalizarem a declaração antecipada de vontade e esta terá plena eficácia mesmo que sobrevenha estado de incapacidade legal ou natural. Nesta declaração antecipada de vontade deverá constar o nome de um representante, com totais poderes, a garantir que a mesma seja cumprida na eventual possibilidade do titular não poder expressar-se por si só. No caso de menores de idade, incapazes e relativamente capazes, caberá a seus representantes legais a tomada de decisão, salvo quando exista algum grau de discernimento dos interessados que, então, deverão ser consultados.²⁵⁰

Na vizinha Argentina vigora, desde outubro de 2009, a Lei 26.529 que trata dos direitos dos pacientes e sua relação com os profissionais e instituições da área

persona em el proceso de morir y de la muerte. **Boletín Oficial de Aragón**, Zaragoza, 07 de abr. 2011. Disponível em: < bases.cortesaragon.es/bases\leyes.nsf/(LeyID)/AA3F31731B46A61FC125786B002C3F91/\$File/Ley 10-2011.pdf?OpenElement>. Acesso em: 15 de fev. 2015.

²⁴⁹ GOLDIN, José Roberto. **Eutanásia** – Uruguai. Disponível em: < http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanuru.htm>. Acesso em: 10 de fev. 2013.

²⁵⁰ URUGUAY, Ley 18.473, de 03 de abril de 2009. Voluntad Antecipada. **Diário Oficial de la Republica Oriental del Uruguay**. Montevideu, Uruguay, 21 de abr. 2009. Disponível em: < http://docs.uruguay.justia.com/nacionales/leyes/ley-18473-apr-3-2009.pdf>. Acesso em: 15 de fev. 2015.

da saúde. Entretanto, a grande novidade a respeito desta lei se deu em maio de 2012, quando, por meio da edição da Lei 26.742 – que é conhecida como Lei da Morte Digna –, houve a mudança da alínea “e” do art. 2º passando a vigorar com o seguinte texto:

Autonomia da vontade. O paciente tem o direito de aceitar ou rejeitar determinados tratamentos médicos ou biológicos, com ou sem motivo, bem como, posteriormente, revogar a sua manifestação. As crianças e adolescentes têm o direito de intervir nos termos da Lei 26.061, para efeito de tomada de decisão sobre as terapias ou processos médicos ou biológicos que envolvem a sua vida ou saúde. Sob esta autoridade, o paciente com uma irreversível, incurável doença ou que esteja em fase terminal, ou tenha sofrido lesões que o coloquem na mesma situação, informado suficientemente, tem o direito de expressar seu desejo em termos de rejeição a procedimentos cirúrgicos, reanimação artificial ou retirada de medidas de suporte de vida quando sejam extraordinários ou desproporcionados em relação à perspectiva de melhora, ou produzir um sofrimento desmedido. Também pode rejeitar procedimentos de hidratação e alimentação quando eles ocorrem como o único efeito de prolongar o tempo de vida em que fase terminal irreversível ou incurável. Em todos os casos, a recusa ou rejeição dos procedimentos acima não significa a interrupção de tais medidas e adequadas ações de controle do sofrimento e alívio do paciente.²⁵¹

Merece destaque, ainda, o incremento das alíneas “g” e “h” no art. 5º que assim prescrevem:

- g) O direito que assiste em caso de padecer de uma doença incurável irreversível, ou quando em estágio terminal, ou que tenha sofrido lesões que estão sendo colocadas na mesma situação, no que respeita à rejeição de procedimentos cirúrgicos, hidratação, alimentação, reanimação artificial ou retirada de medidas de suporte de vida, quando eles são extraordinários ou desproporcionados em relação às perspectivas de melhoria, ou produzem sofrimento excessivo, também o direito de recusar procedimentos de hidratação e nutrição quando eles ocorrem para só efetuar a extensão do tempo em que a pessoa esteja em fase terminal irreversível e incurável;
- h) O direito a cuidados paliativos integrais no processo de cuidado de sua doença ou condição.²⁵²

²⁵¹ Tradução livre de “*Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente*”. ARGENTINA, Ley 26.742, de 09 de mayo de 2012. Muerte Digna. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. **Boletín Oficial**. Buenos Aires, 24 de mai. 2012. Disponível em: <

http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=documento®istro=LEYNAC&docid=LEY%2520C%2520026742%25202012%252005%252009>. Acesso em: 15 de fev. 2015.

²⁵² Tradução livre de “g) *El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en*

Ainda, importa destacar que, a referida lei, além de privilegiar a autonomia do paciente terminal, especialmente à liberdade de recusar ou suspender tratamentos que apenas prolonguem a sua vida, também resguarda a atividade da equipe de profissionais assistentes ao prescrever que: *“Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma.”*²⁵³

Portugal conta com a Lei nº 25 de 2012 que regula as diretivas antecipadas de vontade, que têm por escopo dar efetividade ao direito de autonomia dos pacientes terminais quando em face de situação final de vida, e cria o Registro Nacional do Testamento Vital (RENTEV). Atribui ao indivíduo capaz, plenamente consciente e informado a respeito de sua condição, o direito de expressar antecipadamente seu desejo ou recusa de tratamento quando da impossibilidade de manifestação futura. Assim se coadunando com a premissa da ortotanásia.

O documento chamado de Testamento Vital é individual e revogável a qualquer tempo; nele pode estar expresso o desejo de não ter suas funções vitais mantidas por aparelhos, recusa a tratamentos fúteis ou desproporcionais, utilização de meios paliativos, mormente ao que concerne quanto à terapia de combate à dor, conforme o artigo 2 da lei que assim prescreve:

2 — Podem constar do documento de diretivas antecipadas de vontade as disposições que expressem a vontade clara e inequívoca do outorgante, nomeadamente:

- a) Não ser submetido a tratamento de suporte artificial das funções vitais;
- b) Não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcionado no seu quadro clínico e de acordo com as boas práticas profissionais, nomeadamente no que concerne às medidas de suporte básico de vida e às medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte;
- c) Receber os cuidados paliativos adequados ao respeito pelo seu direito a uma intervenção global no sofrimento determinado por doença grave ou irreversível, em fase avançada, incluindo uma terapêutica sintomática apropriada;
- d) Não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental;

igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;

h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento”. ARGENTINA. Acesso em: 15 de fev. 2015.

²⁵³ ARGENTINA. Acesso em: 15 de fev. 2013.

e) Autorizar ou recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos.²⁵⁴

A lei portuguesa ainda define a forma do documento, prazo e a eficácia do mesmo, apresentando limites quando: a declaração antecipada de vontade se apresenta contrária à lei e à ordem pública; quando seu cumprimento possa antecipar a morte de maneira não natural; e, ainda, quando a pessoa não tiver manifestado sua vontade de forma clara e inequívoca. De modo particular, prescreve o direito de os profissionais da área da saúde exercer o direito de objeção de consciência, desde que apontadas as diretivas às quais são contrários e indicando outros profissionais adequadamente preparados a dar cumprimento ao testamento vital da pessoa. Por esta lei, é possível, também, a nomeação de um procurador de cuidados de saúde por qualquer pessoa, atribuindo ao outorgado poderes de decisão. O Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV) é o local aonde deve ser registrado o Testamento Vital a ser consultado quando presentes as situações fáticas de terminalidade da vida de seu outorgante.²⁵⁵

Em suma, esse é um breve cenário internacional, colhido aqui e acolá apenas para fins de ilustração, acerca do trato jurídico-positivo da abreviação da vida de pacientes terminais.

6.2. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

No ordenamento jurídico brasileiro, como já se anunciou neste trabalho, não há comando normativo expresso no sentido de permitir a prática da interrupção da vida humana por ato comissivo, ainda que com vistas a fazer cessar um reconhecido estado de indignidade da pessoa.

Todavia, há no Brasil a possibilidade de recusa a tratamento médico e de aceitação do evento morte – que fatalmente advirá – em decorrência de uma grave enfermidade. Vejamos alguns casos em que isso se faz possível.

²⁵⁴ PORTUGAL. Lei n° 25, de 16 de julho de 2012. Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV). **Diário da República**, Assembléia da República, Lisboa, 1.ª série, n.º 136, 16 de jul. 2012. Disponível em: <<http://www.portaldasaude.pt/NR/rdonlyres/0B43C2DF-C929-4914-A79A-E52C48D87AC5/0/TestamentoVital.pdf>>. Acesso em: 15 de fev. 2015.

²⁵⁵ PORTUGAL. Acesso em: 15 de fev. 2015.

6.2.1 Recusa de tratamento

Em março de 1999, Mário Covas, então governador do Estado de São Paulo, promulgou a Lei Estadual nº 10.241/99, de autoria do deputado estadual Roberto Gouveia, que dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências. Esta lei veio a disciplinar o direito dos pacientes, submetidos a tratamentos extraordinários ou dolorosos, de exercerem o direito de autonomia na recusa ou interrupção destes tratamentos, tanto quanto na escolha do local de sua morte.²⁵⁶

À época da promulgação da lei, o ex-governador já tinha conhecimento de ser portador de adenocarcinoma de bexiga, cujo prognóstico já se mostrava bastante obscuro, vindo a falecer em 06 de março de 2001, nas dependências do Instituto do Coração em São Paulo. Dantes, porém, formalmente recusou-se a tratamento em terapia intensiva e optou por permanecer junto a seus familiares até a morte.

O código de ética médica, vigente à época, era o de 1988, que, dentre outras medidas, prescrevia como vedação aos profissionais médicos as seguintes práticas:

Art. 56 - Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida.

Art. 57 - Deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente.

Art. 60 - Exagerar a gravidade do diagnóstico ou prognóstico, ou complicar a terapêutica, ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos.

Art. 61 - Abandonar paciente sob seus cuidados.

§ 1º - Ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou seu responsável legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder.

§ 2º - Salvo por justa causa, comunicada ao paciente ou ao a seus familiares, o médico não pode abandonar o paciente por ser este portador de moléstia crônica ou incurável, mas deve continuar a assisti-lo ainda que apenas para mitigar o sofrimento físico ou psíquico.

Art. 66 - Utilizar, em qualquer caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu responsável legal.²⁵⁷

²⁵⁶ SÃO PAULO (Estado). Lei nº 10.241, de 17 de março de 1999. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado**, Poder Executivo, São Paulo, SP, n.51, 18 mar. 1999. Seção 1, p.1.

²⁵⁷ BRASIL, Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.246, de 1988. Código de Ética Médica. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 de jan. 1988.

Por aquele instrumento, os médicos deveriam respeitar o direito de autonomia dos pacientes quando da proposta de tratamentos ou procedimentos diagnósticos, sem, contudo, supervalorizar resultados, abandonar os pacientes sob seus cuidados ou se utilizar de meios para a antecipação da morte, mesmo quando a pedido do paciente ou de sua família.

Na mesma esteira, de preservação ao direito de autonomia dos pacientes, também já se encontrava em vigência, desde 1990, a Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8.080/90, que regula as ações e serviços de saúde em todo o território nacional, bem como estatui os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS). Dentre os princípios elencados em seu artigo 7º encontram-se a “preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral” e o “direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde”, que textualmente determinam, mediante prévia informação de sua condição de saúde, o direito de liberdade quanto ao exercício de autonomia dos pacientes.²⁵⁸

Mais recente, o Código Civil de 2002, em seu artigo 15, prescreve que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”, e, apesar da aparente impropriedade do legislador ao referir-se ao risco de morte, a norma vem a garantir o direito de escolha do paciente acerca da prática de procedimentos médicos.²⁵⁹

Consoante à realidade vivida nas diversas instituições hospitalares, tanto quanto na prática individual de cada médico e ao exposto na Lei 10.241/99 do Estado de São Paulo – após diversos debates e consultas públicas, primordialmente pelo Fórum de Desafios Éticos sobre Terminalidade da Vida –, o Conselho Federal de Medicina, em novembro de 2006, editou a Resolução nº 1.805/2006 tratando da ortotanásia.

A resolução foi o produto daquele esforço que teve por justificativa vários fatores. Dentre os vários argumentos apresentados, destaca-se o excesso promovido pelo sistema paternalista de atendimento médico onde o paciente, alijado de qualquer informação referente à patologia, se coloca numa posição de subordinação completa em face da superioridade técnica incorporada na figura do

²⁵⁸ BRASIL. **Lei nº 8.080/1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 15 dez. 2014.

²⁵⁹ BRASIL, **Código civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 15 dez. 2015.

médico e da medicina. Mereceu relevo, também, a análise do impacto decorrente da tecnologia aplicada aos tratamentos e procedimentos médicos que, por conta da concepção de alguns médicos, fez crescer a obstinação terapêutica e tratamentos fúteis sem nenhum resultado benéfico aos pacientes. Naquele cenário, de relação médico-paciente obsoleta, vislumbrou-se a necessidade de valorizar o doente e não a doença, medida a ser alcançada de forma a humanizar o atendimento e o tratamento médico.

Desta maneira, valendo-se da prerrogativa administrativa que detém em face dos profissionais médicos, da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, da proibição à tortura e ao tratamento desumano ou degradante estabelecido na Constituição Federal, e da incumbência do médico em diagnosticar o doente como portador de enfermidade terminal, o Conselho resolveu permitir aos médicos a limitação ou suspensão de tratamento ou procedimento médico que prolongue a vida do paciente portador de doença incurável e em fase terminal, desde que respeitada sua vontade ou de seus representantes legais.

Literis:

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.²⁶⁰

A referida resolução, já logo no início de sua vigência, em maio de 2007, foi alvo de Ação Civil Pública, movida pelo Ministério Público Federal do Distrito Federal, que, alegando que a autarquia não poderia regulamentar como ética uma conduta tipificada como crime, demandava pela sua nulidade e em sede de liminar pleiteava pela suspensão de seus efeitos. Primariamente o pedido de antecipação

²⁶⁰ BRASIL, Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.805, de 2006. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 de nov. 2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 17 de fev. 2015.

de tutela proposto pelo representante do Ministério Público, que entendia haver aparente conflito entre o Código Penal e a Resolução atacada, fora acolhido em outubro daquele mesmo ano.²⁶¹

Todavia, em 1º de dezembro de 2010, o juiz Roberto Luis Luchi Demo, da 14º Vara/DF, em sentença, revogou a decisão de suspensão, bem como julgou improcedente o pedido de nulidade da resolução formulado na inicial. A decisão de revogação da suspensão foi baseada nas seguintes premissas elencadas pelo magistrado:

1) o CFM tem competência para editar a Resolução nº 1805/2006, que não versa sobre direito penal e, sim, sobre ética médica e consequências disciplinares; 2) a ortotanásia não constitui crime de homicídio, interpretado o Código Penal à luz da Constituição Federal; 3) a edição da Resolução nº 1805/2006 não determinou modificação significativa no dia-a-dia dos médicos que lidam com pacientes terminais, não gerando, portanto, os efeitos danosos propugnados pela inicial; 4) a Resolução nº 1805/2006 deve, ao contrário, incentivar os médicos a descrever exatamente os procedimentos que adotam e os que deixam de adotar, em relação a pacientes terminais, permitindo maior transparência e possibilitando maior controle da atividade médica; 5) os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal não devem ser acolhidos, porque não se revelarão úteis as providências pretendidas, em face da argumentação desenvolvida.²⁶²

É de mister importância a observação, feita pelo magistrado, de que a conduta proposta na ortotanásia não se confunde com o crime de homicídio, mesmo na qualidade de privilegiado, uma vez que apresenta atipicidade material, não levando a um resultado desvalioso no campo penal. Também não prospera a tese de omissão de socorro, pois pacientes em fase terminal apresentam o resultado morte como decorrente da doença que os acomete e não pela falta de atendimento. Melhor dizendo, a prestação de assistência tem por objetivo o menor sofrimento possível e não a recuperação do paciente. Portanto, não existe nexo de causalidade entre a conduta médica, comissiva ou omissiva, e o resultado inexoravelmente esperado para estes doentes.

²⁶¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal do Distrito Federal. **Ação Civil Pública – Antecipação de Tutela**, processo nº 2007.34.00.014809-3. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CDIQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.df.trf1.gov.br%2Finteiro_teor%2Fdoc_inteiro_teor%2F14vara%2F2007.34.00.014809-3_decisao_23-10-2007.doc&ei=WOhpUbHHMfS90QHY04DABQ&usg=AFQjCNFszyN8Q1leXp3ysHSKDS5FnEqCPA&bvm=bv.45175338,d.dmQ>. Acesso em: 17 dez. 2014.

²⁶² DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal do Distrito Federal. **Ação Civil Pública**, processo nº 2007.34.00.014809-3. Disponível em: <http://www.jfd.f.jus.br/destaques/14%20VARA_01%2012%202010.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2015.

Logo, pela edição da Resolução n° 1.805 de 2006, o Conselho Federal de Medicina não teria extrapolado a seara de sua competência, mas apenas procurado disciplinar a profissão e as condutas médicas; buscado dar transparência a uma determinada conduta que, apesar de corrente na prática médica, por vezes é encoberta pelo receio de que esses profissionais pudessem estar cometendo alguma falta ética ou jurídica.

De modo a compatibilizar a atividade médica por intermédio da referida resolução e o direito reservado aos pacientes terminais, o magistrado, ainda na fundamentação de sua decisão, pautando-a em princípios bioéticos, asseverou que:

O princípio da autonomia reclama o envolvimento consciente do paciente no processo terapêutico e propugna o respeito às suas decisões.

[...] Quanto ao princípio da beneficência, é intuitivo concluir que compete ao médico fazer tudo quanto estiver ao seu alcance para melhorar as condições de vida do paciente. Mesmo que determinado tratamento possa lhe causar sofrimento, se houver chance de cura e possibilidade de êxito, deverá o médico procurar beneficiar o paciente.

[...] o princípio da não-maleficência propugna que as atividades médicas, tanto quanto possível, não devem causar mal ao paciente ou devem causar-lhes apenas o mal necessário para que se restabeleça a sua saúde. Na medicina atual, há um avanço no trato do doente terminal ou de patologias graves, no intuito de dar ao paciente não necessariamente mais anos de vida, mas, principalmente, sobrevida com qualidade.

A medicina deixa, por conseguinte, uma era paternalista, super-protetora, que canalizava sua atenção apenas para a doença e não para o doente, numa verdadeira obsessão pela cura a qualquer custo, e passa a uma fase de preocupação maior com o bem-estar do ser humano.²⁶³

Em 2009, mais uma vez no exercício de suas atribuições, o Conselho Federal de Medicina editou outra resolução, a de número 1.897 e que veio a apresentar um novo Código de Processo Ético-profissional, que, entre os seus princípios fundamentais, ressalta que, “de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos”²⁶⁴. Esta normativa, igualmente veda aos profissionais médicos:

²⁶³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal do Distrito Federal. **Ação Civil Pública**, processo n° 2007.34.00.014809-3. Disponível em:

<http://www.jfdf.jus.br/destaques/14%20VARA_01%2012%202010.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2015.

²⁶⁴ BRASIL, Conselho Federal de Medicina. Resolução n° 1.897, de 2009. Código de Processo Ético-profissional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 06 de mai. 2009. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/EticaMedica/processo_etico_profissional.pdf>. Acesso em 17 de fev. 2015.

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

[...]

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na impossibilidade, a de seu representante legal.²⁶⁵

Por este comando ético-normativo, ficam expressamente proibidas as ações que redundem em tratamentos fúteis ou a obstinações terapêuticas, sempre respaldadas na vontade do paciente ou de seus representantes.

Entretanto, a mencionada resolução não se aprofundou na questão relativa ao respeito da vontade antecipada dos pacientes terminais. Para o implemento do Código, e tendo por justificativa a impossibilidade de comunicação do paciente que se encontra em estado terminal, os procedimentos médicos acabam por levar em conta as expectativas de familiares que nem sempre são concordantes com as do paciente

6.2.2 Diretivas antecipadas de vontade

O médico tem o dever ético de respeitar a vontade de seus pacientes, mesmo que manifestada anteriormente.

As diretivas antecipadas de vontade são previstas na Resolução 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina, considerando de extrema relevância o direito de autonomia do paciente frente aos avanços tecnológicos dirigidos à atividade médica e que poderiam redundar em medidas fúteis e desproporcionadas. Com a finalidade de evitar medidas que tenham por resultado apenas o prolongamento artificial da vida e, por demais das vezes, seguido de grande sofrimento sem acrescentar nenhum benefício ao paciente, referida resolução disciplina que:

²⁶⁵ BRASIL, Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.897, de 2009. Código de Processo Ético-profissional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 06 de mai. 2009. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/EticaMedica/processo_etico_profissional.pdf>. Acesso em 17 de fev. 2015.

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.²⁶⁶

Por oportuno, é de se ressaltar o caráter de anterioridade que se dá às diretivas antecipadas de vontade, as quais devem ser feitas de maneira livre e consciente. Da mesma forma se dá a supremacia da vontade do doente relativamente aos desejos e anseios dos seus familiares.

Todavia, estas diretivas antecipadas de vontade, também conhecidas como testamento vital, ainda não são reguladas pelo Código Civil e, portanto, não passam de mandamentos cujos únicos destinatários são os médicos. É a conduta deles que é regulada pela resolução e a sanção a eles imposta se dá no campo administrativo, concernente à atividade profissional.

Em janeiro do ano de 2013, a Procuradoria da República do Estado de Goiás, por intermédio do Procurador Ailton Benedito De Souza, moveu a Ação Civil Pública de nº 0001039-86.2013.4.01.3500 contra a Resolução nº 1.995, do Conselho Federal de Medicina, sob o argumento de que a resolução padecia de vício de inconstitucionalidade e ilegalidade pelo fato de o Conselho extravasar os limites do poder de regulamentar, afrontando a segurança jurídica.

²⁶⁶ BRASIL, Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.995, de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 de ago. 2012. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em 17 de fev. 2015.

Naquela ação houve pedido de antecipação de tutela objetivando a suspensão dos efeitos da combatida resolução. Alegou o Ministério Público, em sua argumentação, que as diretivas antecipadas de vontade prevalecem sobre o desejo dos familiares e de pareceres não-médicos. Ainda, sustentou que a resolução se omitiu acerca da capacidade civil do paciente, da temporariedade do documento e da forma de sua revogação. Por fim, alegou que não fora prevista a possibilidade da família do sujeito influir na sua manifestação de vontade, e que o prontuário médico é instrumento inidôneo para as diretivas antecipadas de vontade devido ao seu caráter sigiloso, impedindo a fiscalização dos atos dos médicos.

O Juiz Federal Jesus Crisóstomo de Almeida, em decisão datada de 14 de março de 2013, indeferiu o pedido de antecipação de tutela por entender que o Conselho Federal de Medicina não extrapolou a sua competência e que a Resolução atacada apenas regulamenta conduta médica a ser adotada frente à situação fática de o paciente exprimir sua vontade quanto ao recebimento ou não de tratamento médico ao se encontrar em situação de estado terminal e irreversível. Para tanto, sustentou o seguinte:

[...] é constitucional e se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que assegura ao paciente em estado terminal o recebimento de cuidados paliativos, sem o submeter, contra sua vontade, a tratamentos que prolonguem seu sofrimento e não mais tragam qualquer benefício.²⁶⁷

E por não ser requerida forma específica para a expressão de vontade senão quando a lei expressamente assim o exigir, bem como por não haver a necessidade de a Resolução fazer referência ao plano da validade da diretiva antecipada de vontade, já que este deve se coadunar ao artigo 104 do Código Civil, a mesma se encontra em pleno vigor para a classe médica.

O objetivo e a vantagem do testamento vital é a opção que o ordenamento jurídico possa oferecer a uma pessoa que, quando da sua lavratura, se apresenta em perfeitas condições de saúde mental, opte por um conforto e alívio da dor, ao se deparar, no futuro, com um estado irreversível de saúde, de modo a garantir a livre

²⁶⁷ GOIÁS. Tribunal Regional Federal de Goiás. **Ação Civil Pública**, processo nº 1039-86.2013.4.01.3500/Classe: 7100. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Conselho Federal de Medicina. Juiz Federal: Jesus Crisóstomo de Almeida. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=e86918daaac75074900e187151e5bc23&trf1_captcha=qsv2&enviar=Pesquisar&secao=GO&proc=10398620134013500>. Acesso em: 16 dez. 2014.

manifestação de um indivíduo pelo seu direito de morrer. Todavia, morrer de forma digna, uma vez que a qualidade de vida se apresenta prejudicada.

Segundo Amaral, a declaração prévia de vontade do paciente terminal se assemelha ao testamento, pois também é um negócio jurídico, ou seja, uma declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece.²⁶⁸

Também é unilateral, personalíssimo, gratuito e revogável, todavia, distancia-se do testamento em duas características essenciais deste instituto, a produção de efeitos *post mortem* e a solenidade. Assim, resta clara a inadequação da nomenclatura “testamento vital” para designar uma declaração de vontade de uma pessoa com discernimento acerca dos tratamentos aos quais não deseja ser submetida quando estiver em estado de terminalidade da vida e impossibilitada de manifestar sua vontade, embora seja extremamente difundido, especialmente por se tratar de literal tradução da expressão inglesa *living will*.

O testamento vital, como documento que estampa a vontade futura do paciente sobre seu estado de saúde, passa a ser uma alternativa para este que, em alguns países, mesmo diante da ausência de legislação específica, opta a comunicar aos seus familiares a sua vontade pessoal sobre o destino de sua vida, em casos irreversíveis ou impossíveis de cura.

A vontade do paciente, então manifestada no testamento vital, poderá ser comunicada mais tarde ao médico ou a uma equipe médica, que, em uma última análise, tomará a decisão que, de acordo com os princípios médicos, é sempre de poder do paciente, sobre o tratamento ou ausência dele, perante a situação em concreto.

Contudo, questões objetivas acerca do testamento vital, como forma e duração, ainda dependem de norma legal para sua parametrização. Atualmente, não se pode pensar em um período de validade do documento, nem sequer uma forma específica (podendo ser feito em cartório, no prontuário do paciente, etc.) sem que haja legislação específica para tanto. Dessa forma, o testamento vital, uma vez realizado, e reconhecível, permanecerá válido salvo manifestação de vontade em contrário do seu titular.

²⁶⁸ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 367.

Pode-se pensar, ainda, em revogação tácita do testamento vital quando a pessoa aceitar um tratamento que anteriormente havia recusado no documento ou, de modo reverso, recusar um tratamento que havia expressamente consentido na elaboração das diretivas antecipadas de vontade.

A questão a ser defendida com o instituto do testamento vital não é a defesa da morte com a eliminação da vida, mas sim a defesa de uma vida, em todas as suas fases, inclusive, na fase final dela, com dignidade, em especial, em respeito à manifestação da autonomia individual de cada cidadão, no sentido de reconhecer a própria existência. O debate passa pela ótica filosófica em que se discute a transcendência de certos paradigmas sobre o tema “morte”, além do próprio significado da vida e a sua continuação com uma “certa” qualidade.

Todos os elencados dispositivos legais e mesmo os constantes das resoluções do Conselho Federal de Medicina possuem como propósito último a valorização da dignidade da pessoa humana, especialmente no reconhecimento da autonomia do paciente, mas sem dúvida permeada pela dignidade humana enquanto heteronomia.

Contudo, à exceção da lei de São Paulo, as demais normativas explicitam, basicamente, regras e princípios dirigidos aos médicos e não à coletividade, de modo que a dignidade da pessoa humana do paciente não se vê direta e imediatamente tutelada, mas indireta e mediatamente acolhida no seio do direito médico e da saúde.

Enfim, o que se pode precisar é que no ordenamento jurídico brasileiro vigente, em se tratando de morte com intervenção, há apenas a possibilidade da lícita prática da ortotanásia sem qualquer esforço hermenêutico para seu reconhecimento.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As circunstâncias envolvidas no processo de viver são de extrema complexidade, ainda mais quando se levam em conta os seus extremos, o início e o fim do ciclo vital. Indivíduos que se encontrem em situações limites, como em decorrência de estado terminal, podem ter sua sobrevivência prolongada por intermédio de tratamentos, procedimentos e equipamentos oriundos dos avanços tecnológicos aplicados à seara médica. Todavia, nem sempre este prolongamento artificial do processo de encerramento do ciclo vital ou manutenção da pessoa em um estado de sofrimento será compatível com o que poderia se chamar de vida digna.

Os direitos fundamentais e direitos da personalidade, como visto, tem a comum característica, como afirmado por grande parcela da doutrina privatista e publicista, de indisponibilidade.

Contudo, embora se possa afirmar que a vida é um direito fundamental e da personalidade, a tese da sua eterna indisponibilidade não deve prosperar.

É claro que, uma vez que reconhecida a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e, dentre eles, da vida, o Estado estará impedido de proporcionar, por meio de atuação legislativa, a possibilidade da pessoa limitar sua vida, enquanto perdurar a tese da indisponibilidade do direito à vida.

A vida deve sempre ser entendida como umbilicalmente ligada à dignidade humana, não podendo dela se dissociar. Todavia, na análise do que é dignidade humana, viu-se que ela pode se apresentar tanto de forma que signifique a autonomia da vontade da pessoa em realizar as suas escolhas que julgue apropriadas e, em especial, na liberdade de limitar sua vida, quanto na faceta heterônoma, o que faz com que a situação de indignidade da pessoa seja vista através de uma ótica social.

Desta forma, e verificando-se que não há autorização legislativa para a antecipação da morte, perquiriu-se quanto as lições de Dworkin e Perelman, o que resultou da conclusão de que se faz necessário um esforço argumentativo e valorativo para solução dos *hard cases*, em especial o da limitação da vida.

Não há conflito entre o direito de autonomia desses indivíduos e os interesses coletivos, desde que essas escolhas sejam decorrentes de uma visão razoável entre as regras jurídicas e morais envolvidas em cada caso particular, consoante aos interesses críticos de cada um.

Várias são as concepções acerca do direito de escolha dos pacientes terminais ou em situação de grande sofrimento. De modo a refletir os interesses de suas culturas, alguns países legislam consoante a dar escopo ao direito de autonomia, atendendo desde a ortotanásia até mesmo a eutanásia.

No Brasil, a construção do direito à vida digna até o seu termo é resultado do consenso alcançado por inúmeros debates junto à população, liderado pelo Conselho Federal de Medicina, e que se coaduna com alguns projetos de lei.

Ainda falta muito para o Direito brasileiro assumir uma posição assertiva no sentido de disciplinar os condicionantes para uma adequada e, pois, razoável tomada de decisão no sentido de fazer prevalecer a vida, mesmo quando indesejada, em detrimento da dignidade, almejada obter com a morte – inclusive por um paciente, terminal ou não. Por conta disso, as decisões administrativas (no âmbito do SUS), médico-privadas ou até mesmo jurisdicionais podem variar num ou noutro sentido, não apenas pela assunção de uma das feições da Bioética, e como fonte alternativa do direito aplicável, mas pela valoração que eventualmente se faça da moralidade social subjacente à providência. De todo modo, no que diz com pacientes terminais, a solução se mostra mais simples, na exata medida em que a ortotanásia se mostra consentânea com a morte natural, por abolir a interferência desproporcional nos meios empregados para a cura ou para a sobrevivência do paciente. Logo, a ortotanásia não põe fim à vida, apenas evita seu prolongamento doloroso, preocupando-se, de forma humanizada, com o cuidar.

Contudo, ainda que houvesse lei brasileira tratando genericamente do tema da terminalidade da vida, sempre seria possível contrastá-la com a Constituição da República, para o fim de se exigir uma solução justa para o caso concreto e não apenas legal; aquela que almeja atender a todos os reclamos, a garantir segurança jurídica, mas com a frieza de sequer nominar o destinatário de seu comando, no sentido de garantir seu direito à vida ou mesmo à morte pela absoluta ausência de condições de viver com dignidade, a partir de sua vontade.

Enfim, o que se pode precisar é que no ordenamento jurídico brasileiro vigente, em se tratando de morte com intervenção, há apenas a possibilidade da lícita prática da ortotanásia sem qualquer esforço hermenêutico para seu reconhecimento.

Como demonstrado no presente trabalho, inexistente a necessidade de um instrumento legislativo com o escopo de garantir o direito à ortotanásia, uma vez que

inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque a ortotanásia, compreendida como a morte natural, sem a interferência da ciência para postergá-la, e mediada por ações de cuidados paliativos para minimizar o sofrimento, é a expressão do princípio da dignidade, dando prevalência à autonomia da pessoa, aplicado aos pacientes em estado terminal, sendo a ela o único método de antecipação de morte com intervenção aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro. As outras formas, por se configurarem em *hard cases*, dependem de solução caso a caso, através dos critérios de resolução de conflitos de princípios, a partir de uma argumentação suficiente que justifique a preponderância de um ou outro princípio conflitante.

Para as outras formas de antecipação do evento morte faz-se necessário hercúleo processo hermenêutico para, compatibilizando a vida e a dignidade em suas acepções de autonomia e heteronomia, reconhecer um direito à pessoa de escolher e definir quando cessar sua vida, especialmente quando da vontade de adoção de procedimentos para antecipação da morte não amparados pelo ordenamento jurídico, como nos casos de eutanásia e suicídio assistido.

Ninguém nasce por opção individual mas, no Brasil, é possível deixar a vida encerrar seu curso natural por escolha pessoal quando da adoção da ortotanásia e da recusa de tratamento.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 144-145.

ARAGÓN. LEY 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona em el proceso de morir y de la muerte. **Boletín Oficial de Aragón**, Zaragoza, 07 de abr. 2011. Disponível em: <bases.cortesaragon.es/bases\leyes.nsf/(LeyID)/AA3F31731B46A61FC125786B002C3F91/\$File/Ley 10-2011.pdf?OpenElemen>.

ARGENTINA, Ley 26.742, de 09 de mayo de 2012. Muerte Digna. Derechos del Paciente en su Relacion con los Profesionales e Instituciones de la Salud. **Boletín Oficial**. Buenos Aires, 24 de mai. 2012. Disponível em: <http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=documento®istro=LEYNAC&docid=LEY%2520C%2520026742%25202012%252005%252009>. Acesso em: 15 de fev. 2013.

BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do biodireito. *In*: BARBOSA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETO, Vicente de Paulo (Coord). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Forum, 2014.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**,

Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v.I, n.6, set. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direito da Personalidade**: de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BERLIN, Isaiah. **Freedom and its betrayal**: six enemies of human liberty. Princeton: Princeton University Press, 2002.

_____. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 560

BRASIL. **Código civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.246, de 1988. Código de Ética Médica. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 de jan. 1988.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.805, de 2006. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 de nov. 2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>.

BRASIL, Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.897, de 2009. Código de Processo Ético-profissional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 06 de mai. 2009. Disponível em:<http://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/EticaMedica/processo_etico_profissional.pdf>.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.995, de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 de ago. 2012. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>.

_____. **Lei nº 8.080/1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMPOLINA, Alessandro Gonçalves; CICONELLI, Rozana Mesquita. **Qualidade de vida e medidas de utilidade: parâmetros clínicos para as tomadas de decisão em saúde**. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/rpsp/v19n2/30312.pdf>>. Acesso em: 28 de set. 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4 Ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **El derecho y la bioética ante los limites de la vida humana**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns Apontamentos sobre os chamados Direitos da Personalidade. FACHIN, Luiz Edson. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **Direitos da personalidade: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver**. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, 1993.

COSTA, Sérgio. **O desafio da ética em pesquisa e a bioética**. Disponível em: <<http://www.foar.unesp.br/comite/Modulo01.pdf>>.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da Pessoa Humana: Conceito Fundamental do Direito Civil. MARTINS-COSTA, Judtih, (Organizadora). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 254-255.

DINIZ, Débora. Quando a morte é um ato de cuidado. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DINIZ, Débora; COSTA, Sérgio I. Ferreira. **A Conquista da História**. Disponível em <<http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa05%28varios%29roundpatrao.pdf>>.

DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. **Feminismo, bioética e vulnerabilidade**. Disponível em: <<http://www.ieg.ufsc.br/admin/downloads/artigos/13112009-025757diniz.pdf>>.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal do Distrito Federal. **Ação Civil Pública – Antecipação de Tutela**, processo nº 2007.34.00.014809-3. Disponível em:

<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CDIQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.df.trf1.gov.br%2Finteiro_teor%2Fdoc_inteiro_teor%2F14vara%2F2007.34.00.014809-3_decisao_23-10-2007.doc&ei=WOhpUbHHMfS90QHY04DABQ&usg=AFQjCNFszyN8Q1leXp3ysHSKDS5FnEqCPA&bvm=bv.45175338,d.dmQ>.

_____. Tribunal Regional Federal do Distrito Federal. **Ação Civil Pública**, processo nº 2007.34.00.014809-3. Disponível em:

<http://www.jfdf.jus.br/destaques/14%20VARA_01%2012%202010.pdf>.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil, TEPEDINO, Gustavo, Coordenador. **A parte geral do novo Código Civil, Estudos na perspectiva civil-constitucional**, 2 Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mário. **Uma fundamentação suficiente para os Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/03_731.pdf>.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **A eutanásia no direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2005/81/>.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Edward N. Zalta (Ed.). Disponível em <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/paternalism/>>.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Levando os direitos à sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Análise crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no código civil brasileiro:** fundamentos, limites e transmissibilidade. Disponível em: <<http://www.abdireitocivil.com.br/artigo/analise-critica-construtiva-e-de-indle-constitucional-da-disciplina-dos-direitos-da-personalidade>>.

FEINBERG, Joel. Volunthary euthanasia and the inalienable right of life. **Philosophy and public affairs**, vol. 7, n. 2.

FIGUEIREDO, Antonio Macena; FRANÇA, Genival Veloso. **Bioética:** uma crítica ao princípalismo. Disponível em: <www.derechocambiosocial.com/revista017/bioética.htm>.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Direitos da Personalidade: Coordenadas fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 567, Janeiro 1983, Ano 72.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à constituição. *In: Revista da faculdade de direitos da UFPR.* Ano 2000. V.34. p. 59-76.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade:** o estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Forum, 2009.

GARCIA, João Batista Santos. **Eutanásia, distanásia ou ortotanásia?** Disponível em: <http://www.dor.org.br/revistador/Dor/2011/volume_12/n%C3%BAmero_1/pdf/volume_12_n_1_editorias.pdf>

GAVICAGOGEASCOA, Mário Iceta. Futilidade Terapêutica. In: URBAN, Cícero de Andrade (coord). **Bioética clínica.** Rio de Janeiro. Editora Revinter, 2003.

GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade dos direitos do trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GOIÁS. Tribunal Regional Federal de Goiás. **Ação Civil Pública**, processo nº 1039-86.2013.4.01.3500/Classe: 7100. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Conselho Federal de Medicina. Juiz Federal: Jesus Crisóstomo de Almeida. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=e86918daaac75074900e187151e5bc23&trf1_captcha=qsv2&enviar=Pesquisar&secao=GO&proc=10398620134013500>.

GOLDIN, José Roberto; FRANCISCONI, Carlos Fernando. **Os Comitês de Ética Hospitalar**. Disponível em <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/340/408>.

GOLDIN, José Roberto. **Eutanásia** – Austrália. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanaus.htm>>.

_____. **Eutanásia** – Bélgica. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutabel.htm>>..

_____. **Eutanásia** - Caso Terri Schiavo Retirada de Tratamento. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/terri.htm>>.

_____. **Eutanásia** – Estados Unidos. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutancal.htm>>.

_____. **Eutanásia** – Holanda. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanhol.htm>>.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 13 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRAY, John. **Isaiah Berlin**. Rio de Janeiro: Difel, 2000.

GUILHEN, Dirce; DINIZ, Débora. **A ética em pesquisa no Brasil**. Disponível em <<http://www.livrariacultura.com.br/imagem/capitulo/9029447.pdf>>.

GUITERAS AF, BAYÉS R. Desarrollo de um instrumento para la medida de la calidad de vida en enfermedades crónicas. In: FORNS, Maria; ANGUERA, Maria Tereza, (Org.). **Aportaciones recientes a la evaluación psicologica**. Barcelona: Universitat; 1993. p. 175-95.

IMMIG, Cláudio Vicente. **Correntes da bioética frente às pessoas com deficiência**. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/teo/article/viewfile/8066/5705>>

JUNGES, José Roque. **Bioética como casuística e como hermenêutica**. Disponível em: <<http://www.rbbioetica.com.br/submissao/index.php/RBB/article/viewFile/4/4>>.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

_____. **Metafísica dos costumes**. Tradução por Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KIPPER, Délio José; CLOLET, Joaquim. Princípios da Beneficência e Não-maleficência. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriele; GARRAFA, Volnei (Coord). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

LIGIERA, Wilson Ricardo. **Os princípios da bioética e os limites da atuação médica**. Disponível em: <http://www.ligiera.com.br/artigos/principios_da_bioetica.pdf>.

LUDWIG, Marcos de Campos. O Direito ao livre desenvolvimernnto da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito Privado Brasileira. MARTINS-COSTA, Judith, (Organizadora). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis** – os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Rio de Janeiro: UERJ, Tese de doutorado, 2010. Disponível em <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=leticia_martel>.

MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. In: In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriele; GARRAFA, Volnei (Coord). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

_____. Manipulação genética humana: esperança, inquietude e limites. In IACOMINI, Vanessa (coord.). **Biodireito e o genoma humano**. Curitiba: Juruá, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriele; GARRAFA, Volnei (Coord). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. **Bioética e direitos humanos**. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (1948). Assembléia Geral das Nações Unidas, Paris. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>.

PELLEGRINELLO, Ana Paula. **Reprodução humana assistida: a tutela dos direitos fundamentais das mulheres**. Curitiba: Juruá, 2014.

PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/515/516>.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. I. 20. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PERELMAN, Chain. **Ética e Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil : introdução ao direito civil constitucional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PESSINI, Léo. **Distanásia: até quando investir sem agredir?**. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/394/357>.

PETTIT, Phillip. Liberalismo. In: CANTO-SPERBER, Monique. (Org.). **Dicionário de ética e filosofia moral**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

PINTO, Cristhiane da Silva. **Quando o tratamento oncológico pode ser fútil? Do ponto de vista da paliativista**. Revista Brasileira de Cancerologia 2008. Disponível em:

<http://www.inca.gov.br/rbc/n_54/v04/pdf/393_396__Quando_o_Tratamento_Oncol%C3%B3gico_Pode_Ser_Futil_paliativista.pdf>.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante **Tratado de direito privado**: direito de personalidade, direito de família: direito matrimonial (existência e validade do casamento). 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PORTUGAL. Lei n.º 25, de 16 de julho de 2012. Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV). **Diário da República**, Assembléia da República, Lisboa, 1.ª série, n.º 136, 16 de jul. 2012. Disponível em: <<http://www.portaldasaude.pt/NR/rdonlyres/0B43C2DF-C929-4914-A79A-E52C48D87AC5/0/TestamentoVital.pdf>>.

RIBEIRO, Diulas Costa. Viver bem não é viver muito. **Revista jurídica consulex**. N. 29, ano III, v.1, maio de 1999.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, parte geral**. 33. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e função**: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro. Tese (Doutorado). 2009. Disponível em <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/19174/Carlos_Eduardo_Tese_completa%5b1%5d.pdf?sequence=1>.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para morrer**: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Otávio Marambaia dos. **Sufrimento e dor em cuidados paliativos: reflexos éticas**. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/671/703>.

SÃO PAULO (Estado). Lei nº 10.241, de 17 de março de 1999. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado**, Poder Executivo, São Paulo, SP, n.51, 18 mar. 1999. Seção 1, p.1.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Dimensão objetiva dos direitos fundamentais**: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SEGRE, Marco. Definição de bioética e sua relação com a ética, deontologia e diceologia. In: COHEN, Cláudio (orgs.). **Bioética**, 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Edusp, 2002.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 31, n. 5, out. 1997, p. 538-542.

SEIDL, Eliane Maria Fleury; ZANNON, Célia Maria Lana da Costa. **Qualidade de vida e saúde: aspectos conceituais e metodológicos**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v20n2/27.pdf>>.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n.4, out/nov/dez/2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26 Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SIQUEIRA, José Eduardo de. Definindo e aceitando a terminalidade da vida. In: Moritz, Rachel Duarte (coord). **Conflitos Bioéticos do Viver e do Morrer**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2011.

_____. O Princípio da Justiça. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriele; GARRAFA, Volnei (Coord). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. 2. Ed. **Código Civil interpretado: conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro. Renovar, 2004.

VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Mistanásia - um novo instituto para um problema milenar**. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao7/Mistan%C3%A1sia%20-%20porfirio.pdf>>.

VILHENA, Oscar Vieira. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro**. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/56/59>.

_____. **Bioética e Direito: aspectos da interface. Desafios e perspectivas de um chamado Biodireito**. Disponível em: <<http://www.saocamilosp.br/pdf/bioethikos/91/a09.pdf>>.

WEBER, Thadeu. Justiça e poder discricionário. In: **Direitos fundamentais e justiça**. Ano 2. N. 2. p. 214-242. Jan./Mar. 2008.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Measuring Quality of Life**. Disponível em: <http://www.who.int/mental_health/media/68.pdf>.