

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



PEDRO HENRIQUE COSTA E MOREIRA

TERMINALIDADE E DIGNIDADE

Mestrado em Direito e Ciência Jurídica

Especialidade Direitos Fundamentais

Lisboa
2019

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



PEDRO HENRIQUE COSTA E MOREIRA

TERMINALIDADE E DIGNIDADE

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como parte da exigência para obtenção do título de Mestre em Direito – Perfil Ciências Jurídico-Políticas.

Orientação: Professora Doutora Cláudia Sofia Oliveira Dias Monge

**Lisboa
2019**

PEDRO HENRIQUE COSTA E MOREIRA

TERMINALIDADE E DIGNIDADE

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como parte da exigência para obtenção do título de Mestre em Direito – Perfil Ciências Jurídico-Políticas.

Orientação: Professora Doutora Cláudia Sofia Oliveira Dias Monge

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor 1 (Titulação e nome completo)
Instituição 1

Professor 2 (Titulação e nome completo)
Instituição 2

Professor 3 (Titulação e nome completo)
Instituição 3

Professor 4 (Titulação e nome completo)
Instituição 4

ADVERTÊNCIA

A escrita do presente trabalho segue o novo acordo ortográfico. Contudo, as transcrições e citações de obras, julgados e legislações seguem a redação original sem qualquer alteração ou adaptação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por me proporcionar a dádiva de viver momentos, conhecer pessoas, lugares, expandindo meus horizontes e minha fé.

Aos meus pais José e Cláudia, por acreditarem em mim e apoiar as minhas ideias e projetos, mesmo que à custa de distância e saudades. Por me ensinarem o quanto é necessário batalhar para vencer. A minha irmã, Gabriela, por me proporcionar uma visão diferenciada do mundo, muito mais aberta e corajosa. A Mãe, pelo amor incondicional.

A minha família, Vô Messias, Vós Eny e Maria, pilares que sustentam tios, tias, primos, primas e sem os quais nada seríamos.

Aos meus tios Didi, The, Rô, Gê e Tatá, por serem fundamentais no que me tornei hoje e por trazerem Deícuro, Flávio, Sabrina e Márcio. Além, é claro de Gabriel e Thiago, esperanças de continuidade.

À minha orientadora Doutora Cláudia Sofia Oliveira Dias Monge.

Aos professores Jorge Reis Novais, Jaime Vale, Maria Fernanda Palma e Pedro Moniz Lopes, pelas aulas ministradas no primeiro ano do mestrado.

A Yara Gurgel, professora e amiga que muito me ensinou não só sobre Direitos Fundamentais, mas sobre Direito, Justiça e Cozinha! Além de tirar ótimas fotos em momentos de estudo.

A todos os colegas de Mestrado, com quem pude dividir as agruras de estar longe de casa. Todas as alegrias, dificuldades, conquistas e contratempos. A todos nós muito sucesso.

Por fim, à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e a cada pessoa que dela faz parte.

Quero que o sol, não invada o meu caixão
Para a minha pobre alma não morrer de insolação
Quando eu morrer, não quero choro nem vela
Quero uma fita amarela gravada com o nome dela
Se existe alma, se há outra encarnação
Eu queria que a mulata sapateasse no meu caixão

Não quero flores nem coroa com espinho
Eu quero choro de flauta, violão e cavaquinho
Quando eu morrer, não quero choro nem vela
Quero uma fita amarela gravada com o nome dela
Estou contente, consolado por saber
Que as morenas tão formosas a terra um dia há de comer

Não tenho herdeiros, não possuo um só vintém
Eu vivi devendo a todos mas não paguei ninguém
Quando eu morrer, não quero choro nem vela
Quero uma fita amarela gravada com o nome dela
Meus inimigos que hoje falam mal de mim
Vão dizer que nunca viram uma pessoa tão boa assim

Fita amarela – Noel Rosa

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar e defender a existência do direito fundamental à morte digna. Em que pese tal direito não estar declarado expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, referência principal do trabalho, é possível extrair da interpretação constitucional a sua existência. A morte é vista como um processo em constante evolução, ela é uma certeza, talvez a única na vida do ser humano, sua inevitabilidade e as consequências jurídicas, impõe um estudo aprofundado. O avanço em tratamentos médicos tem possibilitado que o ser humano viva mais e melhor. Todavia, isso não implica necessariamente que a pessoa, enquanto sujeito de direitos, deva ter sua vida prolongada contra sua vontade. Em razão disso, nos últimos anos tem-se verificado movimentos doutrinários, jurisprudenciais e legislativos que tentam equilibrar a vontade do sujeito em viver sua vida e seus momentos finais como deseja e um “suposto” interesse social de que o direito à vida prevaleça de modo absoluto. Calcado nessas premissas é que se pretende desenvolver o estudo para colaborar com a discussão e buscar uma resposta satisfatória para a situação posta. O processo de terminalidade, como aqui se defende, deve necessariamente passar pela discussão da dignidade da morte e por consequência do exercício das liberdades individuais de forma autônoma. Figuram no centro do debate acerca do direito fundamental à morte digna conceitos como: eutanásia, ortotanásia, distanásia, aborto, suicídio assistido e cuidados paliativos. Há entre a vida e a morte não apenas a dualidade filosófica ou existencial, mas também correlação jurídica, na medida em que o direito à vida tem como correlato o dever de não matar, entretanto, o direito à morte digna tem como sua outra vertente o dever de não prolongar contra a vontade a vida do sujeito ou ainda o dever de não agir de forma paternalista e obstinada frente ao desejo terminal. Para desenvolver a noção de que existe o direito fundamental à morte digna, e que ele pode ser exercido em certos casos, a dignidade da pessoa humana foi o referencial máximo em razão da força normativa inerente ao conceito, que funciona aqui não como mero argumento retórico, mas como conteúdo essencial do direito fundamental, que, conforme se investigou, apresenta características que permitem lhe reconhecer como direito fundamental autônomo do direito à vida como muitas vezes é colocado. Se se defende a existência do direito fundamental à vida digna, o

mesmo deve valer para o direito fundamental à morte digna. Se há vida boa, deve haver morte boa.

Palavras-chave: Dignidade - Direitos Fundamentais – Liberdade – Autonomia - Morte.

ABSTRACT

This article aims to discuss and defend the validity and dignity of the fundamental right to a dignified death. Although this right is not expressly stated in the Brazilian legal system, the main reference of this essay, it is possible to extract from its constitutional interpretation its existence. Death is seen as a process in constant evolution, it is a certainty, perhaps the only one in the human being's life, its inevitability and the legal consequences imposes an in-depth study. Advances in medical treatments have made it possible for the human being to live longer and better. However, this does not necessarily imply that the person, as subject of rights, should have his or her life prolonged against his will. For this reason, in recent years there have been doctrinal, jurisprudential and legislative movements that try to balance the subject's desire to live his life and his final moments as he wishes and a "supposed" social interest that the right to life prevails in a sovereign way. Based on these premises we intend to develop the study to collaborate with the discussion and to reach a satisfactory answer to the question. The termination process, as defended here, must necessarily involve the discussion of the dignity of death and the consequence of the exercise of individual freedoms in an autonomous way. The concepts of euthanasia, orthothanasia, dysthanasia, abortion, assisted suicide and palliative care are at the center of the debate on the fundamental right to a dignified death. There is between life and death not only the philosophical or existential duality, but also legal correlation insofar as the right to life is matched by the duty not to kill, while the right to a dignified death has as its other aspect the duty of not prolonging against the will, the life of the subject or the duty not to act in a paternalistic and obstinate way in front of the terminal desire. In order to develop the notion that there is a fundamental right to a dignified death, and that it can be exercised in specific cases, the dignity of the human person was the maximum referential because of the normative force inherent in its concept, which functions here not as a mere argument rhetoric, but as an essential content of the fundamental right, which, as it has been investigated, has characteristics that allow it to be recognized as an autonomous fundamental right of the right to life. If defends the existence of the fundamental right to a dignified life, the same must be true for the fundamental right to a dignified death. If there is good life, there must be good death.

Key-Words: Dignity - Fundamental Rights – Freedom – Autonomy - Death

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO	10
2 - TERMINALIDADE	19
2.1 - TERMINALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS	21
3 - IN LOCUM REFRIGERII, LUCIS ET PACIS	24
3.1 - A MORTE ENQUANTO PROCESSO	29
3.2. – AS INTERMITÊNCIAS DA MORTE.....	31
4 - E A VIDA, O QUE É?	35
5 - O PAPEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	55
6 - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	66
6.1. DIGNIDADE E DEMOCRACIA	85
7 - DIREITO FUNDAMENTAL À MORTE DIGNA	88
7.1 - DIMENSÃO OBJETIVA	95
7.2 - DIMENSÃO SUBJETIVA.....	97
7.3 – DISPOSIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	99
7.3.1 - Requisitos para efetivação da disponibilidade de Direitos Fundamentais	109
7.4 - VERTENTE POSITIVA E NEGATIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORTE DIGNA	113
7.5 - DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS ..	115
8 - MORTE COM INTERVENÇÃO: OS CONCEITOS ESSENCIAIS	118
8.1 - TOMADA DE DECISÃO E CONSENTIMENTO INFORMADO.....	119
8.2 - EUTANÁSIA	127
8.3 - DISTANÁSIA	130
8.4 - MISTANÁSIA.....	132
8.5 - ORTOTANÁSIA:.....	134
8.6 – DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	140
9 - CONCLUSÃO	146
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	150

1 - INTRODUÇÃO

A ideia de início e fim de vida tem sofrido ao longo do tempo importantes transformações em decorrência de novas descobertas tecnológicas que permitem desde a concepção de embriões congelados há tempos até a manutenção da vida por meio de aparelhos por período indeterminado. Em razão disso, a sensação de domínio da vida e da morte tem aumentado, pois é possível ao Homem valer-se da técnica para tentar ludibriar a natureza.

Dos avanços médicos surgem as inovações jurídicas, já que a interferência daquela nesta ciência é inegável. Alterando-se, por exemplo, o conceito de morte, afeta-se o termo de finalidade da personalidade para fins do Direito Civil, já que a “A existência da pessoa natural termina com a morte¹”.

No mesmo norte o conceito de vida enfrenta a dificuldade de ser polissêmico. Parece impossível traduzir vida enquanto estado biológico apenas. Ademais, é inegável que a ideia de morte não está vinculada apenas a critérios médicos, mas ancorada à ideia de vida, são conceitos que pertencem à mesma moeda, portanto, é impossível construir qualquer conclusão que leve apenas um lado em consideração, principalmente quando se trata da temática da terminalidade.

O direito se arvora cada vez mais no pluralismo para assegurar proteção a todos que dele dependem e que a ele recorrem. Os tribunais cada vez mais se deparam com teses jurídicas que buscam amparo na Constituição para fazer valer aquilo que acredita ser verdadeiro e justo. Cabe ao direito responder a tais questionamentos de forma adequada e legal, evitando julgamentos morais e valorativos.

A decisão de como viver a vida é eminentemente pessoal e situa-se no âmbito da autodeterminação e cada vez mais tem sido exercida e discutida, o que implica na necessidade de posicionamentos jurídicos ante o dilema posto em se saber em que

¹ Artigo 6º do Código Civil Brasileiro.

medida a vida enquanto direito fundamental inclui o direito de não viver quando não mais é possível sem dignidade.

Aliada ao aumento da expectativa de vida veio a necessidade de obter melhor qualidade de vida, o que implica na noção de que viver muito tempo não é, necessariamente, viver bem. O direito deve buscar acompanhar a evolução médica, o que diga-se, tem feito com muito pouco sucesso. A evolução legislativa encontra-se repleta de lacunas que necessitam ser preenchidas por figuras interpretativas. Até então a ciência jurídicas tem se mostrado incapaz de acompanhar pesquisas sobre genoma, clonagem, reprodução assistida, prolongamento artificial da vida humana, aborto, dentre outras experiências que antes só eram imaginadas em filmes de ficção científica.

Em especial, o ordenamento brasileiro carece de matéria legislativa sobre os temas apontados, o que deságua na necessidade de posicionamento judicial acerca dessa temática criando soluções que funcionam instantaneamente, porém que são incompletas ao se transportar para a aplicação cotidiana e não encontrar o correspondente legislativo.

O dilema que se encontra é a necessidade de regulação inerente ao direito e a rápida evolução das ciências médicas. Soma-se a isso a alteração dada a importância da autonomia do paciente, outrora, aquele que aguardava a decisão médica, para aquele que participa, influencia e decide. Nesse viés, as questões controversas não se fixam apenas juridicamente, mas também às ciências médicas, uma vez que o paciente hoje tem acesso fácil e rápido a uma gama de informações disponíveis na internet, mesmo que a confiabilidade de muitas possa ser questionada.

Outra importante alteração de significado é a relação que a sociedade ocidental em geral passou a ter com a morte. Se antes, ela era um fato cotidiano e inevitável, atualmente morrer significa a derrota da medicina e a vitória da doença. A morte deixou de ser um processo próximo para se tornar asséptica e indesejada de todas as gentes.

“Ser pessoa implica ser mais que uma unidade física. Inclui a participação em processos e percepções cujos conteúdos são históricos, psicológicos e valorativos²”, essa afirmativa norteia a diferenciação entre pessoa e indivíduo, implicando na necessidade de ampliação de horizontes e transposição da lógica individualista para que se proporcione acesso à concretização dos ideais de vida boa. A noção de pessoa humana necessita de uma correspondência histórico-social, pois não há pessoa que exista sem a construção de sua identidade junto a sua comunidade. Além da existência corpórea, em que pese cada vez mais ser possível intervir no corpo humano, não é possível conceber a existência de uma pessoa sem sua unidade física, mas sem que isso como afirmado seja o único elemento caracterizador.

Enquanto o indivíduo se realiza nas próprias possibilidades e objetivos, a pessoa se realiza de forma comunitária e social, implicando na maximização não apenas de seus ideais, mas de toda a coletividade.

As necessidades humanas são insaciáveis, mudaram ao longo da história e mudarão muitas outras vezes, o que implica na reconstrução constante dos valores e referenciais que pautam o comportamento humano. Não se pode afirmar que aquilo que hoje se tem como vida boa será assim considerada amanhã. Essa reconstrução do ser humano lhe coloca na condição de ser inacabado que busca sempre adequar seu conjunto de normas às suas necessidades, contudo, a evolução jurídica nem sempre é capaz de acompanhar em tempo real tais modificações impelindo a constante pesquisa e atualização. Há situações em que a linguagem jurídica não consegue descrever de fato o que pretende proteger deixando desguarnecido o direito em certas ocasiões, sendo, portanto, necessário a técnicas hermenêuticas para apreender o significado do direito dentro do ordenamento jurídico. Há também situações em que o direito não acompanha a evolução social necessitando ser atualizado e reescrito para que então possa exercer de forma condigna sua função.

² STANCIOLI, Brunello. **Direitos Fundamentais e direitos da personalidade**. Belo Horizonte: DelRey, 2010, p. 22.

Os direitos fundamentais, em especial sofrem diretamente com a revalorização das prioridades do Homem, que torna fundamental aquilo que importa na sua sobrevivência. Como se extrai da própria significação, fundamental é tudo aquilo que alicerça a vida humana e se altera de acordo com as necessidades de cada época. Estamos em uma época em que o sujeito não se distingue pela estabilidade, mas pela pluralidade que faz com que esteja conectado com diferentes esferas de convivência simultaneamente, o que implica na multiplicidade de possibilidades de vida boa e na necessidade de adaptar-se a cada realidade.

O problema da pesquisa realizada reside na necessidade de buscar equilíbrio entre o aumento da discussão sobre o direito fundamental de morrer e o impedimento ao exercício do mesmo no ordenamento jurídico brasileiro. Perguntas como: A vida é um direito ou um dever? É possível dispor de direitos fundamentais? são constantes no decorrer do que se apresenta. Para respondê-las partiu-se da hipótese de que o direito à morte digna não é apenas uma decorrência do direito fundamental à vida, todavia possui conteúdo normativo próprio que lhe garante força o suficiente para ser invocado e assegurado a qualquer pessoa que detenha as condições de fazê-lo. Para tanto, parte-se do pressuposto de que uma das condições, talvez a mais importante, para o exercício desse direito é o estado terminal, ou seja, estar acometido de quadro clínico ao qual o estado atual das ciências médicas não encontra cura, apenas consegue apaziguar as dores físicas e psíquicas.

A busca pelas respostas das perguntas postas passou pelo estudo das teorias de direitos fundamentais para então encontrar sua fundamentação da dignidade da pessoa humana tendo-a como pressuposto de respeito à autonomia e liberdade de todos os seres humanos. A dignidade desvela-se no presente estudo não em sua faceta retórica, muito comum em discussões acerca de direitos fundamentais, mas como conteúdo normativo nuclear de todos os direitos fundamentais, inclusive o direito fundamental à morte digna.

Considerando que a morte é uma certeza, talvez a única na vida do ser humano, sua inevitabilidade e as consequências jurídicas e não jurídicas impõe um estudo aprofundado sobre seu processo sob o olhar do Direito, em especial no atual

momento da sociedade em que diversos países discutem as possibilidades de eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade, todas abarcadas por este trabalho. Aliado a isso, o avanço de tratamentos médicos tem possibilitado ao ser humano viver de forma mais longa e com melhores condições de vida, alterando significativamente os parâmetros de vida boa e até mesmo o que se entende por dignidade. Isso não implica necessariamente que a pessoa, enquanto sujeito de direitos, deva ter sua vida prolongada contra sua vontade, ou mesmo que a manutenção artificial da vida biológica seja algo sempre desejado. Em razão disso, nos últimos anos tem-se verificado movimentos doutrinários, jurisprudenciais e legislativos que tentam equilibrar o desejo do sujeito em viver sua vida e seus momentos finais como deseja e um “suposto” interesse social de que o direito à vida prevaleça de modo absoluto.

Calcado nessas premissas é que se pretende desenvolver o estudo para que se possa então colaborar com a discussão e achar uma resposta satisfatória do ponto de vista jurídico para a situação posta. As questões são apresentadas de forma a ter por referencial o ordenamento jurídico brasileiro, mas sem perder de vista a interface dos ordenamentos que podem servir de comparação, como por exemplo, o português, que em um passado muito recente enfrentou e legislou acerca das diretivas antecipadas de vontade e estabeleceu extensa discussão sobre a prática da eutanásia.

O Direito, enquanto ciência social aplicada deve considerar os impactos sociais de suas normas, não podendo se furtar de considerar os anseios dos cidadãos ou pior, afastá-los das discussões que culminam na produção dessas normas. É preciso manter constante o diálogo entre os três poderes – legislativo, executivo e judiciário – com a academia e, principalmente, com a população. A execução de direitos fundamentais é essencial para que se tenha qualidade democrática. Sem direitos fundamentais, devidamente garantidos e implementados, não há democracia, conseqüentemente, não basta que tais direitos sejam apenas formalmente previstos, é preciso que haja uma real integração entre todos os envolvidos.

Seguindo essa linha, o capítulo que abre o presente estudo, Terminalidade, apresenta o conceito que norteia a possibilidade de exercício do direito fundamental à morte digna, isso porque, apesar de defendê-lo como direito fundamental autônomo, impõe certas condições para ser exercido, sendo a principal delas que a pessoa seja portadora de doença terminal. Esse conceito, estranho ao mundo jurídico, é importado das ciências médicas, já que são elas as responsáveis pelas determinações de caracterização do quadro clínico. Apresenta-se então a interseção entre a terminalidade e os direitos fundamentais, abrindo-se a via para compreensão de sua autonomia no sistema constitucional.

O capítulo seguinte, cujo título, *In locum refrigerii, lucis et pacis*, teve inspiração nos cânones católicos, em especial no momento da celebração litúrgica em que os mortos são lembrados. Estuda-se a evolução da morte na sociedade ocidental, a morte como parte indissociável da vida e a que chegará para todos. A morte, portanto, não é um direito, mas consequência natural e inexorável a todos aqueles que estão vivos e tal qual tudo o que se insere na sociedade com ela sofre mudanças. No caso da morte, percebe-se que houve momentos na história em que ela foi vista de forma natural, como mais um acontecimento cotidiano, sendo por vezes celebrada e sentida na rotina das pessoas. Entretanto, modificações sociais e a capacidade humana de curar doenças e promover melhoras na qualidade de vida fez com que a morte fosse evitada, rejeitada e relegada a locais assépticos, deixando de ocorrer sob os olhares de todos. Nesse capítulo ainda, as intermitências da morte são apresentadas sob o aspecto das consequências advindas do morrer e chega-se a conclusão de que morte e vida são dois lados da mesma moeda e devem conviver sob os auspícios do mesmo ser humano devendo o ordenamento jurídico ser lido de forma a valorizar o ser humano em todas as suas potencialidades.

Para melhor compreender a morte, é preciso então estudar a vida, bem jurídico máximo do ordenamento jurídico, cujo entendimento divide estudiosos. Vida é biológica ou social? É dada ou construída? A vida é um direito ou um dever? O constituinte determinou a inviolabilidade do direito à vida, mas também assegurou a liberdade e a autonomia para que o sujeito possa ser tratado dignamente. Dessa

leitura do sistema constitucional corrobora-se com a ideia de “vida boa” aquela que a pessoa pode viver como bem entender, que pode viver sem ter a vergonha de ser feliz, pois se para uns é luta e prazer, para outros o melhor é morrer com dignidade observando critérios definidos para momentos de terminalidade.

Adiante, debruça-se sobre o papel dos direitos fundamentais na formação da pessoa, do Estado e como a compreensão de fundamentalidade de um direito implica em compromissos entre todos para com todos e do Estado para com os cidadãos. Nesse sentido, admite-se que é impossível ao constituinte prever todos os direitos fundamentais que assim poderão ser considerados, visto que a sociedade muda e com ela aquilo que se pretende afirmar como fundamental. Entrementes, a invocação de direitos fundamentais deve ser feita com parcimônia para que os conflitos surgidos não anulem as forças normativas desses direitos e os tornem argumentos ilustrativos. A função maior dos direitos fundamentais, afirma-se, e de servir como trunfos para aqueles que se vejam ameaçados em situações que a Constituição lhes garante proteção e que sem os direitos fundamentais a própria existência do sujeito é posta em xeque.

Não se confundindo com os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana é posta no capítulo 6 como conformadora do direito fundamental à morte digna. Não se pode falar em vida boa, sem que isso seja atrelado à noção de vida digna e dignidade mais que os direitos fundamentais. Não pode se perder em ilações retóricas e ser invocada para solucionar conflitos comezinhos. Seu conteúdo normativo se revela como essência de todos os direitos fundamentais, e, portanto, funciona como limite à disposição daqueles. Todavia, é também o que deve prevalecer sobre todas as situações, ainda que para isso seja necessário que um direito fundamental prevaleça sobre algum outro, para ser mais exato, o reforço da dignidade da pessoa humana como se verá, permite o livre e autônomo exercício do direito fundamental à morte digna sobre a vida biológica. Esse capítulo é desdobramento direto dos estudos realizados na cadeira de direito fundamental nos anos de 2016 e 2017, sendo a ideia central dessa dissertação desenvolvida ao longo das aulas ministradas. Muito do que aqui se escreveu encontra eco nas discussões

estabelecidas em sala e no trabalho produzido que serviu para germinar os argumentos e conclusões que ora se apresentam.

Posta as premissas, o capítulo Direito fundamental à morte digna, expõe as bases para que se possa compreender a morte digna como direito fundamental autônomo, não apenas como consequência do direito à vida. Verifica-se que existem pressupostos normativos suficientes para defender que morrer dignamente é tal fundamental quanto viver dignamente, e para tanto esse direito deve gozar de todos os pressupostos básicos de proteção e promoção que os demais direitos fundamentais.

Por fim, são apresentados conceitos essenciais para a compreensão do atual estado do direito fundamental à morte digna. As discussões sobre o tema perpassam a compreensão da liberdade e autonomia da pessoa para tomar suas decisões quando em estágio terminal, por meio do consentimento informado acerca de procedimentos médicos que façam valer suas vontades. No que toca os procedimentos que conduzem à concretização da morte digna ou mesmo a sua negação, ressaem a eutanásia, distanásia, mistanásia e ortotanásia, sendo essa última o procedimento mais adequado para se alcançar os objetivos aqui defendidos.

O caminho a percorrer não é simples, o tema exige que deixe de lado preconceitos e discutam-se assuntos que em boa parte da sociedade ocidental são considerados tabus. O ser humano, somente pode ser verdadeiramente humano, quando conseguir tratar o tema morte sem que lhe pareça um tabu, discutindo sua mortalidade e suas consequências.

Uma das conclusões possíveis ao fim do presente estudo é que a ciência deve prestar-se sempre a melhorar as condições do ser humano, sejam elas ambientais, econômicas, sociais, geográficas. Contudo, não se pode perder de vista que qualquer intervenção deve respeitar e servir à dignidade da pessoa humana possibilitando a realização da autonomia, liberdade e vida boa. A utilização da ciência, seja ela médica ou jurídica, que atente contra tais pressupostos, corre o

risco de culminar em abusos que objetificam a pessoa, uma vez que a perda da autonomia, da liberdade e da não realização do ideal de vida boa, não apenas atinge a individualidade do sujeito, mas sua identidade enquanto humano, pois é daí que se extrai o conteúdo essencial da dignidade, componente primordial do Homem.

A morte ainda é vista como a derrota dos avanços médicos e empecilho para que o homem possa vencer todos os cavaleiros do apocalipse: já vencemos a peste por meio da descoberta de cura para inúmeras doenças, a guerra, apesar de ainda existir em vários cantos do planeta, não tem as proporções globais há bastante tempo, e a fome por meio da produção de alimentos, em que pese à má distribuição de recursos fazendo com que existam pessoas que ainda vivem abaixo da linha da miséria. Para esses três cavaleiros têm meios técnicos de combater, porém a morte continua a vencer o homem todos os dias da sua vida.

2 - TERMINALIDADE

O conceito de terminalidade não é comum ao direito quanto, por exemplo, o conceito de dignidade. Aquele tem intrínseca ligação com quadros clínicos e patologias, ou seja, de institutos estranhos às ciências jurídicas. Todavia, graças ao auxílio, em especial das ciências médicas, pode-se encontrar algumas definições que nortearão o presente trabalho.

Terminalidade diz respeito ao paciente portador de doença terminal, assim compreendido como aquele que se encontra em fase de fim de vida, podendo o quadro clínico ser determinado apenas de forma casuística, mas cujo denominador comum é o acometimento de doença que não responde a nenhum tratamento conhecido e tem o resultado morte como fator inevitável independente de qualquer que seja esforço empregado. Pode-se ainda encontrar a classificação de doente terminal relativa ao prognóstico de tempo de vida do paciente, sendo estabelecido pela Associação Portuguesa de Cuidados Paliativos entre três e seis meses³.

No contexto da terminalidade, a morte é uma possibilidade próxima, uma companheira constante da qual não se pode se afastar. Diante dessa certeza é que sobressai a necessidade de compreender as consequências da sua anunciação e de tudo que advém após sua chegada.

Em uma concepção mais filosófica:

(...) o paciente portador de doença terminal é um Ser-aí e sua essência consiste na sua existência (...) por ser um Ser-aí é um ser-no-mundo e sua existência constitui-se por suas relações com o ambiente das coisas e com outras pessoas. (...) a verdade fundamental do Ser-aí é de que vai morrer. Veio do nada e dentro em breve voltará ao nada. A morte, porém, é das possibilidades de ser a mais pessoal, a mais ímpar, e a mais intransferível so Ser-aí, pois, o próprio Ser do Ser-aí é ser-para-a-morte.⁴

³ NUNES, Rui. *Diretivas Antecipadas de vontade*. Brasília. CFM. Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, 2016, p.77.

⁴ BOEMER, Magali R. (Magali Roseira); PELÁ, Nilza Teresa Rotter ESCOLA DE ENFERMAGEM DE RIBEIRÃO PRETO; UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *A morte, o morrer e o morrendo: estudo de pacientes terminais*. 1985 iv, 205 f. enc.: Tese (doutorado) - Universidade de São Paulo, Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto.

Sobressai que a terminalidade implica na inexorabilidade da morte, não havendo mais o que se fazer a não ser garantir ao paciente - que é sempre bom lembrar é uma pessoa dotada de dignidade independente do estado em que se encontre – qualidade de (fim) de vida. Nesse cenário, apontam-se algumas possibilidades que serão alvo do presente trabalho: (i) prolongar a vida do paciente a todo custo, ainda que isso implique a manutenção da exclusividade da sua vida biológica. Atualmente, as ciências médicas possuem conhecimento e tecnologia para manter o paciente vivo por longos períodos de tempo; (ii) interromper a vida do paciente, podendo isso ser feito pelo próprio ou com o auxílio de terceiros; (iii) valer-se de cuidados que melhorem a qualidade de vida. Os chamados cuidados paliativos têm por escopo o alívio do sofrimento causado pela doença com a integração e diálogo entre o paciente, família e corpo clínico, ou seja, de todos os envolvidos.

Em razão do aumento da expectativa de vida em todo mundo aliado aos avanços tecnológicos que resultam na melhoria da qualidade de vida, tem-se cada vez mais identificado casos terminais⁵, o que denota a urgência em compreender e regular o tema, pois não basta bons conhecimentos médicos ou um bom ordenamento jurídico para que se garanta dignidade, direitos fundamentais, uma boa vida ou boa morte, é preciso antes compreender o indivíduo e garantir que suas vontades serão respeitadas e que suas potencialidades poderão ser desenvolvidas, caso contrário a terminalidade não será apenas do quadro clínico, mas sim do próprio Estado de Direito.

Apesar de estar próximo da morte, não se pode esquecer que o paciente portador de doença terminal ainda está vivo. Sua condição somente o coloca em situação limiar que lhe assegura certos direitos fundamentais, dentre os quais o direito à vida e à morte, sem perder de vista que acima de tudo é um ser humano dotado de dignidade e isso deve pautar toda e qualquer intervenção a que se lhe submeta.

⁵ A título de exemplo o relatório da Organização Mundial de Saúde aponta o aumento exponencial no diagnóstico de casos de câncer, doença que em casos em que o diagnóstico não é precoce implica em alta taxa de mortalidade. Disponível em: <<https://www.who.int/en/news-room/detail/03-02-2017-early-cancer-diagnosis-saves-lives-cuts-treatment-costs>>. Acesso em: 02 mai. 2019

2.1 - TERMINALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Estabelecida a importância da morte para o homem e a sociedade atual, necessário se faz delimitar o conceito de terminalidade, isso porque uma vez morto, o indivíduo perde sua capacidade exercer direitos, finda-se sua personalidade jurídica. Todavia, muitas vezes, o processo de que leva a morte implica em um quadro clínico específico, no qual vive-se a condição de ciência da finitude próxima em razão de patologia medicamente diagnosticada, não suprime, necessariamente, a capacidade ou a personalidade do sujeito. Esse é o momento que se inicia a terminalidade.

Um indivíduo, ainda que em estado terminal, é destinatário de direitos fundamentais e goza de dignidade⁶. Esta última determinante para a compreensão do presente trabalho não se confunde, como se verá adiante, com direitos fundamentais. Em que pese à possibilidade de compreensão da dignidade como um direito fundamental, o que ora se advoga é que ela estaria em um patamar superior a esses últimos.

A dignidade, e isso será melhor explorado, encontra-se no núcleo essencial de cada direito fundamental. Em razão disso, por vezes pode ser posta em ambos os lados de disputas envolvendo os tais direitos. Além disso, por alcançar a todos os seres humanos e ter força normativa superior a qualquer outro direito, por vezes sua utilização é leviana, desvalorizando-a e desacreditando-a.

Há dificuldade em estabelecer o conceito de terminalidade, tendo em vista que a morte é uma certeza, o destino final de todos os seres vivos. Apenas não se sabe quando ou como será o final da jornada. A vida em si, a partir do momento em que se inicia, caminha para a morte, é esse o movimento natural.

⁶ Necessário apontar que os casos de terminalidade são complexos e **trazem** reflexo para a vida de todos aqueles que cercam o paciente. É necessário, portanto, que todos sejam envolvidos nas tomadas de decisão, pois fazem parte do sistema de informação, influenciando nas escolhas que serão tomadas quando, por vezes, são eles próprios incumbidos de decidir o que fazer. **É por esse motivo** que o tratamento de pacientes terminais deve ser realizado por uma equipe multidisciplinar, muitas são as variáveis que formam a tomada de decisão verdadeiramente informada e consciente. Além disso, muitas são as pessoas, os sentimentos e os interesses que rondam situações terminais.

Para o presente trabalho adotar-se-á a conceituação de que terminal é aquele paciente portador de enfermidade grave, considerada incurável e que o evento morte pode ser esperado de forma iminente sem que as tecnologias existentes possam aumentar de forma significativa a longevidade ou a qualidade de vida, pressupondo aí a possibilidade de o paciente comportar-se como quando era tido como saudável⁷.

O fato de uma pessoa se encontrar em estado terminal, não lhe retira a condição de sujeito de direitos. Ainda que nessa situação a pessoa goze da necessária proteção de seus direitos fundamentais, dentre os quais o de ter uma vida digna, isso importa necessariamente no respeito de suas vontades quando possíveis de expressão ou quando expressas em momentos anterior à impossibilidade de manifestá-las.

É necessário que se reconheça a ideia de que há o direito de viver em plenitude, incluindo-se a última etapa da vida, mesmo que esteja de frente a limitações e sofrimentos. Há que se respeitar as vicissitudes individuais concedendo a cada indivíduo a possibilidade de gozar de seu último suspiro da forma que lhe aprouver. O direito à morte digna, em linhas gerais, nada mais é do que a prevalência da autonomia e liberdade do indivíduo em seus últimos momentos, garantindo-lhe que tudo o quanto viveu e produziu baseado em sua noção de dignidade e vida boa, possa ser respeitado quando, e seu leito de morte, não possa mais expressar sua vontade. Devem aqueles que ficam a observar e fazerem cumprir as diretrizes deixadas por aquele que parte, pois somente assim se aperfeiçoa o exercício de direitos tão caros ao indivíduo, a coletividade e a própria democracia.

A vida humana não pode ser resumida a seu aspecto biológico ou mesmo à sua “cartesiana racionalidade”⁸. No que toca o reconhecimento da morte digna como um direito fundamental, a dignidade serve como fiel para determinar quando a racionalidade deve ceder lugar à interpretação humanista, cujo cerne está o sujeito autônomo detentor de vontades. Não está em jogo a mitigação ou limitação da

⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. **O paciente que vai morrer** – Direito de saber a verdade. Disponível em: <<http://www.malthus.com.br/artigos.asp?id=114#set>> Acesso em: 03 fev. 2019.

⁸ BRITO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.78.

dignidade, mas seu reforço e afirmação. E uma vez que o Estado pretenda proteger a vida e a partir disso se proponha a dialogar com o indivíduo, titular inequívoco desse direito, as chances de ser exitoso na criação de políticas públicas que sejam favoráveis à prevalência de uma vida digna em todos os momentos, incluindo-se os finais, torna-se muito maior. Ao contrário, caso se pretenda decidir o que é uma vida digna mantendo-se a estrutura burocrata e solipsista, tendo aquele que deseja exercer o direito fundamental à morte digna como inimigo, o fracasso é garantido.

3 - IN LOCUM REFRIGERII, LUCIS ET PACIS

Das grandes diferenças que o homem apresenta em relação aos demais animais, a consciência da sua finitude é uma das mais importantes, pois a certeza de que vamos morrer dita, ainda que implicitamente, muitas de nossas ações⁹. Ainda que se tenham recursos médicos para prolongar a vida, a morte é uma realidade inescapável, enquanto a imortalidade é apenas uma ideia. Por isso, compreender o fenômeno da morte e suas consequências para o Direito é um imperativo, principalmente ante a possibilidade cada vez mais concreta de controle sobre o momento de morrer.

A morte é algo que acompanha todo ser vivo. Ela é um fenômeno absolutamente natural e inerente à vida, são, portanto, indissociáveis. Contudo, a relação entre o homem e a morte sofreu mudanças ao longo do tempo, seja em razão de convicções religiosas dominantes em determinadas épocas da história, seja em razão da interferência do capital, como é o caso da Revolução Cemiterada ocorrida no Brasil nos idos dos anos 1800, ou ainda por técnicas médicas que prolongam a expectativa de vida.

Lidar com a morte é lidar com a finitude e algo que até o presente momento o homem não conseguiu controlar, o tempo. A percepção de tempo na sociedade atual é muito diferente daquela de um homem medieval. A expectativa de vida é talvez o mais palpável elemento dessa modificação da noção do espaço temporal, já que o que antes demorava dias, como por exemplo, uma viagem entre Brasil e Portugal, hoje é feito em horas. A morte significa a interrupção desse fluxo vital contínuo de pessoas e bens que move o mundo.

Mesmo sendo algo inescapável, o homem desde os tempos mais remotos buscou formas de não apenas ludibriar, mas como também superar a morte. Modernamente esse objetivo tem sido alcançado com algum sucesso pela medicina que cada vez mais tem prolongado a vida, curado enfermidades tidas como incuráveis ou ainda

⁹ ANDORNO. Roberto. Bioética y dignidade de la persona. Madrid. Tecnos. Pg 156.

controlado aquelas que apesar de incuráveis, já não apresentam altos índices de mortalidade.

A morte, antes sensível e presente no cotidiano daqueles que vivenciaram guerras e doenças que dizimaram populações inteiras, hoje fica restrita a locais assépticos e distantes dos olhos mortais. Mais que temida a morte deve ser evitada. Já não é mais um acontecimento natural, mas sim, a derrota e a perda.

Philippe Ariès ensina que existem duas formas distintas de pensar na morte. A primeira, típica da civilização moderna e tecnicista, recusa a morte e a interdita. E a segunda, das chamadas civilizações tradicionais, têm a morte como algo presente e próximo da vida cotidiana¹⁰.

A posição do homem diante da morte é algo que se de certa forma não conheceu muitas mudanças históricas até o momento em que ela tornou-se indesejada e combatida. Entende Ariès que a morte temporalmente mais antiga era mais próxima, domada, não recaía sobre a ideia de mortalidade o medo, quase paralisante de dizer-lhe. Exatamente por ser mais sensível e comum na vida das pessoas. Sempre se morria em público, hoje temos todas as chances de morrer no isolamento de um quarto de hospital, portanto, distante inclusive dos nossos entes queridos, o que atrai para a morte a ideia de solidão e abandono¹¹.

Seguindo esse entendimento, pode-se afirmar com certo grau de certeza, que a morte nos dias de hoje é um evento traumático ante seu significado de separação daquilo que se constrói em vida. Cumpre lembrar que a morte é o início da divisão dos bens deixados pelo morto, ou seja, é a dilapidação de tudo o que construiu. Como implicação dessa consciência aponta-se que o homem adquiriu um enorme amor pela vida, dado que ela significa não apenas a manutenção do ser, mas também a sua existência.

¹⁰ ARIÈS, Philippe. **O homem diante da morte**. São Paulo: Unesp, 2014, p. 29

¹¹ ARIÈS, Philippe. **O homem diante da morte**. São Paulo: Unesp, 2014, p. 24

Fato é que por muito tempo a morte foi escondida e até mesmo negligenciada. Em razão disso, tudo o que lhe dizia respeito foi posto a margem. Em que pese sua certeza na vida das pessoas, a morte não era discutida. No entanto, desde os anos 1950 tem se discutido a seu respeito e uma gama de obras jurídicas e não jurídicas tem sido produzida com intuito de jogar luz sobre esse tema. Essa evolução teve impactos significativos em várias ciências.

Na medicina, o papel paternalista do médico foi colocado em questão abrindo-se a via de diálogo e do consentimento informado. As decisões médicas passaram a incluir a opinião do paciente. No campo do direito, que de fato importa para o presente trabalho, as discussões sobre eutanásia, suicídio assistido, aborto, cuidados paliativos e disponibilidade de direitos fundamentais foram impulsionadas pelo desenvolvimento da bioética e do Biodireito. Diversos países passaram a discutir a inclusão em suas legislações de dispositivos que dispõem sobre as diretivas antecipadas de vontade, a morte digna e demais aspectos do fim da vida, o que será objeto de estudo no capítulo 8.

Ao falar sobre a morte se reconhece a dignidade que por muito tempo lhe foi negada. Curioso notar que muitas sociedades têm um cuidado com o morto, mas pouco se preocupam com a morte em si. João José Reis¹² dá conta de que tanto no Brasil, especificadamente na Bahia do século XIX, como em países de raízes portuguesas e africanas, o cuidado com o morto envolvia uma série de ritos fúnebres que iam desde a preparação da morte por meio de oferendas e orações feitas ainda em vida, como também o cuidado com os mortos, dando-lhes banho, higienizando e embelezando. Nos Estado Unidos da América a indústria de embalsamamento desenvolveu-se para tornar apresentável o morto para os ritos fúnebres.

Esse cuidado, entretanto, não se reflete nos cuidados práticos que antecedem a morte. Aqui não se referencia cuidados espirituais, cuja presença é forte em quase todos os relatos, assim a preparação da alma para o porvir é comum¹³. O que se

¹² REIS, João José. **A morte é uma festa**. Ritos fúnebres e revolta popular no Brasil do século XIX. 7ª Reimpressão. Cia das Letras: São Paulo, 1991, p.112.

¹³ REIS, João José. **A morte é uma festa**. Ritos fúnebres e revolta popular no Brasil do século XIX. 7ª Reimpressão. Cia das Letras: São Paulo, 1991, p. 112.

aponta são as diretivas antecipadas de vontade, ou seja, toda a preparação que ainda vivo a pessoa pode realizar para que no momento da terminalidade sua vontade seja observada e cumprida, garantindo-lhe uma morte condizente com suas expectativas de vida.

A prática do testamento foi outrora muito comum, uma vez que a conceituação de boa morte passava pelo fato de não ser pego desprevenido pelo fim. Havia como dito a preparação da alma, mas também das coisas mundanas. Essa virada pode ser explicada pela sensação de que nos dias atuais a morte pode ser postergada. Ela ainda não é, via de regra, uma surpresa, mas os momentos terminais podem ser prolongados pela ciência.

Uma possível evidência disso pode ser encontrada nos motivos alegados para testar compilados por João José Reis¹⁴: “temendo-me a morte”, “molesta de cama”, “estando enferma de cama, e temendo a morte...” “temendo-me da morte”.

O testamento, via de regra, e por orientação da igreja do século XIX, deveria ser feito enquanto a pessoa gozava de plena saúde, tal como atualmente, porém era muito mais comum se lembrar de testar nos momentos finais, como hoje. O que diferencia é que naquela época a taxa de mortalidade por certas doenças e a expectativa de vida eram muito diferentes comparadas com as de hoje. Assim, se antigamente morria-se de tuberculose ou tifo, hoje essas doenças são tratáveis e sua taxa de mortalidade é muito inferior.

Certo é que a vontade do morto posta no testamento não poderia ser de forma alguma desrespeitada sob pena de condenar sua alma ao inferno, bem como amaldiçoar aqueles que agissem contra as últimas vontades do morto. Naquele período, como pode se supor, não havia diretivas como as de hoje que preveem a possibilidade de escolha de qual tratamento médico poderá se submeter o moribundo no caso de não estar em condições de externar sua vontade. As

¹⁴ REIS, João José. **A morte é uma festa**. Ritos fúnebres e revolta popular no Brasil do século XIX. 7ª Reimpressão. Cia das Letras: São Paulo, 1991. p.117.

possibilidades de testamento atualmente extrapolam as questões materiais e devem ser do mesmo modo devidamente respeitadas.

Para Philippe Ariès¹⁵, a questão da dignidade da morte passa pelo reconhecimento de que ela não é apenas um estado real, mas um acontecimento essencial que não pode ser escamoteado. Como condição disso aponta a necessidade de informação ao doente sobre seu estado real, o que hodiernamente se chama consentimento informado.

Ocorre que a dignidade na morte não se subsumiu a isso. Como se verá mais adiante a dignidade é apenas o resultado de uma série de fatores que implicam no respeito para com a vontade livre e desimpedida daquele que morre. A antiga noção de bem morrer que envolvia a realização de todos os ritos fúnebres, a preparação para a morte, a sacralização do local do descanso final, hoje deve considerar outros aspectos antes desconhecidos. Como dito, o ato de testar sobre procedimentos médicos, doação de órgãos e mesmo de decidir sobre o momento da morte ampliaram consideravelmente o bem morrer. A morte faz parte da vida e deve assim ser encarada, principalmente nos casos em que ela se faz próxima. Necessário, portanto, compreender que bem morrer, significa, atualmente, morrer com dignidade.

A morte é um importante componente em todas as culturas, tanto que em Antígona a proibição da realização dos atos fúnebres é apresentada como punição, originando-se assim a discussão sobre o que é justo ou não. Das leituras possíveis do texto a dignidade na morte é perfeitamente factível, pois ao lutar pelo enterro de seu irmão, Antígona afirma que “a morte nos impõe as suas próprias leis”, ao que Creonte responde que “...o homem bom não quer ser igualado ao mau”. Ocorre que em decorrência da postura de Creonte, desenvolve-se a tragédia que fecha a história, ao que se extrai que o desrespeito à dignidade e a não concessão da morte digna pode ter consequências devastadoras.

Cada qual sabe como lidar e qual a importância da morte e do processo de morrer. Certo é que cada indivíduo e cada cultura tem seu modo próprio de imaginar, cultivar

¹⁵ ARIÈS, Philippe. **O homem diante da morte**. São Paulo: Unesp, 2014, p. 795.

e viver a morte e esse significado é extremamente pessoal, assim como o valor que cada um dá a própria vida. Para uns, a vida somente faz sentido se houver gozo de bens materiais, para outros, a vida em uma cadeira de rodas não é digna, alguns preferem estar mortos a estarem vivos¹⁶. Por tais características é que a morte se configura como parte inegável da noção de dignidade que aqui se pretende desenvolver. A morte é indissociável da vida, não se pode falar em vida boa e digna sem tocar a morte boa e digna¹⁷.

3.1 - A MORTE ENQUANTO PROCESSO

A definição de quando ocorre a morte é tão importante quanto difícil de ser determinado. Por muito tempo a definição da morte foi marcada pela cessação da respiração. Contudo, esse critério passou a ser considerado desatualizado e incompleto, ao passo que determinou-se o fim da vida com a interrupção dos batimentos cardíacos. A evolução do conceito foi necessária em razão do desenvolvimento de aparelhos de respiração mecânica e, principalmente, pela possibilidade de realização de transplante cardíaco. Tais artifícios possibilitaram prolongar a vida e manter a “vida” de pacientes que sem a ajuda dos aparelhos seriam declarados como mortos.

Todavia, e felizmente, a evolução da medicina não estagnou nos aparelhos de respiração mecânica ou nos transplantes, que por si só já são avanços de grande monta. Atualmente, é possível que mantenham inúmeras funções do corpo humano apenas e tão somente com a ajuda de aparelhos. A exceção de todo avanço médico é a função cerebral, que uma vez interrompida caracteriza a morte clínica do sujeito. A Resolução nº 2.173/2017¹⁸ do Conselho Federal de Medicina - CFM, afirma que “que a perda completa e irreversível das funções encefálicas, definida pela cessação

¹⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer**. Eutanásia, Suicídio Assistido. 2ª ed. Belo Horizonte: DelRey, 2005,p.82.

¹⁷ MELO, Nehemias Domingos de. O direito a morrer com dignidade. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão;. DADALTO, Luciana. (Org.). **Tratado Brasileiro Sobre o Direito Fundamental à Morte Digna**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 92.

¹⁸ Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2173>>. Último acesso em 22 jul. 2018.

das atividades corticais e de tronco encefálico, caracteriza a morte encefálica e, portanto, a morte da pessoa”¹⁹.

Ainda segundo a Resolução, a verificação da morte é um processo que depende de “dois exames que confirmem coma não perceptivo e ausência de função do tronco encefálico”, bem como teste de apneia que comprove ausência de respiração e exame complementar que comprove ausência de atividade encefálica.

A morte pode não ser um evento súbito, mas um processo lento, cujas etapas podem causar dor e incômodo ao paciente. Isso porque uma vez que a ausência de respiração por si não é entendida como morte, pode-se manter alguém sob a respiração mecânica ou ainda, diante de uma parada cardiorrespiratória, executar manobras de ressuscitação. Tais procedimentos podem ser invasivos ou até mesmos contrários à vontade da pessoa.

Caso clássico a ser anotado é o das Testemunhas de Jeová que recusam qualquer tratamento médico que envolva hemoderivados. Em determinados procedimentos, necessários à manutenção da vida biológica, a utilização de hemoderivados é essencial, mas aqueles que professam essa religião não estão de acordo e preferem por vezes a não realização do procedimento ou então o risco do não tratamento. Aqui, cumpre esclarecer que ao assim se posicionarem, as Testemunhas de Jeová não estão escolhendo a morte, mas sim vivendo a vida de acordo com seus preceitos religiosos indissociáveis da sua concepção de vida digna.

A morte, compreendida enquanto um processo pode ser um espaço de reafirmação da vontade individual. Escolher como morrer é tão importante quanto escolher como se deseja viver. De outro lado, a adoção de tratamentos contrários à vontade do paciente que configuram o desejo de manter a vida a qualquer custo pode se configurar em uma aviltante ameaça à vontade individual.

¹⁹ Apenas para que não haja dúvidas, o procedimento de diagnóstico de morte prevista na Resolução do CFM aplica-se a pacientes que estejam sob algum tipo de cuidado médico. Dessa forma, excluem-se, por exemplo, casos de acidente em que se apresentem sinais claros de morte.

3.2 - AS INTERMITÊNCIAS DA MORTE

No dia seguinte ninguém morreu. O facto, por absolutamente contrário às normas da vida, causou nos espíritos uma perturbação enorme, efeito em todos os aspectos justificados, basta que nos lembremos de que não havia notícias nos quarenta volumes da história universal, nem ao menos um caso para amostra, de ter alguma vez ocorrido fenómeno semelhante, passar-se um dia completo, com todas as suas pródigas vinte e quatro horas, contadas entre diurnas e nocturnas, matutinas e vespertinas, sem que se tivesse sucedido um falecimento por doença. Uma queda mortal, um suicídio levado a bom fim, nada de nada, pela palavra nada²⁰ (SARAMAGO; José, 2005, p.11)

A morte traz consequências jurídicas de grande monta. Ela, por exemplo, põe fim a existência da pessoa natural. Todavia, seu conceito é controverso para as ciências médicas que se pressuporia que fossem capazes de determinar o encerramento da vida biológica. Afirma-se que a morte, quando não causada por um evento desastroso e repentino, é fruto de um processo que se protraí no tempo²¹. Ademais, a fixação do momento da morte também já foi alvo de divergências: já se determinou a morte em decorrência do critério da parada cardiorrespiratória, entretanto a possibilidade da reanimação após tal evento fez com que o critério fosse alterado. Atualmente, adota-se o critério da ausência de função cerebral para que determine o óbito.

No Brasil, o Ministério da Saúde define que “Morte encefálica é a definição legal de morte. É a completa e irreversível parada de todas as funções do cérebro. Isto significa que, como resultado de severa agressão ou ferimento grave no cérebro, o sangue que vem do corpo e supre o cérebro é bloqueado e o cérebro morre²²”. Esse conceito, que no Brasil é determinado pelo Conselho Federal de Medicina, tendo como dispositivo de definição a Resolução 2.173/2017, é reconhecido também internacionalmente, como por exemplo, em Portugal, conforme evidencia o artigo 12 da Lei nº 12/93.

²⁰ SARAMAGO, José. As intermitências da morte. 2005, p. 11

²¹ LOPES, Antonio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia**. Aspectos médicos e jurídicos. 2ª ed. São Paulo: Atheneu, 2014. p.49.

²² Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/dicas/146morte_encefalica.html>. Acesso em: 19 mar. 2019.

O conhecimento da morte é de vital importância, pois implica na abertura de inúmeras possibilidades médico-jurídicas. É com base na constatação da morte do indivíduo que se abre a sucessão e a possibilidade de doação de órgãos.

Todavia, a morte clínica e a morte jurídica são conceitos que não são coincidentes, aquele como dito é determinada pelas disposições do Conselho Federal de Medicina, esta, pode ser declarada “se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida”, ou seja, convivem conceitos diversos do momento da morte, com consequências próprias e efeitos no mundo e na vida das pessoas. Ambas possuem em comum apenas a condição de serem inexoráveis à condição humana.

Os avanços médicos estão voltados não apenas para a melhoria da qualidade de vida, mas apontados para a longevidade, o que implica na tentativa de se retardar, para não dizer vencer a morte. A evolução do conceito de morte e das especificações para sua declaração comprova que ao menos de certa forma é possível vencer a morte. Essa tem sido uma busca do homem ao longo do tempo e se o conceito de morte se altera, o de vida também acompanha essas mudanças, da mesma forma, o conceito de qualidade de vida. Não é possível afirmar que o homem medieval tivesse a mesma qualidade de vida do atual, para tanto basta comprar a expectativa de vida em ambos os períodos. Não que precise voltar tantos séculos, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE indica que em 1940 a expectativa de vida dos homens brasileiros era de 42,9 anos e das mulheres 48,3 anos. Em 2017, eles chegaram a 72,5 e elas 79,6 anos. Estaríamos então diante da possibilidade de um dia alcançar a longevidade secular?

Se os conceitos de morte e vida sofrem alterações tão significativas é de se imaginar que assim ocorre com a dignidade. Oportunamente se demonstrará que o conceito é poroso, dúctil e, portanto, apto a se adequar às transformações, incluindo as de vida e morte. Essa tríade se faz presente ao longo deste trabalho e mostra a interconexão existente ao ponto que é impossível a evolução isolada.

Laurent Alexandre afirma que revoluções tecnológicas nos levarão à “Humanidade 2.0” em razão daquilo que chama “geotsunami”. Seu trabalho chama atenção para a possibilidade de a morte um dia ser uma doença como outra qualquer. Ante tal possibilidade é preciso repensar a vida e antes de tudo a dignidade, pois seria possível uma vida digna que nunca se finda?

O reconhecimento da fragilidade humana serve de mola propulsora para os avanços tecnológicos que buscam contornar as limitações impostas pela natureza e isso influencia diretamente no ordenamento constitucional e nas teorias que buscam compreendê-lo. As reflexões acerca dos avanços técnicos são cada vez mais plurais e interdisciplinares, o que implica na reformulação dos direitos fundamentais para que esses passem a assegurar categorias mais diversas de situações que buscam sua proteção.

Em paralelo, tais transformações criam questionamentos acerca da interpretação e alcance da dignidade da pessoa humana compreendida, inicialmente, como “valor intrínseco, originalmente reconhecido a cada ser humano, fundado na sua autonomia ética, tendo como base uma obrigação geral de respeito da pessoa, traduzida num elenco de deveres e direitos correlatos²³.”

É possível interpretar a Constituição como “Bioconstituição”²⁴ de modo que suas normas busquem a tutela dos direitos à vida e à morte, assim como a identidade do sujeito e sua integridade psíquica e genética. O artigo 225, §1º, II e IV da Constituição deixa clara a intenção do constituinte em resguardar tais direitos. Nesse mesmo sentido, Jorge Miranda²⁵ afirma que a lei deve garantir a identidade genética do ser humano, entendido em todas as suas formas, embriões, fetos, células. Ainda que essa interpretação possa ensejar discussões que não cabem no presente trabalho, importa notar que o autor lusitano diz que a dignidade não pode ser apreendida sem considerar a bioética, o que implica em uma leitura bioconstitucionalizada do ordenamento jurídico.

²³ BARACHO, J. A. O. **A identidade genética do ser humano, Bioconstituição**: Bioética e Direito.. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 32, n.8, p. 121-133, 2000.

²⁴ BARACHO, J. A. O. **A identidade genética do ser humano, Bioconstituição**: Bioética e Direito.. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 32, n.8, p. 121-133, 2000.

²⁵ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 232.

A anunciada interconexão entre vida, morte e dignidade deságua na necessidade de equilibrar as intermitências conceituais que as permeia, pois assim como na obra que prefacia este tópico, a ausência da morte certamente traria consequências estarrecedoras nos dias atuais.

4 - E A VIDA, O QUE É?

A vida representa o bem constitucional de maior grandeza, aquela a qual o ordenamento jurídico devota o maior nível de proteção e nessa condição optou-se por classificar a vida como direito fundamental. A vida humana é um acontecimento biológico, seja marcado pelo primeiro impulso nervoso, seja pela batida do coração ou pela respiração extrauterina. Mas não se resume apenas a isso como se verá mais adiante.

Ao garantir a inviolabilidade do direito a vida, a Constituição determina que todo o ordenamento jurídico se volte à proteção desse objeto de direito fundamental e que os poderes públicos tenham participação ativa no respeito à vida. Posto isso, é possível verificar que a vida é além de um direito fundamental do qual são titulares não apenas os nascidos com vida, mas também o nascituro, mas é também um bem jurídico a ser protegido, tanto que o Código Penal, em obediência ao comando constitucional, possui um capítulo dedicado aos crimes contra a vida.

Se atualmente é inimaginável que as constituições não protejam a vida das pessoas humanas – e em algumas interpretações das pessoas não humanas – há pouco tempo o direito à vida não era sequer citado e o apreço para com a vida humana extremamente mitigada. A Segunda Guerra Mundial legou consequências indelévels às constituições e tratados internacionais promulgados e assinados após a revelação dos horrores perpetrados pelo regime nazista, em especial o total desprezo e desconsideração pela vida e pelo ser humano.

No Brasil, a primeira Constituição a prever o direito à vida, ainda que de forma embrionária, foi a de 1934, que em seu artigo 115, tratando da ordem econômica e social, dispunha que *“A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a toda existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”*.

É de se notar que desse texto fica claro que a dignidade e a vida estavam diretamente ligadas a uma concepção eminentemente econômica. Desde que

houvesse condições econômicas, poderia-se considerar reunidas as condições de uma vida digna, tanto que o parágrafo único daquele artigo previa o dever de verificação periódica por parte dos poderes públicos do “padrão de vida” referindo-se diretamente a esse padrão. Essa Constituição que impulsionou os direitos sociais criando a Justiça do Trabalho e abriu o caminho para o voto feminino, previa o estímulo à educação eugênica. Também, nessa Constituição, proibiu-se pela primeira vez a pena de morte com ressalvas “*as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro*”.

Nesse mesmo sentido, a Constituição de 1937 silenciou-se quanto ao direito à vida, sendo que somente em 1946 ela apareceu no título dos direitos e garantias individuais. Todavia, essa Constituição contemporânea do fim da Segunda Guerra Mundial, assegurou que todos deveriam ter trabalho que possibilitasse existência digna, ou seja, atrela novamente a dignidade da vida às condições econômicas, deixando de lado importantes elementos estranhos a essa esfera. Da mesma forma, procedeu ao texto da Constituição de 1967 e a emenda de 1969.

A Constituição de 1988 marca a transição do Estado autoritário para o Estado democrático de direito fundado, dentre outros, na dignidade da pessoa humana e com protagonismo dos direitos e garantias fundamentais. O artigo 5º, que inaugura o título dedicado os direitos e garantias individuais, inicia sua redação afirmando que todos são iguais perante a lei, posicionando, portanto, a igualdade como principal direito fundamental e norteador de todo o sistema de direitos e garantias fundamentais, ao passo que logo em seguida assegura a inviolabilidade do direito à vida, procedido da liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

O legislador brasileiro, na redação do caput do artigo 5º, optou por fazer a diferenciação da liberdade formal, esculpida pela fórmula “todos são iguais perante a lei” da igualdade material, positivada pela inviolabilidade da igualdade. Importa anotar que essa diferenciação é importante em razão de que durante anos a desigualdade esteve positivada no texto constitucional, o que pode ser verificado pela condição de cidadão prevista no artigo 6º da Constituição de 1824, que excluía os não libertos, mesmo após a abolição da escravidão dois anos antes; o voto

censitário extinto apenas na Constituição de 1891, mas que ainda assim não abrangia as mulheres, que somente foram incluídas no rol de eleitores em 1934. Diante desse prospecto, a Constituição de 1988 opta pelo afastamento total de qualquer forma de desigualdade e discriminação assegurando que qualquer pessoa independente de atributos pessoais tenha tratamento díspar.

Essa opção denota o apreço da Constituição para com a vida humana, já que assegura que todos são iguais ou, em uma leitura mais específica, que todas as vidas são iguais, têm igual importância e valor para o ordenamento constitucional e não devem sob qualquer pretexto ser tratadas de forma diferenciada.

O protagonismo conferido ao direito à vida se fará sentir em todo o ordenamento, em especial no Código Penal, que prevê as maiores penas aos crimes dolosos contra a vida; e no Código Civil, o início da personalidade. Portanto, a abertura para inúmeros direitos e deveres, se dá com o nascimento com vida salvaguardando o nascituro, ou seja, mesmo que a vida seja apenas um potencial, ela merece ser protegida.

A garantia de inviolabilidade do direito à vida no texto constitucional se refere ao direito de alguém manter-se vivo, ou nas palavras Ingo Sarlet²⁶ “(...) é possível afirmar que o direito à vida consiste no direito de todos os seres humanos de viverem, abarcando a existência corporal no sentido de existência biológica e fisiológica do ser humano”. Não se vislumbra valoração de como essa vida deve ser vivida, mas sem que com isso se afaste a obrigatoriedade do Estado de promover as garantias para que o cidadão possa viver a vida que deseje.

É necessário clarificar que, como se verá mais adiante, dignidade e vida, apesar de serem próximas, não se confundem e tampouco são unitárias, o que implica necessariamente que qualquer atitude paternalista, calcada em noções de dignidade, corre sério risco de se apresentarem como imposições indevidas ou mesmo restrição a direitos fundamentais, o que não se admite. A dignidade é fundamento do Estado e, portanto, permeia todos os direitos fundamentais, inclusive

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, p. 409.

a vida, dessa forma, afasta-se igualmente qualquer possibilidade de admissão de vida indigna, devendo ao Estado a obrigação de garantir meios de exercício desse direito.

A especial proteção conferida ao direito à vida é motivada pelo fato de que ela representa o substrato de todos os demais direitos fundamentais. Só faz sentido assegurar direitos e dever coletivo e individual se existe algum destinatário. A existência de vida é pressuposto para a existência do sistema jurídico, não apenas dos direitos fundamentais.

É preciso assegurar que essa íntima correlação não implique na confusão entre os conceitos de vida, direitos fundamentais e dignidade. Não se trata, como já dito, de sinônimos, apesar da intensa proximidade que se verifica ao se tratar do tema. Dessa forma, quando a Constituição assegura a inviolabilidade da vida privada (artigo 5º, X), é necessário ter em mente que vida aqui tem uma aceção completamente diversa da garantia da inviolabilidade do direito à vida.

A confusão torna-se ainda mais latente, e mais interessante ao presente trabalho, a partir do momento em que se pretende discutir acerca da qualificação do direito à vida: vida boa, vida digna, vida biográfica, vida biológica, vida dada, vida construída²⁷.

Esse ponto marca a intercessão do direito à vida com a dignidade da pessoa humana e dá início à discussão como as implicações acerca do modo de viver individual interfere na fruição do direito fundamental, qual a possibilidade de interferência do Estado na vida privada, se há disponibilidade de direitos fundamentais ou se é possível contrapor ao direito à vida digna o direito a uma morte digna.

Por vezes e são muitas, o direito à vida, outros direitos fundamentais e a dignidade, entram em rota de colisão gerando conflitos que exigem a mais profunda reflexão do

²⁷ Tais expressões podem ser encontradas nos mais diversos trabalhos aqui referenciados, em especial O que é vida boa. DWORKIN e Vida dada e Vida construída. **Reflexões sobre eutanásia e suicídio assistido**. COSTA, Fernanda Otero. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Direito. Outras vezes, a afirmação de um direito fundamental colide com noções paternalistas de que o Estado deve se imiscuir em questões personalíssimas, invocando para tanto e de forma eventualmente equivocada, algum direito fundamental na expectativa de um conflito de normas.

Exemplo claro, objeto do presente estudo, é buscar equilibrar a terminalidade e conseqüentemente o direito fundamental à morte digna, com decisões individuais que pretendam otimizar a noção de vida digna, o que às vezes implica na abreviação ou na não perpetuação da vida biológica além do suportável.

Certo é que o direito à vida permeia assim como a dignidade vários dos direitos fundamentais. A depender do grau de ataque à integridade física pode-se por em risco a vida do indivíduo, assim como a submissão à tortura ou tratamento degradante. A impossibilidade de exercer certo trabalho pode colocar em risco a sobrevivência econômica do sujeito sufocando-o até a morte. A não implementação de um mínimo existencial para que o indivíduo possa gozar de sua vida com dignidade, além de privá-lo de suas necessidades básicas, pode expeli-lo da sociedade. Em todas as searas referidas, o direito à vida está em risco em maior ou menor proporção, o que demonstra sua relevância. Todavia, não se pode permitir, assim como se alertou em relação à dignidade, que a vida com eles se confunda. O direito à vida é um direito fundamental autônomo com características e particularidades que devem ser devidamente respeitadas.

Dignidade e vida não são unitários ou sinônimos, podem inclusive entrar em conflito tendo uma só pessoa como titular, situação essa que o presente trabalho propõe explorar. Certo é que estando do mesmo lado da balança, dignidade e vida adquirem força para assegurar a exibibilidade de qualquer direito ou ação estatal, implicando em uma altíssima exigência de justificação de eventual intervenção²⁸.

²⁸ KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Dimensões da dignidade. **Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.156.

Dessa maneira, assim como a proteção da dignidade não afeta na proteção absoluta da vida²⁹, o contrário também pode ser afirmado. A proteção da vida não implica na proteção absoluta da dignidade. Um sujeito diagnosticado com quadro médico terminal e que deseja exercer o direito de não se submeter a algum tipo de tratamento específico por entender que isso lhe retiraria a dignidade, estando ele no pleno gozo de suas faculdades mentais e sendo plenamente capaz, deve ter sua decisão respeitada, mesmo que a não realização de certos procedimentos médicos o façam evoluir a óbito.

Do outro lado, sendo detetado que por algum motivo, em especial de impossibilidade de exercício de decisão livre e autônoma, seja colocada em risco a vida de algum indivíduo, deve o Estado agir de forma a proteger a vida, ainda que isso implique em mitigar algum aspecto da dignidade.

Esse último caso remete a situações em que o sujeito encontra-se incapacitado, permanente ou temporariamente, e em momento algum externou o desejo de ser tratado de forma diferente. É o caso do Habeas Corpus nº 268.459³⁰, analisado pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil, no qual se discutia a acusação de homicídio formulada pelo Ministério Público em face dos pais de uma adolescente de 13 anos. Consta que a adolescente, que sofria de anemia falciforme, deu entrada em um hospital por apresentar agravamento em seu estado de saúde. Após ser submetida a exames ficou comprovada a necessidade da realização de transfusão de sangue e os pais recusaram em razão dos preceitos das Testemunhas de Jeová, religião por eles professada. Em razão da negativa de autorização para a realização do procedimento a adolescente faleceu.

O Tribunal reconheceu que os pais não deveriam ser punidos pela morte da filha. Todavia, em razão do caso tratar de uma menor, decidiu-se que o Estado deveria ter agido contra a vontade dos pais para garantir o interesse futuro da criança.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, p. 411.

³⁰ Superior Tribunal de Justiça - HABEAS CORPUS Nº 268.459 - SP (2013/0106116-5). Relª. Min. Maria Thereza De Assis Moura.

Claramente, decidiu-se que a dignidade decorrente da confissão religiosa deveria ser mitigada para dar lugar ao direito à vida da criança.

A vida deve ser protegida, contudo, como qualquer bem jurídico, esse não se trata de um direito absoluto, tanto que o próprio ordenamento jurídico prevê exceções, tais como a legítima defesa, o aborto necessário e o decorrente de gravidez em caso de estupro e mesmo a pena de morte nos casos de guerra declarada.

Entretanto, não se pode afirmar que o direito à vida se imponha sobre os demais direitos fundamentais. Não há hierarquia entre tais direitos, a relação entre direitos fundamentais é mediada pela delimitação do conteúdo essencial de cada um e como são invocados em determinadas situações. A configuração adotada pela Constituição produz um sistema em que a convivência dos direitos fundamentais não impõe a prevalência de um sobre o outro e para que nos casos de conflito seja possível preservá-los sem que haja a anulação total daquele que se veja mitigado. Ao contrário do que se afirma³¹, viver não é um dever individual, mas sim o direito, que apesar dos “fatalismos das leis biológicas”, está inserido em um sistema normativo que o tutela, e, portanto, se torna, aí sim, um dever do Estado de proteger e promover de forma a garantir ao sujeito a possibilidade de explorar ao máximo seu potencial.

Por outro lado, a fundamentação constitucional na dignidade da pessoa humana, bem como as disposições de direitos fundamentais, cuja arquitetura visa ampliar ao máximo o gozo desses, bem como a liberdade individual, assegura que outros aspectos conformadores da vida sejam levados em consideração quando da ocorrência de eventual restrição desse direito.

³¹ Genival Veloso de França afirma que “(...) viver não é apenas um direito. Mas um dever. Somente poderá ser violado pelo fatalismo das leis biológicas, indiferentes aos sistemas normativos criados pelo homem.” FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 176. Na esteira do que se defende tal afirmação não encontra guarida na interpretação dos direitos fundamentais tal como se propõe, pois, a vida não pode apresentar caráter impositivo, mormente quando se tem em consideração pacientes em estado terminal. O fatalismo biológico tal como proposto viola a liberdade e autonomia do indivíduo privilegiando a noção biológica de vida e desconsiderando por completo a de vida boa.

A premissa de não ser possível a existência de direitos ou princípios absolutos se baseia no fato de que havendo um princípio que seja absoluto - aqui tomando a dignidade como princípio, o que mais adiante será melhor elaborado – normas de direito fundamental – no caso a vida ou mesmo o direito à morte digna – não poderiam estabelecer limites a esse princípio. Caso assim se procedesse, o caso da Testemunha de Jeová narrado acima, deveria ter considerado que a dignidade prevalece sempre, mesmo se tratando do caso em que presente de “forma embrionária”³².

No caso de fundamentação em princípio absoluto, o direito fundamental, em se tratando de direito individual, somente poderia ser garantido a uma só pessoa que invocando seu direito fundamental faria ceder os demais direitos que em razão do caráter absoluto daquele não poderiam ser realizados por falta de espaço quando da ponderação³³.

Além do mais, o sistema constitucional não pode ser lido de forma isolada, o que permite afirmar a existência de íntima relação entre o direito à vida e os demais direitos fundamentais e com a dignidade da pessoa humana. Nesse norte, em que pese a proteção objetiva e biológica positivada, o alcance de proteção do texto constitucional indica que a vida não pode ser considerada de per si, observando apenas seu caráter biológico³⁴.

José Afonso da Silva defende que a vida, como posta no caput do artigo 5º, deve ser compreendida não apenas em seu sentido biológico, mas como processo vital que “se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando então de ser vida para ser morte”³⁵. Essa ideia, apesar de oposta ao que defendido até aqui, dá conta

³² No caso a referência à forma embrionária da dignidade diz respeito ao fato de, conforme decidido pela corte julgadora, que por ser menor a criança não teria a possibilidade de fato escolher qual religião seguir e sendo o aspecto religioso importante fator de conformação da dignidade, somente se aperfeiçoaria, após a criança alcançar a maioridade e optar de forma livre qual religião seguir.

³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.111.

³⁴ COSTA, Fernanda Otero. **Vida construída**. Reflexões sobre eutanásia e suicídio assistido. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 13.

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28.Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 197.

e importante contribuição para que se possa melhor compreender que a vida não é um direito de contornos simples e objetivos.

No mesmo sentido Daury Cesar Fabriz³⁶ afirma que o direito à vida deve ser interpretado de forma ampla, não devendo se prender à dicotomia vida e morte. Frise-se que é baseado nessa dicotomia que a problematização do direito fundamental à morte digna encontra seu maior obstáculo, pois é apegado nela que se afirma que a vida é um direito absoluto que não pode ser ponderado com o suposto direito à morte, não se podendo falar em dignidade nesse sentido. Tal posicionamento tem se mostrado cada vez mais ultrapassado como se vê ao longo do trabalho.

Tendo, então, a vida como bem jurídico de maior importância, seria normal que sua proteção apresentasse vicissitudes próprias. A análise pura e simples de seu conteúdo poderia relegá-la, contrariando assim sua relevância a critérios objetivos, tal postura atrairia a esse direito fundamental à proximidade de tornar absoluta a certeza acerca do significado de vida, o que como se verificou até aqui foge aos conceitos jurídicos.

Sendo assim, é de se reconhecer que apesar da proteção constitucional à vida referir-se inicialmente e positivamente a vida biológica, existem elementos que também devem ser considerados abarcados no âmbito da Constituição não bastando que se garanta a vida enquanto direito subjetivo. Para Dworkin³⁷, a vida seria uma performance cujo valor final é adverbial, uma vez que a questão primordial seria não da “etiqueta colada ao resultado final”, mas sim da avaliação de como se desenvolveu a trajetória.

Todavia, alerta Dworkin (2011, p.609), que “viver bem não é o mesmo que aumentar a chance de produzir a melhor vida possível”, nessa concepção, a vida, assim como uma obra de arte, somente seria efetivamente boa se não fosse resultado de um

³⁶ FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 269.

³⁷ DWORKIN, Ronald. O que uma vida boa. In: **Revista de Direito GV** São Paulo. 7/2 p. 607-616. Jul-Dez 2011.

mero “acidente bizarro”, mas da construção consciente da capacidade de alterar a realidade para maximizar as chances de bem viver. Tampouco, uma vida boa deve ser compreendida como uma vida longa, eis que a longevidade não garante ao sujeito que sua performance seja digna de aplausos ao final.

Algumas pessoas desejam escalar altas montanhas, outras desejam aprender línguas diferentes, há os que desejam tocar instrumentos musicais ou mudar de país para aprender sobre direitos fundamentais. Há também aquelas pessoas que desejam, após realizar tudo o quanto quiseram na vida, morrer de forma tranquila, indolor, respeitadas e com dignidade. Todos esses³⁸ desejos são válidos e importantes, não se pode pensar que aqueles que não desejam as mesmas coisas ou que pensam diferente são defeituosos ou que lhes falem dignidade.

A adjetivação da vida deve ser dada por regras de valoração eminentemente individuais, cujos juízos de realização são auferíveis apenas pelo indivíduo. Em geral, as regras devem ser lícitas e harmonizadas com o sistema jurídico e social, no qual o sujeito se encontra inserido não se podendo validar critérios que contrariem a ordem vigente. Dessa forma, não se pode entender como bom o critério de valoração de alguém que pressuponha uma vida boa àquela que contemple o cometimento de algum crime, todavia, o somatório de critérios lícitos é perfeitamente defensável. Tem-se assim que um sujeito, cujos critérios de valoração incluam o respeito às suas diretivas antecipadas de vontade deve, para fins de caracterização de vida boa, ser respeitado.

A definição e realização de como viver a vida é o máximo que alguém pode alcançar em autonomia e liberdade, a concretização de desejos íntimos e projetos pessoais implica em adverbial o direito à vida. Por óbvio é necessário que se compatibilize os desejos de liberdade pessoal com os coletivos, o que resulta haver certos limites e restrições que não tolhem esse direito por completo, mas que servem para assegurar o nomos social e permitir que o máximo de pessoas possa realizar sua performance.

³⁸ DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. Princeton. Princeton University Press: 2006, p.14.

Cabe ao Estado definir os limites e garantir que os indivíduos possam gozar de seus direitos fundamentais, protegendo-os daqueles que colocam em risco à ordem social, podendo, inclusive, dentro de certos limites, proteger o sujeito de si próprio quando isso colocar em risco a ordem social. Porém, o Estado não pode atuar de forma paternalista, ainda que bem intencionada, na tentativa de valendo-se de certos preceitos filosóficos, religiosos ou morais, dominantes, determinar o que é bom para o sujeito.

A escolha de como viver a vida é individual, de responsabilidade de cada um e inoponível aos demais desde que as escolhas sejam tomadas de forma livre e autônoma. Nas palavras de Jorge Reis Novais, “à luz de um Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, a opinião de cada um, e a possibilidade de a exprimir, de lutar por ela e viver segundo os próprios padrões, é tão valiosa quanto a opinião de outro”³⁹

Sobre a noção particular de liberdade, calham as palavras de Ramón Sampedro⁴⁰ que afirmava:

Há animais que sem liberdade nem sequer se reproduzem. Outros morrem de tristeza e de melancolia se são privados de sua liberdade. Eu também sou um animal, mas que tem a capacidade de se perguntar sobre qual é o sentido da vida, e sempre chego à mesma resposta: o sentido da vida é a liberdade de ser livre para viver, amar e morrer, mas livre, livre, livre...⁴¹

Somente o próprio indivíduo, dotado de total autonomia – englobando aqui desde a sua capacidade até o acesso aos subsídios básicos para existência – poderá decidir pelo conteúdo do que acha ou não digno para si e como pretende desenvolver sua vida para alcançar aquilo que aqui se denomina vida boa.

³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**. Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 31.

⁴⁰ Ramón Sampedro após sofrer um acidente, ficou paraplégico e se definia como “uma cabeça viva em um corpo morto”. Travou uma disputa judicial para que lhe fosse reconhecido o direito de morrer, sendo seu desejo refutado. O livro *Cartas do Inferno* aqui referido é uma autobiografia que mistura poemas, textos e cartas, nas quais relata situações de vida e detalhes sobre sua luta pessoal. Ramón Sampedro faleceu após 30 anos “em segredo e provavelmente assistido por uma mão amiga”. O livro originou o filme *Mar Adentro*, vencedor em 2005 do Oscar de melhor filme estrangeiro. Em que pese não ser um título jurídico ou filosófico, a obra em muito tem a colaborar com a compreensão que se defende no presente trabalho.

⁴¹ SAMPEDRO, Ramón. **Cartas do inferno**. São Paulo: Planeta, 2005, p. 78.

O direito à vida é garantido a todas as pessoas naturais, sendo, portanto, incompatível com as pessoas jurídicas e discutível em relação aos seres não humanos⁴². É um direito norteado pela universalidade, todos os seres humanos são titulares e devem gozar da proteção a esse direito devendo-lhes ser garantido o amplo acesso aos meios de proteção.

Fato é que as discussões sobre quando se inicia a vida implicam diretamente em qual é o marco inicial da titularidade e conseqüentemente da proteção, todavia, se extrai do comando constitucional que a possibilidade de vida deve ser protegida. Assim, a princípio pouco importa se o marco inicial é a concepção ou o primeiro impulso nervoso, a proteção objetiva da vida já ali se inicia atraindo todas as garantias bem como as possibilidades de restrição do direito. Já o nascimento com vida concede, segundo o atual estado do ordenamento jurídico, a extensão máxima de proteção a esse direito que somente irá findar com a morte do titular que se define pela cessação da atividade cerebral.

A vida não pode ser admitida enquanto sofrimento, imposto por alguém ou pelo Estado, tampouco deve ser encarada com direito absoluto, principalmente quando seu titular possui ideais divergentes daqueles dominantes em qualquer que seja o aspecto. O direito à vida implica ao seu titular a possibilidade de escolher como viver, não lhe deve ser imposto um dever, um fardo a se carregar. Essa multiplicidade de escolhas permite que o sujeito possa conduzir sua vida da melhor maneira, principalmente em não havendo prejuízos para terceiros⁴³.

Vida boa, portanto, deve fazer convergir os múltiplos significados para os múltiplos indivíduos que convivendo em sociedade buscam a melhor maneira de serem livres, conduzindo a performance de suas vidas ao encontro dos interesses pessoais, evitando que se tornem acontecimentos bizarros e meramente casuísticos. O ponto nodal que une a todos os indivíduos é o respeito pela dignidade da pessoa humana, elemento comum a todos e que confere a cada um a condição de igual aos demais.

⁴² Não se está aqui negando a titularidade do direito à vida aos não humanos, mas apenas reconhecendo que existe intensa discussão acerca dos direitos, não apenas à vida, desses seres.

⁴³ COSTA, Fernanda Otero. **Vida construída**. Reflexões sobre eutanásia e suicídio assistido. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 43.

Ao ordenamento jurídico cumpre a proteção e a garantia do direito fundamental, seja proporcionando ao sujeito as condições de vida, seja em face do Estado ou mesmo dos demais indivíduos. A proteção do direito à vida adquire então dupla perspectiva, positiva (prestacional) e negativa (defensiva)⁴⁴. Na perspectiva negativa deve-se assegurar abstenção de ações que atentem contra o direito, ou seja, a não intervenção no direito à vida, exemplo disso é a proibição da pena de morte.

No que toca a proteção positiva, cabe o desenvolvimento de ações que visem à preservação do direito, assim cabe ao Estado, por exemplo, legislar condutas que protejam o direito à vida, tal como ocorre com a criminalização do homicídio, feminicídio, aborto⁴⁵ e demais crimes previstos no Código Penal. Mas não somente, nesse ponto ainda está abarcada a adoção de políticas públicas que visem à prestação de auxílio financeiro – aqui inserta a discussão sobre o mínimo existencial, que não será estendida no presente trabalho, mas que encontra estreita relação com a dignidade da pessoa humana – a garantia de proteção à vida de pessoas que desejem colaborar com a Justiça, tais quais testemunhas ou delatores, ou ainda a não extradição de pessoas para países em que lhes seja aplicada a pena de morte⁴⁶.

Como dito alhures, o direito à vida não é absoluto, o que implica no fato de que a proteção a ele conferida não consegue e nem poderia alcançar toda sua complexidade. Assim, a criminalização de atos contrários à vida encontra exceções, as excludentes de tipicidade são um exemplo. Lado outro, como no exemplo do caso do aborto, a dificuldade de precisar o início da vida abre a possibilidade de interpretação do alcance dessa proteção.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, p. 417

⁴⁵ Em relação ao aborto há extensa discussão sobre a necessidade de sua criminalização tal como prevista atualmente. Com certa frequência a discussão é encontrada na doutrina brasileira e também estrangeira, assim como levada à apreciação judicial, destacando-se a possibilidade de abortamento do feto anecéfalo, julgada possível pelo Supremo Tribunal Federal no curso do processo e da possibilidade de realização nas três primeiras semanas de gestação. Esse último contando com emblemática decisão do ministro Luís Roberto Barroso no processo. Em que pese a recorrência do tema, no Brasil, a prática do aborto segue criminalizada ressalvada as exceções legais previstas no Código Penal.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, p. 418.

Como se verificou, o texto constitucional prevê a possibilidade de, em caso de guerra externa declarada, o Estado poderá dispor da vida do indivíduo⁴⁷, ainda que essa decisão, caso tomada atualmente, certamente seria questionada. A questão que se põe e que será enfrentada por este trabalho é saber se o direito à vida garante ao seu titular a possibilidade de dele dispor.

Uma vez reconhecido como titular do direito à vida, seria essa uma imposição irrestrita mesmo tendo-se em conta de que esse não é um direito absoluto? A disponibilidade do direito à vida esbarra em inúmeras questões que escapam do âmbito jurídico, sejam religiosas, espirituais, filosóficas ou políticas. Questões essas que são importantes para a conformação não do direito à vida enquanto biológica, mas à vida boa.

Nesse sentido a titularidade do direito à vida pode ser compreendida como irrenunciável, eis que, uma vez nascido, o indivíduo adquire esse direito e, ainda que queira, não pode fazer cessar sua existência. Em se tratando do direito à vida não há renúncia ao seu exercício. A escolha pela morte é na verdade o próprio exercício do direito à vida. Direito de morrer ou autonomia para morrer, na verdade, integram o exercício do direito à vida⁴⁸.

Uma pessoa capaz e consciente, agindo de forma a não atingir a esfera de direitos de outros, não poderia a princípio, ser impedida de agir. Assim o é em diversas esferas, alguém que deseje se submeter a uma cirurgia estética, por mais arriscado que seja o procedimento, não é impedida de fazê-lo. Da mesma forma, não se criminaliza a prostituição por entender que a pessoa é livre para poder escolher o que dele fazer. Sublinhe-se que em ambos os exemplos os componentes de liberdade, consciência e capacidade são condições inafastáveis para a inopobilidade às condutas. Da mesma maneira, devem ser observados outros fatores que ao

⁴⁷ O sítio do Senado da República, da conta de que a última execução realizada no Brasil ocorreu em 28 de abril de 1876. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/04/04/ha-140-anos-a-ultima-pena-de-morte-do-brasil>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁴⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para morrer**. Eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos. 2 ed. rev. atual. Amp, Belo Horizonte: DelRey, 2015, p. 65.

longo do trabalho serão abordados: a não objetificação da pessoa humana e a não desnaturação da dignidade.

Porque então, essa mesma pessoa, capaz e consciente, não pode escolher como viver a sua vida e então escolher a sua morte de forma compatível com tudo àquilo que viveu até o momento, ao seu modo que mereça respeito? Assim, como a vida digna e boa não, a morte indigna e sofrida não pode ser imposta, mas deve configurar um leque de escolhas, cabendo ao direito assegurar a possibilidade de que essas escolhas sejam respeitadas e bem conduzidas⁴⁹.

É necessário considerar que sem o indivíduo o direito não encontra sua razão de ser, por esse motivo a valoração do direito à vida, conforme já explicitado, a isso se complementa que o direito nasce da ação da pessoa e é desta dependente. Contudo, reconhecer a vida ou a dignidade da pessoa como centro do ordenamento jurídico não decorre de uma benevolência divina ou de uma manifestação transcendental, mas de um processo relacional através do qual as pessoas que integram uma determinada comunidade se envolvem em um processo de construção de personalidades. Tanto a pessoa quanto o Direito decorrem dos processos construtivos advindos da própria ideia de relação social⁵⁰.

O significado da vida deve levar em consideração o significado da morte enquanto evento importante. Somente há morte porque um dia houve vida e o instante que precede toda a paralização da atividade biológica, cerebral ou cardiorrespiratória, como se queira, ainda sim é um momento de vida. Esse último momento deve ser respeitado e vivido de acordo com os preceitos de vida boa que aquele indivíduo pretendeu. Razão assiste à Maria de Fátima de Freire Sá, quando afirma que "(...) Todo homem na qualidade de ser livre pode, diante dessa possibilidade, assumir a

⁴⁹ COSTA, Fernanda Otero. **Vida construída**. Reflexões sobre eutanásia e suicídio assistido. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 97.

⁵⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para morrer**. Eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos. 2 ed. rev. atual. amp. Belo Horizonte: DelRey, 2015, p. 36.

morte como forma de vivificar a sua dignidade. A isso o Direito não se opõe e não teria como fazê-lo.⁵¹”

É necessário respeitar a escolha de alguém que pretende viver seus últimos instantes sem que sejam esses abreviados. Da mesma maneira, deve-se respeito àqueles que pretendem abreviar a vida e não enfrentar possíveis momentos de dor e sofrimento. Muitos podem ser os motivos que levam alguém a optar por um tratamento que prolongue a vida ou que então evite certas intervenções médicas. As justificativas, ainda que sejam as mais pessoais e aparentemente desarrazoadas, devem ser respeitadas se estão de acordo com um ideal desenhado pelo indivíduo. A religião, a ética, a moral, o medo do desconhecido ou de procedimentos invasivos, questões econômicas ou a possibilidade de enfrentar e vencer uma doença, são igualmente válidos na formação da vontade desde que livre e desimpedida.

A autonomia é essencial para compreensão das decisões tomadas em fase de final de vida. Por vezes são nesses momentos finais que as pessoas melhor se realizam, que coram a sua performance com momentos de cores vibrantes. A realização se dá eminentemente no âmbito individual por meio do exercício da vontade do sujeito e no cumprimento de seus desejos, inclusive o de abreviar ou não sua vida em momentos de terminalidade. Essa manifestação, entretanto, deve estar aliada à liberdade para fazê-lo, o que implica na informação e consentimento.

A aferição da expressão da vontade do sujeito deve, preferencialmente, ser realizada de forma expressa, por exemplo, por meio documental, através de diretivas antecipadas de vontade sem prejuízo dos meios não expressos, desde que esses estejam de acordo com o ideal professado pelo sujeito ao longo de sua vida e que possam ser aferidos e conferidos nos momentos decisivos⁵². Trata-se do dever de coerência, na medida em que há o dever de respeitar o desejo manifestado de

⁵¹ SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para morrer**. Eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos. 2 ed. Rev. Atual. Amp. Belo Horizonte: DelRey., 2015. p. 156

⁵² Aqui podem ser entendidas conversas mantidas com amigos e parentes, expressões não formais como: escritos, diários, entre outros. Mas alerte-se que o consentimento deve ser externado de forma a não deixar dúvidas quanto à vontade da pessoa sendo, portanto, o ideal que haja documento escrito. E que, apesar de no Brasil não existir legislação que prescreva a forma legal de tal documento, seu registro sob a égide de normas cartorárias é extremamente recomendável.

forma livre e consciente. O que se poderia questionar é o fato de a pessoa se encontrar em estado de inconsciência e não poder decidir.

Elizabeth Kumbler-Ross diz que em geral o paciente gravemente enfermo é tratado como alguém sem direito a opinar, o que faz com que suas vontades sejam desconsideradas e, portanto, sua autonomia é mitigada afetando-se consideravelmente sua dignidade, pois uma pessoa que não pode agir de forma autônoma, não está sendo reconhecida na sua mais basilar condição.

Curioso notar ainda que há um importante questionamento a ser feito nas situações em que se está diante da terminalidade: a necessidade de salvar a vida a todo custo é uma atitude pensada ou meramente automática, tomada com base em preceitos ensinados e ensaiados ao longo de muito tempo? A morte do outro necessariamente relembra a morte que nos espera⁵³.

Vida pressupõe autonomia para decidir livremente o que melhor se enquadra nos ideais formados ao longo da trajetória de uma pessoa. Não se trata de um conceito meramente biológico, mas também biográfico. Aqui comporta a noção de que tudo aquilo que formou a identidade da pessoa tem alguma influência sobre suas decisões, inclusive aquelas decisões que versem sobre o final da vida. Uma vez que as decisões sejam tomadas com autonomia e liberdade, elas devem ser respeitadas, pois atendem ao interesse pessoal daquele que a toma adequando-se ao seu padrão de vida boa.

É necessário compreender que a construção da identidade deriva de fatores que vão aglutinando ao longo da trajetória pessoal, assim, religião, amigos, família, etc. vão formando o indivíduo e alterando sua percepção de mundo. Isso altera a compreensão do próprio direito fundamental, que positivado não alcança a complexidade do conteúdo essencial.

⁵³ Essa visão é muito bem ilustrada pela inscrição da entrada da Capela dos Ossos localizada em Évora, Portugal: “nós ossos que aqui estamos, pelos vossos esperamos”. Tal lembrete também pode ser igualmente encontrado na Bíblia “do pó vieste ao pó retornarás”.

O processo de reconhecimento e de autoafirmação deve ser dialético: O sujeito deve se encontrar inserido em uma sociedade e a sociedade deve estar aberta para dar lugar e reconhecer o sujeito. Não é possível que esse processo se realize estando uma das partes fechada, seja o Estado ou outro particular que esteja inserido nessa discussão. Esse processo é dialógico e de mútuo reconhecimento imprescindível. A não abertura por uma das partes pode alijar o desenvolvimento da potencialidade individual, enquanto que a não aceitação social deságua na negativa de pessoalização, que por sua vez afeta a dignidade que é algo inaceitável em uma sociedade democrática e plural.

A liberdade plena do indivíduo implica na possibilidade dele encontrar seus próprios valores e fazer suas escolhas íntimas. Cumpre ao Estado respeitar e proteger as múltiplas facetas do sujeito: religiosa, sexual, política, econômica. É a partir da junção desses vários segmentos que formam a pessoa e estabelecem sua identidade e acima de tudo seu ideal de vida boa.

Alguém que não é plenamente livre para tomar suas decisões pode colocar em risco a sua dignidade, por esse motivo é que deve-se conceder as condições mínimas de sobrevivência, pois havendo a supressão de alguma necessidade, principalmente se esta for vital, o processo de tomada de decisão queda prejudicado. O processo de tomada de decisão e a construção do livre consentimento serão mais bem explorados adiante.

No âmbito das decisões terminais devem ser levadas em consideração as variáveis que formam a identidade do sujeito para que então se decida em conjunto, paciente, médico e familiares, em observância com o que foi consentido diretamente ou ainda por meio das diretivas antecipadas de vontade. Somente assim se garante o respeito à vontade lastreada na vontade pessoal.

A partir do momento em que alguém percebe que suas vontades e desejos estão sendo reconhecidos e garantidos pela sociedade passa-se a ter certeza do pertencimento ao grupo. A aceitação por parte do grupo reflete não apenas na forma

como os demais percebem o sujeito, mas também como ele percebe a si o que influencia diretamente na construção da sua identidade⁵⁴.

Uma vez que o sujeito se perceba como ser pertencente ao grupo, ele se coloca na posição de sujeito de direito e encara seus deveres e direitos na perspectiva coletiva. Pode então o direito agir no sujeito e para o sujeito com o fim de manter a paz social e garantir os ideais de vida boa.

O reconhecimento da identidade individual é importante para que haja o fortalecimento da argumentação que não encontra guarida imediata na lei, e que necessita de exercícios hermenêuticos para ver reconhecido aquilo que integra seu ideal de vida boa.

Também reflexo do reconhecimento do outro, Axel Honnet⁵⁵ afirma que há influência no princípio da igualdade que junto com a liberdade é elemento essencial ao estudo e conceituação da dignidade da pessoa humana, à medida que a ampliação do seu conteúdo pode ser mais abrangente quanto maior o reconhecimento do status de pessoa de direito.

No entanto, o reconhecimento da identidade de forma integral somente se aperfeiçoa em uma sociedade na qual os direitos fundamentais não são condicionados a caracteres individualizadores como religião, raça, orientação sexual, mas sim garantidos a todos de maneira natural e reconhecendo cada indivíduo como ser humano, sem distinções.

O desrespeito à identidade do sujeito implica na “luta pelo reconhecimento” que consiste na vontade de afirmação como detentor de direito e deveres e o seu reconhecimento como integrante do grupo social. A privação de direitos atenta

⁵⁴ Essa ideia é desenvolvida por AXEL HONNET no livro *A Luta por reconhecimento – A gramática moral dos conflitos*, em especial na parte II. Interessante ressaltar que o autor apresenta a ideia de o reconhecimento pelo direito vinculada ao autorrespeito que faz surgir a consciência de que o sujeito pode respeitar a si próprio por é reconhecido e respeitado pelos demais. Tal ideia se assemelha a empatia que mais a frente será tratada.

⁵⁵ HONNET, Axel. **A Luta por reconhecimento** – A gramática moral dos conflitos. São Paulo: Editora 34, 2003, p.193.

contra esse sentimento de pertencimento e violenta a ideia de que o indivíduo é igual ao grupo, promovendo sua exclusão e marginalização. Ela pode ocorrer tanto pela negativa de implementação de um direito quanto pela sua insuficiência.

A garantia de livre desenvolvimento da identidade do sujeito deve ocorrer de forma completa. Não é suficiente que a possibilidade constitucional seja meramente formal, devendo ser garantido que a pessoa possa se desenvolver em suas máximas possibilidades em qualquer situação e a qualquer tempo

A liberdade e a autonomia derivam da própria existência da pessoa enquanto tal e devem ser tão amplas que tornam-se fracas, apesar de serem importantes para a formação da identidade do sujeito. Assim, quando são identificados e sustentados pela dignidade da pessoa humana, apresentam uma força muito maior. A dignidade então passa a funcionar como o conteúdo daqueles direitos.

5 - O PAPEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais possuem a principal característica de ser universais e multiculturais, ou seja, se direcionam a todas as pessoas sem qualquer distinção. O universalismo dos direitos fundamentais garante o igual tratamento a todos, afastando aquele que leva em consideração caracteres individuais que ensejem discriminação, o que não impede que se adotem ações positivas que visem corrigir distorções produzidas por um sistema que privilegia uns em detrimento de outros.

Servem ainda de marcos histórico-jurídicos como forma de afirmação e superação de períodos em que foram negados a uma população mais fragilizada e oprimida. Tome-se como exemplo a própria Constituição Brasileira, promulgada após um duro período ditatorial, em que direitos fundamentais eram apenas e tão somente formais quando não violados diuturnamente pelo Estado, logo aquele que devia proteger e promovê-los. É por isso que se diz que direitos fundamentais são trunfos das minorias contra as majorias. Eles representam a fragmentação do poder Estatal concedido a cada cidadão que pode livremente – liberdade essa decorrente desses mesmos direitos fundamentais – exigir e exercer os direitos fundamentais, valendo-se deles para cobrar do Estado e também se proteger do seu arbítrio e de terceiros.

Acrescenta-se, e isso se repete ao longo do trabalho, a possibilidade de autodeterminação e de emanar todo o poder normativo da Constituição, assegurado ao cidadão somente se sustenta em razão dos direitos fundamentais, cujo grande papel é sustentar a democracia, a autonomia e a liberdade.

A constitucionalização dos direitos fundamentais implica no reflexo em toda a legislação infraconstitucional e conseqüentemente em todo o sistema jurídico e social, visto que implica em impor limites e garantias cogentes. Há nos casos em que os direitos fundamentais são extraídos diretamente da Constituição, seja expressa ou mesmo implicitamente, condições muito fortes para a validação de normas que se pretendem introduzir no sistema jurídico. A não observância aos direitos fundamentais resulta na inconstitucionalidade da norma e, portanto, sua extirpação do ordenamento.

O constitucionalismo atual não seria o que é sem a presença dos direitos fundamentais, tais normas são decisivas para definir o rumo que pretende tomar determinado Estado⁵⁶. São as normas de direitos fundamentais que ditam qual bem jurídico importa, por isso o que é fundamental para determinado Estado e não o é para outro, ainda que se possam encontrar denominadores comuns nas mais diversas constituições.

Necessário antes de adentrar ao tema retomar os dizeres de Canotilho, para quem “muitos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos direitos fundamentais são direitos da personalidade⁵⁷”. Esse aviso importa em razão da proximidade que o objeto deste estudo tem com direitos da personalidade, porém sem que adentre nas teorias sobre o tema. Esse estudo fica mais a cargo das teorias civilistas, contudo, é inegável a interseção com o estudo dos Direitos Fundamentais.

Os direitos fundamentais são enunciados extraídos em disposições de direitos fundamentais encontradas na Constituição, ou ainda, podem ser considerados como posições jurídicas decorrentes desses enunciados. Essa conceituação considera distintos os conceitos de norma e enunciado. Os enunciados conferem direitos aos titulares dos direitos fundamentais, enquanto que as normas expressam o conteúdo desses direitos. É sustentado nessa dicotomia que se conclui e aqui será melhor explorado, que existem enunciados de direitos fundamentais que não são encontrados em normas de direitos fundamentais, mas que dela podem derivar, eis que o primeiro conceito é anterior e mais abrangente que o segundo.

A estrutura dos direitos fundamentais é composta de um lado do seu objeto, que é aquilo em que consiste o direito, e de outro o seu conteúdo que corresponde ao conjunto de faculdades atribuídas ao titular daquele direito. Essa estruturação faz com que os direitos fundamenais sejam faculdade jurídico-subjetiva podendo o titular exercer, dispor e exigir do Estado a implementação dos direitos fundamentais, e componente objetivo do ordenamento jurídico, que determina que os mesmos

⁵⁶ LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 1998. p. 19.

⁵⁷ Verificar próximo da página 372.

estejam em posição de supremacia em relação aos demais direitos. Tal posição implica ainda que a atuação do Estado em todas as esferas seja pautada pela obediência aos comandos dos direitos fundamentais.

Interessante característica dos direitos fundamentais é a possibilidade de mutação de acordo com a evolução da sociedade e das relações entre o público e o privado, possibilitando assim a diversificação das soluções para os conflitos que surgem dessa convivência. Essa ductilidade dos direitos fundamentais é um facilitador para que a sociedade ajuste os comandos jurídicos e possa responder cada vez mais com rapidez e eficiência às demandas que surgem. Aliás, isso garante aos direitos fundamentais que acompanhem e se adequem aos variados contextos culturais, ideológicos, filosóficos, etc. inerentes à evolução social.

No contexto da Constituição brasileira, texto que pode ser considerado analítico, plural dirigente, os direitos fundamentais encontram-se positivados no seu topo geográfico, ocupando dos artigos 5º ao 17º. Essa posição topográfica indica ruptura com as constituições anteriores que inseriam os direitos fundamentais, então chamados de “direitos e garantias individuais” no capítulo da ordem econômica e social, o que foi por nós verificado quando do estudo do direito à vida, cuja adjetivação de digna esteve por muito tempo ligada à condições econômicas. Na atual Constituição, o título destinado aos direitos fundamentais é denominado “dos direitos e garantias fundamentais”, denominação mais moderna e mais adequada à proposta constitucional de tratamento ao tema⁵⁸. Essa conformação demonstra tamanha importância que o ordenamento constitucional brasileiro confere aos direitos fundamentais.

Salientando o caráter pluralista da Constituição, é de se notar que apenas o artigo 5º, cerne do catálogo dos direitos fundamentais na Constituição possui setenta e oito incisos e quatro parágrafos, sendo possível encontrar fora do Título II - que concentra os referidos treze artigos – direitos fundamentais esparsos por todo o restante do texto constitucional, o que dá conta dos diversos interesses que foram

⁵⁸ SARLET. Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 67

abarcados quando da confecção do texto, podendo ser encontrados direitos à vida, liberdade, igualdade, ladeados de direitos sociais, ao meio ambiente e garantias processuais. Não obstante, ainda deixou-se em aberto o reconhecimento de outros direitos fundamentais como se verá adiante.

É por meio do exercício dos direitos fundamentais que se fixam as liberdades individuais e se limita o poder do Estado. Mas não só. Os direitos fundamentais têm aplicação efetiva nas relações entre os particulares, o que impõe afirmar que são válidos não apenas enquanto deveres do Estado para com os cidadãos, mas sustentam a relação de igualdade entre cada sujeito.

Essas duas facetas dos direitos fundamentais, verticalidade e horizontalidade de aplicação, gera, apesar disso, dificuldades de implementação, eis que ao se garantir a validade horizontal, ou seja, entre iguais, abre-se a via de invocação mútua, o que implica no aumento de situações em que direitos fundamentais colidem entre si. Qualquer pessoa então pode invocar um direito fundamental para se proteger diante de determinada situação, haja vista que a Constituição prevê a aplicabilidade imediata das normas de direitos e garantias fundamentais. Importante frisar que aplicações horizontal e vertical não são excludentes e muito menos implicam no enfraquecimento da eficácia das normas de direitos fundamentais, o que se pode afirmar é que o alcance, aplicação e formas de resolução de conflitos de cada uma delas são específicos.

Os direitos fundamentais têm um papel fundamental na preservação da participação ativa dos cidadãos em um Estado que se apresente e se constitua como democrático. Enquanto “projeto ético-normativo⁵⁹”, os direitos fundamentais devem estar presentes em todas as tomadas de decisão, públicas ou privadas, formando o corolário de um Estado verdadeiramente democrático.

Para José Afonso da Silva, o conceito de democracia traduz-se no processo de afirmação do povo que vai, no decorrer do tempo, lutando e conquistando direitos

⁵⁹ STANCIOLI, Brunello. **Direitos Fundamentais e direitos da personalidade**. Belo Horizonte: DelRey, 2010, p. 14.

fundamentais. Esse processo de conquista, por vezes realizado por meio de revoluções, denota não apenas seu viés político, mas também o modo de vida de cada sujeito e a capacidade de relacionamento interpessoal observando o respeito e a tolerância entre os diferentes. Noutras palavras, pode-se afirmar, seguindo esse raciocínio, que a democracia é “o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem”⁶⁰.

Nas palavras de Jorge Reis Novais, os direitos fundamentais são “condição do regular funcionamento da democracia⁶¹”, pois a privação de parte da população de direitos fundamentais, qualquer que seja, implica em retirar dessa parcela a representatividade e com isso a condição de igualdade, essencial à noção de democracia.

Tem-se que os direitos de liberdade, em sentido mais amplo possível, e de igualdade, são condições de formação da democracia e sendo aqueles direitos fundamentais, a dissociação da democracia e direitos fundamentais é impossível sob esse prisma. Essa simbiose entre direitos fundamentais e democracia faz com que aqueles sejam limitadores dessa, originando os conflitos já mencionados, uma vez que a relação funciona como autolimitadora na medida em que cabe aos direitos fundamentais garantir o devido funcionamento democrático do Estado, ainda que para tanto tenha que limitar ingerências estatais.

Essa limitação assegura aos direitos fundamentais uma dupla proteção, sendo o primeiro nível as decisões do Estado devem observar os direitos fundamentais dos cidadãos enquanto partícipes ativos da comunidade – aqui pode-se dizer do dever estatal de promover os direitos fundamentais coletivos - e de outro lado as decisões do estado estão limitadas as ações que visem favorecer os direitos fundamentais individuais. Caso se proceda na definição das ações estatais optando-se pela observância do caráter democrático, exclusivamente considerando-se para tanto o critério da maioria, o risco de se converter o indivíduo em um mero elo de formação

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28^o ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 132.

⁶¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**. Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 20.

de maioria, cujo objetivo seria exclusivamente o pretense bem comum⁶². O que acabaria por transformá-lo em um meio para atingir um fim predeterminado, o que fatalmente corroeria seus direitos fundamentais e, portanto, a gênese de fundamentalidade desses. Esse cenário conduziria então não há um Estado democrático, mas a uma ditadura da maioria.

É, portanto, a concepção dos direitos fundamentais que determina a direção do poder público, implicando em como serão exercidas as funções estatais e em qual direção seguirão políticas públicas para a orientação dos indivíduos e a promoção do desenvolvimento social.

Como alertado por Alexy⁶³, não é aconselhável limitar o conceito de direitos fundamentais a elementos substanciais e estruturais, pois caso assim se fizesse haveria o risco de limitá-los a estrutura de reconhecimento posto no rol da Constituição. Dessa forma, um estado liberal tenderia a reconhecer como fundamentais apenas os direitos individuais de liberdade, enquanto que um Estado ditatorial poderia suprimi-los em sua totalidade. Por isso, a limitação do conceito de direitos fundamentais vinculada ao conceito formal não seria muito aconselhável, principalmente em se tratando de Constituições analíticas, caso da Constituição Brasileira.

Em sentido oposto ao que ora se advoga, Ferrajoli⁶⁴ propõe uma definição teórica puramente formal, vinculando o conceito de direitos fundamentais a direitos subjetivos, enquanto expectativa positiva ou negativa, vinculada a uma norma jurídica que diz respeito a “todos” os seres humanos dotados de *status* de pessoa, cidadão ou pessoa capaz de agir.

Cumpra esclarecer ainda, que a definição de Ferrajoli, mesmo que puramente formal, tem a preocupação de ressaltar que o grau de democratização de determinado ordenamento jurídico está diretamente ao alargamento do conteúdo a

⁶² BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000, p. 125.

⁶³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 67.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 9.

que se referem “todos”. Quanto mais abrangente for o conteúdo, maior a condição de igualdade que se encontra no ordenamento e, portanto, maior o grau de democratização.

Traduzindo esse pensamento para a Constituição Brasileira, o princípio da universalidade, previsto no caput do artigo 5º, que se inicia com “Todos”, visa garantir a máxima igualdade entre os cidadãos e os estrangeiros, salvaguardando algumas condições para o pleno exercício de certos direitos, como por exemplo, a condição de brasileiro e idade mínima para a capacidade eleitoral ativa e passiva. Tais limitações, que podem ser também consideradas regulamentações do direito fundamental, não configuram restrição ao direito e muito menos afetação à igualdade. O que mais importa aqui é o fato de que, apesar de se partir do reconhecimento formal dos direitos fundamentais, há a vinculação desses ao grau de democracia.

Retomando o pensamento, a salvaguarda dos indivíduos frente a abusos do poder estatal na condução dessas políticas públicas é exatamente o rol de direitos fundamentais que o Estado se propôs em sua Constituição a defender. Isso evidencia mais uma vez o constante conflito entre os direitos fundamentais e a democracia, já que se poderia supor que um governo eleito pela maioria, democraticamente conduzido a seu lugar, teria a princípio legitimidade para seguir qualquer direção em suas políticas públicas, inclusive indo de encontro aos direitos fundamentais das minorias.

A vivência em um Estado democrático acaba por exercitar e aumentar o nível de tutela e operacionalidade dos direitos fundamentais tornando-os mais frequentes e conseqüentemente fortalecendo o Estado. Esse raciocínio, segundo Perez Luño⁶⁵, conduz ao paradoxo de que quanto maior a necessidade de reconhecimento e urgência na implementação de direitos fundamentais, menor é o grau de existência de um Estado de direito mesmo que haja sua previsão constitucional.

⁶⁵ LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 1998, p. 26

Aos direitos fundamentais é reservado o papel de fundamento material de todo o ordenamento jurídico⁶⁶, porque, como se verá mais adiante, mesmo que não reconhecidos expressamente, mas principalmente quando assim feito, os direitos fundamentais têm o poder de influenciar na constitucionalidade e eficácia de todo o ordenamento infraconstitucional.

Tamanha a importância dos direitos fundamentais para a Constituição de 1988 que o parágrafo 2º do artigo 5º prevê a possibilidade de integração de novos direitos fundamentais ao texto constitucional, enquanto o artigo 60, §4º, IV os eleva a supressão de direitos e garantias individuais a limite material de modificação da Constituição. Ou seja, uma vez reconhecido como direito fundamental, não se pode alterar a sua natureza impossibilitando assim que haja a supressão de garantias concedidas aos cidadãos.

Esse quadro de proteção aos direitos fundamentais da Constituição brasileira reflete o que ocorreu com as demais constituições democráticas do século XX, bem como tratados internacionais, que através dos variados instrumentos de proteção aos direitos fundamentais os declararam invioláveis.⁶⁷

Comentando acerca do artigo 12, nº1 da Constituição Portuguesa, Jorge Miranda⁶⁸ afirma que os direitos fundamentais não podem contrariar o princípio geral da universalidade por serem “direitos de estado, e não privilégios de grupos ou classes”, assim quem quer que seja uma vez inserido naquela comunidade, deve ter a possibilidade de aceder aos direitos fundamentais. Tal premissa muito bem se adequa à Constituição brasileira que no *caput* do artigo 5º, assegura a todos⁶⁹ os

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Advogado, 2015. p. 61.

⁶⁷ FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**. Apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Trotta, 2016, p. 121.

⁶⁸ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 145.

⁶⁹ Aqui verifica-se quão expandido é o conceito de todos previsto na Constituição Brasileira reforçando a noção de que a igualdade pretendida pelo texto constitucional foi a máxima possível em que pese na aplicação prática, essa igualdade se limite, infelizmente, a um caráter formal.

brasileiros e estrangeiros residentes o acesso a todo o catálogo de direitos fundamentais.⁷⁰

A penetração dos direitos fundamentais no texto constitucional explica o motivo pelo qual a jurisprudência brasileira enfrenta cotidianamente casos que envolvam a tutela desses direitos. A sua previsão enquanto fundamentais faz com que corriqueiramente a relação entre cidadão e Estado, ou mesmo entre cidadãos, seja permeada por múltiplos choques que demandem a ponderação de direitos fundamentais conflituantes.

Todavia, como é de se imaginar, a concessão de garantias aos cidadãos e o inafastável desejo de exercer as liberdades advindas dessas garantias, faz com que por vezes o Estado tenha que intervir para limitar e assegurar a todos o exercício de direitos, gerando dessa forma conflitos entre os direitos e garantias individuais face os direitos e garantias coletivas. Desse cenário, é possível extrair que a relação entre direitos fundamentais e Estado democrático não é das mais tranquilas, todavia, extremamente necessária.

O reconhecimento dessa relação conflituosa é o primeiro passo para que se busquem soluções constitucionalmente adequadas, já que não se pode perder de vista que é a Constituição que deve responder, por meio de suas normas expressas ou dos princípios que dela se possa extrair, qual a melhor forma de solucionar a querela. Não há em um Estado democrático resposta adequada aos conflitos entre

⁷⁰ Importante notar que o Supremo Tribunal Federal tem o seguinte entendimento: O súdito estrangeiro, mesmo aquele sem domicílio no Brasil, tem direito a todas as prerrogativas básicas que lhe assegurem a preservação do status libertatis e a observância, pelo poder público, da cláusula constitucional do due process. O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do habeas corpus, em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. A condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes. Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante. [HC 94.016, rel. min. Celso de Mello, j. 16-9-2008, 2ª T, DJE de 27-2-2009.] Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 12 dez. 2019. Conclui-se, portanto, que mesmo o estrangeiro não domiciliado tem a possibilidade de se beneficiar dos direitos fundamentais tornando-os acessíveis a todos aqueles que se encontrem em território brasileiro.

direitos fundamentais que não possa ser extraída da Constituição, isso porque ela reflete como bem posto no parágrafo único do artigo primeiro: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Em complemento, o âmbito de proteção e restrição a direitos fundamentais e a consequente busca pelo equilíbrio entre as vontades existentes, deve ser pautado pelo desenvolvimento de direitos fundamentais baseado em um diálogo constitucional entre o Estado e a comunidade⁷¹.

O papel, ao menos um deles dos direitos fundamentais é garantir que não se imponha a vontade de uns sobre a vontade de outros, mesmo que isso signifique a imposição da vontade da maioria democraticamente formada sobre a da minoria. Em um Estado de direito, a possibilidade de exercício da liberdade individual deve ser a mesma para todos, mesmo que se pretenda contrariar a vontade majoritária⁷². Daí, se falar que a Constituição, consequentemente os direitos fundamentais, foi feita para “governar de modo permanente quem governa de modo transitório⁷³”, devendo prevalecer sobre as vontades transitórias, pois aquele que um dia é maioria pode amanhã tornar-se minoria e ainda sim encontrar incólumes os direitos fundamentais e invocá-los para sua proteção.

Por fim, é de se salientar acerca da liberdade, a diferenciação feita entre liberdade e liberalidade, tradução que fica prejudicada em razão da falta do vocábulo que designe com clareza os termos originais “liberty” e “freedom”⁷⁴. Dessa dicotomia tem-se a proposição que bem traduz a ideia de liberdade aqui defendida de que

⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 256.

⁷² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**. Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.31.

⁷³ BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 3º Reim. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 99.

⁷⁴ “As I said, liberty is not just freedom. No one has a right to live precisely as he wishes; no one has the right to a life dedicated to violence, theft, cruelty or murder. Government limits people’s freedom not only to protect the safety and freedom of other people but in many other ways as well”. DWORKIN. Ronald. **Is democracy possible here?** principles for a new political debate. Princeton. Princeton: University Pres, 2006, p. 69.

“liberdade é o direito de fazer o que se deseja com os recursos que legitimamente são seus”⁷⁵.

⁷⁵ No original: “Liberty is the right to do what you want with the resources that are rightfully yours.” DWORKIN. Ronald. **Is democracy possible here?** principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 69.

6 - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Conforme escolha do constituinte de 1988, a dignidade foi erigida a fundamento do Estado brasileiro, o que lhe garante importância ímpar sobre o ordenamento jurídico. É preciso ainda ter em mente que o conjunto normativo regula não apenas a realidade normativa, mas também as relações cotidianas, o que aumenta ainda mais a importância e a abrangência da dignidade alcançando efetividade horizontal, ou seja, relações entre particulares.

Tendo essas premissas por base, compreender o significado e o conteúdo da dignidade é de suma importância para que se possa compreender a dinâmica das relações no contexto do Estado brasileiro. Uma vez que a Constituição regula todas as relações e se propõe a não apenas assegurar, mas se fundamentar na dignidade, sua compreensão pode garantir (assegurar) maior previsibilidade das decisões sejam judiciais ou não, bem como identificar e coibir abusos.

Para que a dignidade não seja apenas um conceito intangível e inutilizável é necessário que lhe dote de conteúdos mínimos que a tornem aplicável à realidade. Não se pode perder de vista que o papel do Direito é influenciar na realidade e promover a pacificação social, o que somente se opera por meio de normas válidas e eficazes.

Retomando as escolhas do constituinte quando da elaboração da Constituição de 1988, fica patente que houve a preocupação em colocar o indivíduo em primeiro lugar. Retomando a importância da dignidade no ordenamento brasileiro, assim como diversas Constituições promulgadas após o final da Segunda Guerra, a pessoa humana adquiriu posição destacada sendo, conforme apregoa Daniel Sarmiento⁷⁶, o “centro e a razão última da ordem jurídica”. Isso fica evidente pela quantidade de direitos fundamentais positivados na Constituição. O destaque, por evidente, vai para o rol previsto no artigo 5º que em seus setenta e oito incisos e quatro parágrafos que constituem os direitos e deveres individuais e coletivos.

⁷⁶ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. 2. ed. Fórum: São Paulo, 2016. p.74.

Contudo, não se pode desprezar a importância dos direitos sociais e políticos que terminam de compor os direitos e garantias fundamentais.

O ponto de partida do constituinte para a escolha da dignidade como fundamento do Estado Brasileiro pautou-se pela necessidade de ruptura com o modelo ditatorial que vigorava anteriormente. Nos textos anteriores ao de 1988, encontram-se termos tais como “ordem pública”, “bons costumes”⁷⁷, “moralidade pública” e “bons costumes”⁷⁸ com claro viés de restrição a direitos e paternalismo constitucional, o que denota mitigação da autonomia do cidadão, vez que a definição daquelas condicionantes não se encontra explicitada no texto, com isso estando abertas a interpretações impositivas⁷⁹.

Já no texto de 1988, há uma clara opção pela menor interferência do Estado nas opções de vida do indivíduo, os conceitos ainda que abertos, como o de dignidade da pessoa humana, presam pelo respeito à pluralidade e ao multiculturalismo, e em especial pela autonomia, aqui compreendida como a qualidade de uma vontade livre⁸⁰ e que mais adiante será melhor explorada para a formação do conceito de dignidade.

Existem ainda espalhados pelo texto constitucional outros tantos direitos fundamentais que possuem importância vital para a compreensão do sistema de direitos e garantias fundamentais. Entretanto, adianta-se, não é por estarem positivados que tais direitos adquirem a característica de fundamentalidade.

Esses direitos e garantias fundamentais dão conta do apreço do texto constitucional pela dignidade, uma vez que em cada um deles há, em diferentes graus, a

⁷⁷ Na Constituição de 1967, artigo 150, §5º: É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes (destaque nosso).

⁷⁸ Na Constituição de 1937, Artigo 112, 15, “b”: A lei pode prescrever: (...) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude (destaque nosso).

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia no final da vida In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. (Coords.). Vida, Morte e Dignidade Humana. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 201.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. Construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** 4ª Reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 74.

realização da dignidade. Cada inciso que normatize a segurança e a necessidade do Estado em garantir, implementar e assegurar aquele direito, contém em si a preocupação em manter o ser humano enquanto centro do ordenamento e respeitando-o e valorando-o enquanto dotado de valor intrínseco.

Do outro lado, a necessidade de garantir e respeitar os direitos fundamentais do indivíduo, e com isso realizar sua dignidade em uma sociedade plural e multifacetada, implica no respeito e garantia da dignidade dos demais. Dessa necessidade de equilibrar interesses diversos surgem os conflitos que culminam na restrição e realização (implementação) de direitos para que se possa cumprir o texto constitucional.

Necessário então saber identificar exatamente quais são os direitos conflitantes em cada situação para que se verifique qual a melhor solução para assegurar que cada um goze do máximo possível de seus direitos. Há que se dizer que raras são as situações em que se colocam frente a frente à dignidade, em sua essência, de duas partes. O que se tem, geralmente, é o conflito de direitos fundamentais que de alguma maneira trazem a tona a importância da dignidade da pessoa humana em sua conformação.

Nesses termos, quando se verifica um conflito entre o interesse de um paciente em não escolher um tratamento que prolongaria sua vida e o da equipe médica ou da família na realização do tratamento, o que se tem é o conflito entre a liberdade e a autodeterminação do doente, e um suposto dever de proteção da vida humana. Em ambos os lados há uma porção de dignidade a ser considerada, contudo, os parâmetros de controle das decisões tendem a preconizar onde a dignidade se realiza de forma mais plena.

Como dito por Luís Roberto Barroso⁸¹, a vagueza, o conceito de dignidade faz como que muitas vezes ela funcione como um espelho que reflete a imagem exata daquele que a utiliza. Assim, uma vez que o indivíduo a utilize, a fará valendo-se de

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos Fundamentais e a construção do Novo Modelo. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 287.

seus valores, aproximando-a muito mais de um fenômeno de percepção humana⁸² do que de um conceito jurídico aplicável na resolução de conflitos. A confusão causada pela indefinição de um conceito pode fazer com que ele se transforme em joguete na argumentação jurídica facilitando sua deturpação e a perda da coerência na sua utilização⁸³.

A utilização do conceito de dignidade não pode estar ligada exclusivamente a conceitos morais ou religiosos, ainda que esses façam parte da sua construção, não podem servir de limitadores à sua compreensão. A conformação da dignidade funciona tal qual um mosaico no qual várias peças vão formar e dar sentido ao resultado final. Para poder compreender e aplicar o conjunto é preciso ter consciência e compreensão da existência dos componentes.

A má compreensão do conceito acarreta, inexoravelmente, na sua má utilização, seja dolosa ou culposa. Essa última, por suposto, menos grave que a primeira. Não raramente, a dignidade é invocada por ambos os lados de um conflito, que valendo-se da força normativa do conceito, acabam por enfraquecê-lo. Esse tópico será mais bem explorado já que a desvalorização da dignidade é tão preocupante quanto a sua má utilização.

O estudo da dignidade esbarra então em um paradoxo. Se existe imensa dificuldade em se conceituar e definir o que é dignidade em razão da porosidade conceitual e da sua multe compreensão, como então ela pode então ser aplicada enquanto conceito fechado e determinado? A sua aplicação estanque poderia impedir a sua mutação, fechar-lhe os poros e impossibilitar o desenvolvimento constante?

⁸² A expressão “Dignity is a phenomenon of human perception” aparece no artigo “The Stupidity of dignity” escrito por Steven Pinker no qual, criticando a formulação e utilização do conceito de dignidade por parte do Conselho de Bioética dos Estados Unidos. Pinker afirma que a formulação tal qual utilizada, torna a dignidade relativa, fungível e por vezes perigosa. Isso porque, a sua colocação como conceito indefinido possibilita sua aplicação de forma indeterminada e com infinitas possibilidades.

⁸³ MARTTEL, Letícia Campos Velho. **Direitos Fundamentais Indisponíveis** – os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Tese de doutorado, p 36. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TES.PDF>> Acesso em: 21 jan. 2019.

A dignidade, portanto, deve ser um conceito poroso o suficiente para permitir que o diálogo entre as partes seja constante, o que pode ocorrer pela praxis constitucional, ou seja, pela interpretação do judiciário caso a caso aplicando-se técnicas solução de conflito de normas, pela construção legislativa da ideia de dignidade ou mesmo pela sociedade que ao modificar seus valores possibilita a compreensão de uma nova ideia de dignidade.

Importa é que a dignidade tenha seu devido reconhecimento e proteção resultante exatamente da sua porosidade que deve impulsionar sempre a evolução do conceito para que acompanhe as inovações do ser humano e do seu próprio significado enquanto ser – indivíduo livre e autônomo – e dos valores que lhe são caros⁸⁴. Cabe ao direito o papel de efetivamente proteger e promover a dignidade.

Não se condena a utilização da dignidade, assim como toda norma deve ser invocada quando necessário. Porém, “não se deve utilizar canhões para matar pardais”. Condutas que vilipendiam a dignidade não podem ser equiparadas a conflitos comezinhos entre vizinhos. No Brasil, a invocação da dignidade ocorre muitas vezes como reforço argumentativo ou retórico, ou seja, a dignidade é utilizada não como fundamento central⁸⁵, essa postura acaba muitas vezes por esvaziar seu conteúdo e impedir o desenvolvimento do conceito.

Por outro lado, o respeito à dignidade deve se dar tal qual qualquer outra norma jurídica. A dignidade entendida enquanto conceito a ser construído pela comunhão de indivíduos e interesses, valor que nasce não apenas do olhar solitário ao espelho, mas das relações sociais que se concretiza por meio dos interesses individuais, reflete a noção de respeito às pessoas. E para que se respeitem as pessoas, como detentoras de dignidade, basta simplesmente que se pense nelas como potenciais em si mesmas e criadoras de normas e reivindicações. Em última análise, portanto, respeitar a dignidade, os direitos fundamentais seria como respeitar o limite de

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**. Ensaios filosóficos do Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 16.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. Construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 4ª Reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.115.

velocidade. Ao não ultrapassar o limite estabelecido nesse caso, implicaria em paralelo, respeitar os direitos da pessoa, não a subjugando, não a torturando ou cometendo arbitrariedades⁸⁶.

Veja que se reconheça o Estado Democrático enquanto plural e aberto à construção de conceitos, a dignidade da pessoa humana vem significar a impossibilidade de tratar a pessoa como mero objeto, instrumento de realização da vontade estatal. Segundo ensina Jorge Reis Novais⁸⁷, é dessa impossibilidade de coisificação do ser que a dignidade ganha contornos operacionais resultando na possibilidade de que cada indivíduo tenha sua liberdade e autonomia respeitadas pelo Estado e pelos demais. Isso porque uma vez objetificado, o indivíduo perde sua possibilidade de livre escolha sendo lançado de um lado para o outro como uma bola de pingue pongue tocada pelas raquetes do Estado que lhe indica a velocidade, força, direção ou mesmo quando será posto fora do jogo.

Tal situação é inadmissível em um Estado fundado na dignidade da pessoa humana que a garante a todos indistintamente não podendo, portanto, suplantar a vontade individual pela coletiva ainda que bem intencionada. Essa supressão culminaria inexoravelmente em situações inconstitucionais, pois conforme já foi dito, cada um deve ser livre para agir e construir seus próprios ideais de vida boa independente da idealização da maioria ou mesmo daquela pretensamente imposta pelo Estado.

A afetação da dignidade deve ser aferida caso a caso, já que sua natureza não é bem definida como regra ou como princípio. Sua condição de fundamento do Estado lhe coloca em um patamar superior aos demais direitos fundamentais, e em relação aos princípios, seria temerário que qualquer outro que seja a suplantasse no caso de conflitos. Fato é que afetações que desnaturem de forma irreversível o conteúdo da dignidade estão fadadas a inconstitucionalidade e, portanto, a ceder frente à dignidade.

⁸⁶ ROSEN, Michel. **Dignity. Its history and meaning**. United States of America: Harvard University Press, 2018, p. 5.

⁸⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**. Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 30.

Nessa toada, ações que contrariem a vontade de fim de vida, livre e autônoma, como por exemplo, a de realização de determinado procedimento médico, desnaturam a dignidade do indivíduo, eis que lhe retira a possibilidade de determinar sobre como deseja morrer. Mesmo que se argumente que é inevitável que aquele sujeito de outra forma vá morrer, essa “nova” forma já está eivada do vício de ter desrespeitado uma primeira vontade.

De outro lado, não havendo a exteriorização de vontade por parte do sujeito ou de quem o represente, a realização de procedimentos médicos que visem à recuperação e manutenção da vida do indivíduo, desde que não configurem mera obstinação terapêutica, são perfeitamente aceitáveis.

O que ocorre ao se valer da dignidade para fundamentar o direito à morte digna, bem como considerá-la como elemento essencial dos direitos fundamentais, é que isso os torna mais fortes frente a possíveis tentativas de restrição. Mesmo que se pretenda limitar os direitos fundamentais, a dignidade neles contida faz com que a justificação na resolução do conflito penda quase sempre para a preservação do direito fundamental. Não que se advogue que a dignidade tenha um caráter absoluto, mas sim que as condições para que prevaleça são muito mais favoráveis que as que pretendam sua restrição⁸⁸.

É possível verificar a existência de duas dimensões, ou princípios, essenciais à dignidade. A primeira que diz respeito ao valor intrínseco da vida humana, e a segunda a de que a efetivação da dignidade é de responsabilidade pessoal de cada indivíduo⁸⁹. Essas duas dimensões definem as condições básicas para a efetivação da dignidade da pessoa humana e por consequência a ausência de um ou dos dois retira da situação qualquer possibilidade de respeito à dignidade, logo traduz-se em condição inconstitucional.

Sobre a primeira, de inegável inspiração kantiana, cada vida humana possui potencial intrínseco e importa como se dará seu desenvolvimento, sendo que a

⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 114.

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006, p.10.

concretização dos desejos e ideais de vida boa importam em sucesso para o sujeito e para a comunidade em que está inserido, uma vez que apesar do conteúdo personalíssimo da dignidade – ela pode ser moldada de acordo com os desejos subjetivos – a sociedade e o Estado têm deveres para com o sujeito que implicam na formatação de políticas públicas.

O potencial intrínseco da dignidade sustenta a ideia de vida boa desenvolvido alhures. É da noção pessoal de dignidade que irão surgir as justificativas para que o sujeito adote determinado comportamento para efetivar aquilo que idealiza.

No que toca a responsabilidade individual, cada pessoa é responsável pelas escolhas de vida que faz e por tudo que realiza para concretizar esse ideal, o que implica na não aceitação de imposições sobre seus valores pessoais, ou como vem se defendendo até aqui, a negativa frente ações paternalistas que desconsideram a vontade do sujeito.

Apesar de focar essencialmente no indivíduo, é de se alertar que tanto a sociedade quanto o Estado são importantes para a realização da dignidade, pois não há a realização dos anseios pessoais sem a garantia de implementação, promoção e realização de direitos fundamentais, ademais, a concretização dos interesses pessoais não podem implicar no comprometimento de posições e bens jurídicos o qual o sujeito não tenha legitimidade.

A dignidade precisa de um sentido substancial, caso contrário de nada adiantaria tê-la como fundamento do Estado, já que seria relegada à mera figurante no texto constitucional, o que não se poderia aceitar ante sua reconhecida importância para as ordens constitucionais modernas. É preciso salientar que ao se tratar de dignidade, está-se a referir à dignidade da pessoa humana, o que denota que e ela atributo de um grupo seletivo de proteção: pessoa humana, síntese do corpo e espírito⁹⁰. Não se trata da dignidade do cidadão ou do indivíduo, mas do elemento

⁹⁰ ASCENÇÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. (Coords.). **Bioética e Direitos da pessoa humana**. Belo Horizonte: DelRey, 2012, p.11.

basilar e que iguala todos, uma vez que o conceito ultrapassa as barreiras do individualismo e das caracterizações sociais.

A dignidade da pessoa humana, por ser o fundamento do Estado Democrático e Direito, bem como o conceito de maior proeminência nas constituições modernas, apresenta enorme dificuldade em seu enquadramento jurídico. Não se trata de um conceito que nasce da interpretação das normas gerais, porém exatamente ao contrário. Por ser fundamento do ordenamento jurídico a dignidade é fonte de todos os direitos, em especial os fundamentais.

Por se situar na base de fundamentação - ou se se preferir a figura kelseniana, no topo da pirâmide normativa - é preciso que todas as normas que pretendam integrar o ordenamento constitucional devam observar critério de validade que considerem a dignidade da pessoa humana, caso assim não seja, está-se diante de uma norma natimorta sob o prisma da constitucionalidade.

Um dos problemas de enquadramento da dignidade diz respeito ao fato dela ser fundamento e parte integrante do sistema jurídico, ou seja, ao mesmo tempo em que produz normas é fruto do processo legislativo que considera dentre outras a impossibilidade de existência de direitos absolutos. Por via de consequência, a dignidade não pode ser tratada como tal, havendo, portanto, algum limite para a incidência da dignidade. Segundo Alexy⁹¹, nos casos em que seja necessária a aferição de limites ou de questionamentos acerca da prevalência da dignidade da pessoa humana, muito mais importante será averiguar se dentro de pressupostos de altíssimo grau de certeza a dignidade não foi violada. Noutras palavras, para se verificar casos em que a dignidade pode ser invocada, é preciso saber se houve sua violação, pois muito mais fácil a tomada da via negativa, já que a percepção de objetificação do ser humano é mais verificável do que pequenos arranhões que em nada diminuem sua importância.

A dignidade deve permanecer intacta aos ataques que lhe são dirigidos. Seu conteúdo pode sofrer alterações para trazer para dentro do seu escudo protetor

⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111.

conceitos que preenchem a ideia de dignidade, principalmente no atual estágio da humanidade em que nos encontramos, em que “reina a multiplicidade de concepções⁹²”. A ponderação da dignidade, quando ocorrer, deve ser de forma a alargar a sua proteção, nunca para mitigar aquilo que já fora conquistado. É possível que bens antes não considerados passem a ter relevância ao ponto de receberem tratamento jurídico especial. Serem dotados de proteção que até então lhes era assegurado e com isso, um ataque a tais bens e direitos possa ser configurado como uma afetação à dignidade.

A dignidade é limitadora do respeito dos indivíduos para com seus semelhantes e também do Estado para com os cidadãos. Esse duplo sentido faz com que a dignidade ao mesmo tempo componha e seja composta por direitos fundamentais, calcados na Constituição. Esses direitos, ao sofrerem ponderações, é que dão a impressão de que o objeto de análise seja a dignidade, contudo, ela mantém-se intacta.

Anota-se que as experiências de desrespeito da dignidade, como ocorrido no período de sua expansão, por exemplo, demonstram a necessidade de atualização constante do conceito de dignidade, considerando para tanto o aumento de sua abrangência, bem como a descoberta de novos guetos de interferência da dignidade, o que sustenta a construção de “novos direitos fundamentais” que até então não se desvelara. Nesse ínterim, aquilo de mais humano se apresenta em primeiro plano, a consciência é afetada pela intuição de que é preciso retorquir a ameaça e buscar a proteção do sistema jurídico. O processo legislativo parte então da necessidade urgente do sujeito para o texto jurídico⁹³.

O limite da humanidade é a objetificação e o limite da liberdade individual é a liberdade coletiva – o meu direito acaba onde começa o do outro. Esse entroncamento de limites ocorre em razão da complexa integração das relações

⁹² NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana** - Vol. 2: Dignidade e inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2016, p. 179.

⁹³ HABERMAS, Jürgen. **Um ensaio sobre a Constituição da Europa**. Lisboa: Edições 70, 2012, p. 34.

sociais, que faz com que deveres, direitos e interesses estejam em constante contato, o que por vezes os coloca em oposição direta.

A dignidade da pessoa humana então se encontra vinculada diretamente à reciprocidade entre os sujeitos, vedando, veementemente a instrumentalização do ser humano, a sua utilização para fins egoísticos, sendo decisiva para a identificação de seus limites a instrumentalização do outro⁹⁴.

Jorge Reis Novais ensina a degradação e coisificação da pessoa ocorrerá quando o Estado afete desnecessariamente, desproporcionalmente ou proceda à instrumentalização da autonomia individual impossibilitando o pleno desenvolvimento do potencial humano de forma injustificada.

É inegável que o conceito de dignidade ocupa atualmente o centro das discussões acerca da regulação da vida pública e privada do homem. Tal onipresença invoca a necessidade de saber o que se pretende dizer quando se invoca a proteção da dignidade da pessoa humana, pois seu conceito é polissêmico, não por se encontrar uma série de significados distintos, mas por se atribuí-la a outras tantos valores culturais e sociais⁹⁵. O correto é que para poder ser exercida e desempenhar seu mister, a dignidade deve apresentar conteúdo jurídico⁹⁶. É o que se pretende apresentar neste capítulo.

O primeiro e talvez mais importante papel da dignidade é garantir que as pessoas não serão submetidas à situações que impliquem sua degradação e aniquilação da condição de ser humano. Por ser o fundamento do Estado Democrático de Direito como já dito, a dignidade da pessoa humana encontra-se presente, em maior ou menor grau, em todos os direitos fundamentais, mas sem nunca com eles se confundirem. Como consequência, apesar de inexistir proteção expressa de ser

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 4ª ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.15.

⁹⁵ CHUECA, Ricardo. **La marginalidad jurídica de la dignidad humana**. Disponível em <https://www.academia.edu/28525889/RICARDO_CHUECA?auto=download> Acesso em: 26 jul 2017, p. 25

⁹⁶ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. 2ª ed. Fórum: São Paulo, 2016, p. 89.

tratada de forma paternalista, a interpretação pró-dignidade impede que isso ocorra⁹⁷. As tomadas de decisões devem estar sujeitas a preservação da liberdade e da autonomia do indivíduo, pois é impossível que se defenda qualquer concepção de dignidade que não englobe esses dois pressupostos.

O reconhecimento da possibilidade de autodeterminação, observadas as particularidades já delineadas, implica na proscricção de que a pessoa seja tratada com objeto e seja reduzida à condição de um ser inferior, não humano, sem vontades e sem identidade, cuja autonomia pode ser desconsiderada. Tal situação implicaria na completa anulação do princípio da dignidade da pessoa humana e, assim, em última análise, a anulação do Estado que se baseie nesse princípio.

É de se dizer que a autodeterminação é a raiz da dignidade e que intervenções que não tenham o aval do indivíduo podem ser consideradas arbitrárias e inconstitucionais. Aquelas que gozem da permissão do mesmo, ainda que coloquem em risco outros direitos seus, podem ser consideradas adequadas. Todavia, é necessário observar a capacidade de autodeterminação, já que não se podem tolher as condições futuras de exercício do direito e do livre desenvolvimento da personalidade⁹⁸

Percebe-se aqui, que o limite à dignidade é dado pela liberdade, pela autonomia e pelo reconhecimento, e atinge seu potencial máximo no momento em que o indivíduo é livre e desimpedido para escolher quais decisões pode tomar, inclusive o de dispor de direitos fundamentais em prol de interesses que lhe apresentem alguma relevância⁹⁹.

A conexão entre liberdade e igualdade se aperfeiçoa na medida em que se verifica que o direito à liberdade perde seu valor quando não se relaciona com as condições

⁹⁷ Esclarece-se que há a previsão expressa de vedação ao tratamento degradante, mas isso não se confunde com tratamento paternalista, que será melhor abordado no viés médico, mas que em linhas gerais mantêm-se a concepção de que o conjunto de direitos fundamentais, calcados na dignidade, impedem que o sujeito seja alvo de ações impositivas do Estado ou das pessoas em seu entorno.

⁹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana** - Vol. 1: Dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015, p. 64

⁹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Lisboa: Coimbra Editora, 2004, p. 54.

para seu gozo pleno, que somente se aplica quando se está em igualdade de escolher livremente as opções disponíveis.

Como se viu, por não ser absoluta, a dignidade encontra certos limites, dentre os quais a autonomia e a liberdade do indivíduo, sendo esta a sua reserva de ponderação. Somente o próprio indivíduo, dotado de total autonomia – englobando aqui desde a sua capacidade até a existência de subsídios para existir – poderá decidir pelo conteúdo do que acha ou não digno para si.

Há uma inegável relação entre dignidade e direitos fundamentais, todavia, o conteúdo daquela é mais forte do que destes, com os quais as não coincidem. Em relação os direitos fundamentais, a dignidade serve como o núcleo duro, que não pode ser atingido. Ainda que haja a ponderação de direitos fundamentais, ou mesmo a sua total restrição, essas não podem atingir a dignidade, mas tão somente ser utilizados para fortalecê-la.

Essa pretensa objetividade tem origem em um Estado verdadeiramente democrático, no qual haja possibilidade de coexistência de opiniões divergentes, no entanto que se respeitam mutuamente. Um conceito de dignidade, cuja objetividade reside na liberdade e na autonomia do indivíduo, deve conferir a este a possibilidade de exercitar seus direitos conforme suas convicções, inclusive de poder modificá-las ao longo da vida.

Enclausurar a dignidade em um conceito firmado em imposições retira a possibilidade de diálogo padronizando o modo de vida de todos os cidadãos, além de enrijecer a base do Estado. Tal opção faria com que o conceito de dignidade estivesse à mercê dos ideais daqueles que ditam as posições dominantes, tornando-o um conceito suscetível à arbitrariedade, o que é incompatível com a ideia de pluralidade tão cara a dignidade e à democracia.

Juntamente com a reciprocidade, a garantia de possibilidade de livre desenvolvimento da personalidade e o reconhecimento que todas as pessoas são igualmente titulares de direitos. Formam o corolário da fundamentação da dignidade

da pessoa humana em um Estado democrático de direito que se sustente em uma Constituição assentada em direitos e garantias fundamentais.

Dito isso, pode-se afirmar que o conceito de dignidade não pode ser limitado a um verbo ou adjetivo, ele resulta da compreensão global das normas que compõe o ordenamento jurídico, resultando dessa interpretação mesmo naqueles sistemas que não a expressam de forma textual.

Em que pese seu caráter aparentemente abstrato¹⁰⁰, o conceito é relativo à pessoa concreta que se faz presente na vida social e jurídica, que caminha, respira e tem sentimentos. Não se trata de um ser idealizado, mas da pessoa humana que a ordem jurídica considera “irreduzível, insubstituível e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege¹⁰¹”.

A pessoa é o fim último das ações do Estado, é para ela que se devem voltar as atenções e interesses. Não há um modelo ideal de pessoa cuja dignidade erradia para todos os outros. A dignidade é do indivíduo concreto e sua construção depende dele. Essa concepção é que deve ser protegida, preserva-se o indivíduo e a sua dignidade, seja dos ataques exteriores como do próprio. A salvaguarda da dignidade é a proteção daquele que intrinsecamente a detém¹⁰².

Para Ingo Sarlet¹⁰³, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana é resultado da evolução do pensamento humano sobre o que é ser humano e como isso influencia nas normas jurídicas. Cabe ao direito estabelecer a forma de como as várias dimensões de dignidade devem ser harmonizadas no sistema social. Essa tarefa como se verifica é de extrema dificuldade.

¹⁰⁰ Diz-se aparentemente, pois ao longo deste trabalho ver-se-á que se trata de conceito perfeitamente palpável e com aplicações muito concretas em especial em relação ao seu titular que é a pessoa humana.

¹⁰¹ MIRAND, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 228.

¹⁰² MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Vol. II. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 223.

¹⁰³ SARLET, Ingo. As dimensões da dignidade da pessoa humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo (Org.). **As dimensões da dignidade. Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional**. 2ª ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 16.

O entendimento atual de dignidade demorou muito tempo para ser positivado e garantido em ordenamentos jurídicos. O movimento de posituação e de reconhecimento da dignidade da pessoa humana ganhou força apenas após a Segunda Guerra mundial¹⁰⁴. Esse reconhecimento da dignidade no pós-guerra marca algo que é comum ao processo de (re) afirmação e posituação de direitos caros ao Homem, como, por exemplo, os direitos fundamentais¹⁰⁵. Ao longo da história verifica-se que esse processo se dá após a ocorrência de rupturas e revoluções que buscam marcar socialmente o espaço e o papel do desejo de ver implementados tais direitos.

A Constituição de 1988¹⁰⁶ foi a primeira a trazer em seu bojo referência expressa à dignidade e o fez da maneira mais expressiva possível, tornando-a fundamento do Estado democrático de direito brasileiro. Isso demonstra que o Estado não existe por si, existe para garantir e promover o desenvolvimento da pessoa, independente de seus atributos individualizadores de forma livre, autônoma e digna¹⁰⁷.

Há uma grande dificuldade em se estabelecer um conteúdo fixo e objetivo de dignidade¹⁰⁸. Essa indeterminação pode fazer com que ela seja utilizada como um

¹⁰⁴ Podem-se encontrar como exemplos de Constituições que tratam diretamente da dignidade da pessoa humana: Alemanha, 1949, Artigo 1º, I; Portugal, 1976, Artigo 1º; Espanha, 1978, Artigo 10, I; Itália, 1948, Artigo 3º; Paraguai, 1992, Artigo 1º. Além do movimento constitucionalista no pós-guerra vários foram os tratados que trouxeram a dignidade da pessoa humana como fundamento destacando-se a Declaração Universal dos direitos humanos, 1948, Artigo 1º; Carta dos direitos fundamentais da União europeia, 2000, Artigo 1º, Declaração americana dos direitos e deveres do homem, 1948, Preâmbulo.

¹⁰⁵ Não se está aqui afirmando que a dignidade é um direito fundamental, mas sim que seu processo de reafirmação no pós-guerra guarda semelhança com o processo evolutivo dos direitos fundamentais.

¹⁰⁶ Reafirmando o que se disse no parágrafo anterior, a elaboração e promulgação da Constituição de 1988 se deram após longo período ditatorial no Brasil que culminou em movimentos populares que buscaram a reafirmação dos direitos e garantias fundamentais, em especial aqueles de caráter social e político.

¹⁰⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Lisboa: Coimbra Editora, 2004, p. 52.

¹⁰⁸ Em que pese essa dificuldade, a conceituação utilizada por Ingo Wolfgang Sarlet abrange pontos que se consideram importantes para a formação da dignidade da pessoa humana, contudo, o próprio autor afirma que a proposição é mutável, tendo ele mesmo modificado por duas vezes a sua proposta. Para o autor, dignidade da pessoa humana é “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 a sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria

instrumento de dominação e imposição da vontade de uma maioria, na medida em que se poderia construir e moldar o conceito como uma verdade a ser imposta, cujo reflexo seria uma imagem arbitrária da realidade. Por esse motivo, é necessário que se reconheça, ainda que por meio de um viés negativo¹⁰⁹, qual o conteúdo normativo da dignidade, pois somente sabendo o que significa dignidade da pessoa humana, ou negar seu conteúdo, é que se saberá quando esta sofrerá alguma restrição.

Ao se pensar em dignidade da pessoa humana é necessário considerar diversos aspectos que são importantes para a sua construção, dentre os quais a ideia de igualdade que se expressa pela condição humana e de que somos dotados de razão e consciência. Fatores esses que excluem qualquer diferenciação¹¹⁰, a dignidade está indubitavelmente presente em cada pessoa, independente de gênero, cor da pele, orientação sexual. Reconhece-se o valor da pessoa em si sem discriminação, sendo cada pessoa compreendida como um ser que convive, respeita e é respeitado, o que implica o desenvolvimento de um sentimento de solidariedade em coexistência com o respeito individual. O indivíduo vale por si próprio e não em razão da sua condição particular. Nesse sentido, a dignidade é um integrante irrenunciável da condição humana, não podendo ser negada a quem preencha este requisito. Qualquer forma de discriminação deve ser coibida pelo Estado, o qual tem o dever de assegurar que os indivíduos tenham condição de escolher o que desejam para si¹¹¹.

A atribuição da dignidade considerando elementos de caráter pessoal ou relacionado a um grupo esvaziaria sua base de justificação, já que o mínimo denominador comum é a condição humana. A dignidade deve ser enxergada como um valor de caráter universal e igualitário assentado em condicionantes que vão

existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos de mais seres que integram a rede da vida”

¹⁰⁹ Jorge Miranda *in* Manual de direito constitucional. Vol. II. Tomo IV, citando Gunther Frankenberg, afirma que “quanto mais drasticamente violada, mais contornos precisos ela assume; dignidade não aparece com a pessoa em si, as por intermédio dos torturadores, polícias secretas e tiranos”. Essa colocação ilustra muito bem o que se pretendeu descrever, o afloramento da dignidade na máxima expressão de sua negação. p. 222.

¹¹⁰ MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais nas Constituições de Portugal e do Brasil In: **Liber amicorum em homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos**. Coimbra: 2013, p.507.

¹¹¹GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e não Discriminação** – Sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo: LTR, 2010, p. 40 e seguintes.

muito além da existência do ser ou do grupo que pertença. O fundamento da dignidade é o pertencimento à espécie humana¹¹², denominador comum a todos aqueles que gozam deste direito de forma gratuitamente natural¹¹³.

O respeito à dignidade é o ápice do resultado pela busca da igualdade no sentido em que independente dos atributos individuais. Cada sujeito é reconhecido na sua condição de humano e, portanto, titular de direitos e deveres que devem ser respeitados e garantidos. O fato de apresentar atributos individuais e de pertencer a um estrato qualquer da sociedade não é motivo para que se desconsidere a humanidade do ser ou que lhe seja tolhida a possibilidade de gozar de algum direito. Muito pelo contrário, deve-se lhe ser assegurada condição para que isso ocorra.

O combate a ações discriminatórias funda-se na existência de relações de reciprocidade nas quais cada cidadão se compromete a respeitar e reconhecer como válido o direito do outro¹¹⁴. A dignidade deve servir às minorias como garantia de lhes socorrer nas situações em que estejam em desvantagem, material ou formal. É uma forma de compensar eventuais injustiças que a lei ou a sociedade esteja cometendo, servindo de trunfos contra essa maioria¹¹⁵.

Dessas colocações, pode-se deduzir que a dignidade possui uma dupla conotação: uma individual e outra coletiva. A conotação individual, diz respeito aos caracteres subjetivos que levam a construção da ideia do sujeito enquanto ser humano dotado de valores e interesses. Nessa dimensão, há a formação do indivíduo e foge por

¹¹² NOVAIS, Jorge Reis. A dignidade da pessoa humana - Vol. 2: Dignidade e inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2016, p 44. Da mesma forma GURGEL, Yara Maria Pereira. Direitos Humanos, **Princípio da Igualdade e não Discriminação** – Sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo: LTR, 2010, p. 31

¹¹³ Não se desconsidera a divergência de opiniões no que toca o nível de reconhecimento de dignidade em diferentes etapas da vida humana, ou até mesmo o que se considera vida. Parte das opiniões considera que um embrião deve ter assegurado o mesmo direito à dignidade que um bebê já nascido, uma criança ou um idoso. Referem-se ainda a dignidade daqueles que já morreram. Todavia, o sentido de dignidade aqui referida impõe o reconhecimento mútuo dos sujeitos como membros de uma mesma espécie, o que lhes assegura o reconhecimento de sua dignidade em algum grau. O reconhecimento de que o denominador comum de pertencimento à espécie, neste momento justifica que em algum grau é merecido por todos.

¹¹⁴ CANOTILHO, J.J.Gomes. Dignidade e constitucionalização da pessoa. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. Coimbra, 2012. v. 2, p. 285-296.

¹¹⁵ A noção de Direitos como trunfos é defendida inicialmente por Ronald Dworkin que afirma que esse trunfo protege os cidadãos na medida em que um objetivo comum da maioria não é justificativa para que haja a ditadura da maioria impondo a perda ou dano a um direito individual. Tal tese também é desenvolvida por Jorge Reis Novais em *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*.

completo do controle do Estado. Reside aqui a base para a ideia de que a pessoa tem um valor intrínseco.

A dignidade é delimitada pela liberdade e pela autonomia do indivíduo em eleger o caminho a trilhar na sua concepção pessoal de vida. Seu conteúdo acompanha o ser humano mesmo quando ele não tem consciência de si. Por esse motivo é que os incapazes são dotados de dignidade e discute-se, com base na dignidade da pessoa humana, direitos dos fetos, nascituros e embriões.

Já na concepção coletiva reside a exteriorização da construção do sujeito sobre a dignidade, podendo inclusive diferir daquela individual, uma vez que aqui o Estado pode interferir e punir nos casos em que haja alguma manifestação que seja atentatória à sociedade. Assim, alguém que acredite na inferioridade de outro ser humano em razão da sua opção sexual, religiosa ou mesmo da sua cor de pele, ao exteriorizar essa crença e atentar contra a dignidade daqueles que reputa como inferiores, deve ser punido. A partir do momento em que há a manifestação fática de uma concepção inaceitável de dignidade, há o interesse social em coibir um ato que coloque em risco a paz social.

Da harmonia entre a dignidade individual e da coletiva surge a empatia ou a capacidade de reconhecer o outro como sujeito de iguais direitos que devem ser respeitados reciprocamente, ainda que estes sejam contrários, o que por sua vez sustenta o sentimento de solidariedade alhures mencionado.

Um indivíduo não pode ser considerado como uma ilha de dignidade, mas sim como uma partícula de um grande continente, cuja harmonia depende das interações e do respeito entre todos que o formam. Há uma vinculação da dignidade que conecta a todos impossibilitando uma análise isolada de um único sujeito, ao que se afirma que “a dignidade do eu não é independente da dignidade do tu – a minha dignidade é também função da dignidade que é reconhecida a todos os restantes seres

humanos¹¹⁶”. A dignidade independe do sujeito, seja ele um criminoso ou um santo, enquanto ser humano. Todos são igualmente detentores de dignidade¹¹⁷.

O Estado que se baseie no conceito de dignidade tem por dever a sua promoção, respeito e proteção, devendo atuar de forma a impedir que ações que desfavoreçam a dignidade sejam tratadas como inconstitucionais. Nesses Estados, a dignidade representa o que há de mais caro, o direito a ter direitos, núcleo duro dos direitos fundamentais e base para a organização estatal. Ela engasta-se no ordenamento jurídico de forma tão rígida que em situações, enquanto certos direitos tendem a ceder ou a sofrer deformações consideráveis, a dignidade se mantém incólume. Alguns direitos, mesmo os considerados fundamentais, podem sofrer ponderações e ceder sob certas situações o que, via de regra, não ocorre com tanta facilidade com a dignidade.

Isso não significa que ela seja um conceito absoluto, pois seria incompatível com qualquer intervenção no âmbito da dignidade, mesmo que tal intervenção possa ser considerada constitucional, o que é perfeitamente admissível tendo em vista a ocorrência de intervenções racionais e proporcionais, principalmente as que visem o seu fortalecimento.

É de salientar que a dignidade não pode ser considerada uma regra, pois caso assim fosse, deveria ser um comando definitivo, no qual havendo a necessidade de resolver um conflito deveria a solução ser sua validação ou invalidação. Essa última, impensável por óbvio. Lado outro, tampouco é um princípio puro, visto que a satisfação de um princípio exige que haja equilíbrio quando da resolução do conflito, o que implicaria na necessidade de cessão por parte da dignidade em situações que não poderiam ceder o que é igualmente inapropriado em face da força do conteúdo da dignidade.

¹¹⁶ OTERO, Paulo. Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana In: **Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão**. Coimbra, 2008, v. 1, p. 128.

¹¹⁷ SARLET, Ingo. As dimensões da dignidade da pessoa humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo (Org.). **As dimensões da dignidade**. Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional. 2ª ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 21.

Dito isso chega-se à conclusão de que a dignidade é um conceito “altamente complexo, que conjuga aspectos descritivos ou empíricos com elementos normativos ou avaliativos¹¹⁸”, podendo ser considerado um “conceito ponte” que liga a realidade social – empírica, descritiva – com a realidade jurídica – normativa, avaliativa.

6.1 - DIGNIDADE E DEMOCRACIA

Assim como os direitos fundamentais, a dignidade, como compreendida atualmente, possui intrínseca relação com a ideia de democracia. Se em suas origens o conceito originário de dignitas servia para indicar aqueles que pertenciam à elite e distingui-los dos demais, atualmente o conceito funda garantias de que todos são iguais perante a lei e devem ser tratados sem distinção. As dignitas conferiam àquela casta de pessoas privilégios e honrarias que não eram comuns a todas as pessoas, tratava-se de uma qualidade de poucos e não o caráter universal que hoje nos apresenta¹¹⁹.

A mutação ocorrida com a ideia de dignidade leva em consideração a noção de que as sociedades são mutáveis, o que traz implicações claras no conteúdo dos direitos fundamentais, bem como da dignidade, sendo obrigatória a renovação permanente desses conceitos, já que a manutenção de ideias estanques em nada colabora para a devida proteção e promoção de estados modernamente democráticos.

Não há dúvidas de que nos dias atuais ordenamentos jurídicos que não contemplem ou pior, que desrespeitem a dignidade, são fortes candidatos a traduzirem Estados que não possuem compromisso com a realização da igualdade entre os cidadãos e pouco apreço aos direitos fundamentais.

¹¹⁸ ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da. (Org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 24.

¹¹⁹ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. 2ª ed. Fórum: São Paulo, 2016, p. 30.

A dimensão de Estado que se baseia na dignidade a pessoa é o fim último enquanto indivíduo, pouco importando noções personalistas, cabendo ao Estado promover o pleno desenvolvimento. Esse mesmo indivíduo, respeitado em suas particularidades, é vinculado ao cumprimento de deveres e obrigações que determinam limites para que se possibilite a realização do pleno desenvolvimento do demais.

Tamanha a força limitadora da dignidade sobre o Estado democrático que o exercício do poder popular está a ela subordinada. O primeiro indício disso é geográfico: enquanto fundamento a dignidade localiza-se no inciso terceiro do artigo primeiro, enquanto a norma que delega ao povo o poder constituinte encontra-se, abaixo, no parágrafo primeiro. Não fosse isso, o fato de se imaginar o exercício do poder popular de forma a mitigar a dignidade por si já ensejaria a noção de ser isso teratológico, pois abriria a possibilidade de respaldo democrático de ações discriminatórias, o que é impensável. Portanto, é de se fazer coro com a afirmação de que não há respeito da vontade popular sem respeito da dignidade da pessoa humana¹²⁰.

Como implicação direta do que foram apresentadas, situações em que a dignidade seja posta em risco, exigem a participação em condições paritárias de liberdade e igualdade de todos nos processos de tomadas de decisões, uma vez que somente assim se preservará a vontade democrática. Caso contrário, se as decisões forem tomadas de forma a mitigar a possibilidade de exercício da liberdade e da igualdade, e desse resulte em afetação da dignidade, essa decisão não é apenas inconstitucional, mas antidemocrática¹²¹.

Por isso, a dignidade deve estar ancorada em um estatuto civil, Constituição, organizada no tempo e no espaço que determine a igualdade e a liberdade de todos, pois assim pode-se tentar realizar a transferência de conceitos morais para o texto jurídico que determine o respeito a todos por todos e o reconhecimento da condição

¹²⁰ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 246.

¹²¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Lisboa: Coimbra Editora, 2004, p. 57.

de sujeitos de direitos iguais e exigíveis¹²². Nesse tom pode-se afirmar que a dignidade é um conceito democrático revolucionário, porquanto rejeita formas anteriores de relação entre o Estado e os cidadãos realinhando direitos e deveres, obrigações e exigências.

O caminho para a interseção entre dignidade e democracia passa então pelo fato de que aquela somente pode ter conteúdo normativo se associada a uma Constituição que assegure a participação política de todos de forma livre e igualitária, pois enquanto conceito dúctil, a dignidade deve acompanhar as transformações sem abandonar a causa última que é o valor intrínseco de cada indivíduo.

Sob o prisma do Estado Democrático é difícil que se sobreponham direitos à liberdade e a autonomia, consectários da dignidade, portanto, a imposição de modos de vida que não sejam aqueles definidos pelo indivíduo, vida boa, não apenas se mostra ilegal, mas contrários aos preceitos democráticos que se pretende proteger.

¹²² HABERMAS, Jürgen. **Um ensaio sobre a Constituição da Europa**. Lisboa: Edições 70, 2012, p. 43.

7 - DIREITO FUNDAMENTAL À MORTE DIGNA

Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, os direitos da personalidade relações de igualdade¹²³ e somente existem em situações que possam existir de forma autônoma e diferenciada, ou seja, se há o dever de agir por parte de algum agente público decorrente de sua função, essa situação não se enquadraria como direito fundamental, ao passo que um indivíduo tomando decisões, livres e autônomas que impactam apenas e tão somente a sua vida está muito mais próximo do exercício de direitos fundamentais.

Necessário, todavia, para que se defenda a existência de determinado direito fundamental, que se estabeleça seu conteúdo, seu suporte fático não basta que se adjective um direito como fundamental para que esse passe a ter as garantias inerentes a tal categoria. No caso dos direitos positivados, essa identificação é garantida por consequência pelo próprio texto da Constituição, o que não ocorre com aqueles direitos fundamentais que não estão ali inscritos.

A exclusão de certos direitos do rol dos considerados constitucionalmente fundamentais pode se dá em razão de diversos fatores que vão desde a opção intencional do constituinte em não reconhecê-los, até a evolução da sociedade que valora em determinadas épocas alguns direitos que sequer eram pensados quando da confecção da Constituição. No caso em estudo, o direito à morte digna enquanto direito fundamental não se encontra inscrito dentre aqueles previstos pela Constituição, no entanto merece o atual reconhecimento como direito fundamental autônomo.

Em que pese à preferência pela proteção expressa dos direitos fundamentais, é preciso que vivamos uma realidade em rápida e em constante mutação e que o direito, apesar de ser uma ciência cujo objeto é eminentemente pretérito, deve atualizar-se de forma a acompanhar a sociedade, daí se afirmar que uma Constituição não pode parar no tempo, deve ser constantemente revista, não

¹²³ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 91.

apenas em seu aspeto formal, mas principalmente no alcance interpretativo que se pretende conferir aos seus dispositivos.

Virgílio Afonso da Silva¹²⁴, analisando o suporte fático dos direitos fundamentais diz que certas formas de delimitação do âmbito de proteção de direitos fundamentais são “claramente conservadoras” e que não se pode afastar dessa proteção àquilo que é novo simplesmente por ser pouco convencional. A título de exemplo aponta que a Constituição brasileira, com pouco mais de 30 anos, não previu na época de sua promulgação a evolução da internet e as suas consequências jurídicas. Naquele tempo não se podia imaginar o alcance que as ações cibernéticas poderiam ter nos dias de hoje.

A possibilidade de reconhecer direitos fundamentais além daqueles expressamente previstos na Constituição serve, conforme anotado por Ingo Wolfgang Sarlet¹²⁵, de força motriz para o desenvolvimento de uma sociedade aberta e plural, que não se pauta no conservadorismo para reconhecer direitos e proteger bens, cuja importância se revela ao longo do tempo. Essa possibilidade de reconhecimento demonstra claramente que o ordenamento jurídico, em especial a Constituição, não se limita a vontade expressa do legislador constituinte, mas também ao senso de proteção jurídica almejada pelo povo, real destinatário e produtor das normas ali positivadas, não se tratando o sistema de direitos fundamentais de sistema lógico-dedutivo, mas sim aberto aos novos conteúdos, integrado a ordem constitucional e influenciado pelo mundo¹²⁶.

Assim como a Constituição Brasileira é fundada na dignidade da pessoa humana, artigo 1º, III, a Constituição Portuguesa baseia-se na dignidade da pessoa humana e na vontade popular empenhada para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Tal similitude permite transpor a colocação de que essa determinação obriga a releitura constante do conteúdo dos direitos fundamentais para que não os

¹²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 96.

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, p. 331.

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 73

petrifique segundo padrões de determinada época, mas sim releendo-os conforme os parâmetros atualizados.¹²⁷

A possibilidade de reconhecimento de direitos fundamentais foi devidamente ressalvada no texto constitucional pelo parágrafo 2º do artigo 5º, que previu que “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”. É de se concluir que não apenas os direitos fundamentais formais, mas também os materiais foram contemplados. Com isso é possível afirmar que do ponto de vista do regime de direitos fundamentais, posições jurídicas cujo conteúdo apresenta relevância e significado social, embora não previstas formalmente na Constituição, mas que de seus princípios e fundamentos possam ser apreendidos, estão por ela protegidos¹²⁸.

A “fundamentalidade material” ou o reconhecimento da existência de direitos fundamentais materiais, segundo anota Canotilho¹²⁹, demonstra a que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivo na constituição das estruturas mais básicas do Estado e da sociedade. O reconhecimento de outros direitos que não aqueles formalmente constituídos resulta na possibilidade de atualização do texto constitucional e a extensão do regime de proteção concedido aos direitos fundamentais formais a esses novos direitos.

Dessa forma, ao se analisar que em 1988 a expectativa média de vida do brasileiro era de aproximadamente sessenta e oito anos, enquanto que em 2016 aproximava-se dos oitenta anos¹³⁰, percebe-se a necessidade de repensar sobre questões atinentes ao aumento da longevidade, decorrente da melhora na qualidade de vida e dos avanços médicos. Há em decorrência desse dado alteração significativa na percepção do significado do direito à vida, mas também na forma da sociedade se

¹²⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Reimpressão.** Coimbra: Coimbra, 2014, p. 50.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, p. 327.

¹²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 379.

¹³⁰ Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18469-expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-75-8-anos>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

relacionar com mais cuidado os momentos finais, uma vez que a medicina evoluiu no sentido de postergar a morte e quando não, fazê-la chegar de modo menos doloroso e mais digno.

O âmbito de proteção do direito a morte digna é o respeito às deliberações individuais, tomadas de forma livre e autônoma pelo sujeito. *Prima facie*, qualquer decisão que envolva essa temática está abarcada pelo direito fundamental, assim, a vontade de testar estaria sob o mesmo manto da decisão de não se submeter a determinado tratamento médico. Isso decorre da ideia de que toda ação, estado ou posição jurídica que tenha ligação com o direito fundamental invocado, deve ser considerada por ele abrangida “independente da consideração de outras variáveis”¹³¹.

A diferenciação entre os dois exemplos se dá pelo direcionamento da intervenção estatal frente a ambos. Enquanto no primeiro a ação estatal para garantir a implementação do direito é positiva, no sentido de ser necessária a ação estatal quando não observada à vontade de testar, no segundo caso trata-se de posicionamento negativo do Estado que deve abster-se de realizar qualquer procedimento contra a vontade do indivíduo.

A morte digna, seguindo a conceituação proposta por Jorge Miranda, se qualifica como direito de existência, pois situa-se na esfera mais íntima, aquela da qual depende a existência da pessoa. Não apenas a existência física e biológica, mas relativa à dignidade, porque não se pode admitir que alguém possa ser mantido vivo sem sua anuência para isso. Cabe ao sujeito buscar a tutela aos bens essenciais à sua existência e contrários a qualquer comportamento que ofenda tais bens.

Ao Estado cumpre o dever de proteção do direito à vida englobando a concepção de vida digna como outrora explorado. Todavia, noutra vertente, lhe incube garantir que as decisões sobre o final de vida sejam respeitadas quando tomadas de forma livre e consciente. Essa situação evidencia importante função dos direitos fundamentais,

¹³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 109.

qual seja, a de limitar a ação estatal, servido de escudo para o indivíduo face atitudes paternalistas do Estado, bem como o dever de proteção e promoção dos direitos fundamentais.

A pessoa não pode ser tolhida em sua liberdade por conta de direitos que deveriam fazer com que maximizasse seu potencial, tampouco ser tolhida pelo sistema jurídico que deveria promover a harmonização dos direitos individuais e coletivos. Dito isso, necessário bisar que as liberdades têm levam necessariamente a uma atitude de respeito e de não interferência nas esferas individuais de decisão, seja partindo do Estado, seja de dos demais indivíduos.

Assim, encontra eco a afirmação de que “pode e deve falar-se, numa atitude geral de respeito, resultante do reconhecimento da liberdade da pessoa de conformar a sua personalidade e de reger a sua vida e os seus interesses. Esse respeito pode converter-se quer em abstenções quer em ações do Estado e das demais entidades públicas ao serviço da realização da pessoa, individual ou institucionalmente considerada – mas nunca ao ponto de o Estado penetrar na sua personalidade e afetar o seu ser.”¹³²

Da mesma forma, cumpre aos particulares não interferirem em decisões que afetem o outro ser. O respeito da liberdade não pode vir somente do Estado, ainda que se discutam quais são os limites da eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares, há inegavelmente vinculação entre todos os membros da sociedade para que se possa haver harmonia.

Calha relevar a noção de que direitos fundamentais como trunfos, equivalendo metaforicamente a um jogo de cartas, na qual estão em lados opostos o Estado e o indivíduo. O trunfo serve para que ao ser invocado prevaleça sobre qualquer outra posição, principalmente aquelas que pretendam limitar liberdades individuais sob o manto da pretensa proteção de concepções de vida que o Estado creia ser melhor,

¹³² MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 122.

justificando assim a intervenção e a limitação para impor um ideal de vida boa¹³³. Ou seja, os direitos fundamentais servem ao indivíduo como garantia de que a sua conceção de vida boa prevalecerá ainda que o Estado deseje atuar de forma paternalista, não podendo agir para impor medidas que culminem em restrições não fundamentadas a direitos e liberdades individuais.

Importa dizer que em relação a direitos fundamentais, como já dito, não há direitos absolutos. Dessa forma, todo direito a depender da situação fática pode ser limitado, isso faz parte da natureza dos direitos fundamentais eis que dotados de “reserva imanente”¹³⁴ que permite ao intérprete fazer com que determinado direito se sobreponha a outro.

Essa limitação pode vir explicitada no conteúdo positivo do direito ou, o que é mais comum, ser encontrada de forma implícita em seu enunciado. A escolha constitucional da forma de apresentação dos direitos fundamentais se verifica, usualmente, em razão do grau de interpretação que se pretende conceder a determinado direito. Nos casos em que a limitação já se encontra explícita a possibilidade de interpretação, e, portanto, de restrição a determinado direito é mínima, a própria Constituição já se incumbiu de limitá-lo ao máximo. Por outro lado, nos casos implícitos, há uma maior possibilidade de interpretação de como e em qual grau se dará a limitação do referido direito.

Nesse último caso encontra-se o direito à vida. A Constituição Brasileira assegurou de forma ampla e genérica o direito à vida, ressaltou a aplicação da pena de morte e daquelas penas cruéis. A legislação infraconstitucional se incumbiu de apresentar outras limitações a esse direito como a legítima defesa e o estado de necessidade, por exemplo. É perfeitamente plausível, baseado na dignidade da pessoa humana, que alguém se recuse a prolongar sua vida de forma a desnaturar seus ideais de vida, noutras palavras, o direito à vida pode ser limitado pelo direito à morte digna, desde que esse seja exercido de modo livre e autônomo. Somente um direito

¹³³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 28.

¹³⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.48.

fundamental com conteúdo próprio tem a capacidade de limitar o exercício de outro direito fundamental. O que assegura a prevalência de um sobre o outro é determinado caso a caso, observadas regras de ponderação.

Como tem se verificado, o direito à morte digna reveste-se de fundamentação própria aos direitos fundamentais, mesmo que não se trate de norma expressa na constituição. Diante disso, é imperioso que se lhe reconheça as especificidades de direito fundamental, alcançando-lhe todas as proteções em especial no que toca a necessidade de argumentação forte para impor restrições ao exercício do referido direito. A defesa pelo reconhecimento da natureza de fundamentalidade do direito à morte digna não é mera vicissitude argumentativa, mas a busca pela atribuição de regime jurídico próprio que proporcione segurança jurídica a todos os envolvidos, em especial para aqueles que no auxílio do titular desse direito não sofram com consequências jurídicas penalizadoras.

Por fim, ainda que não se reconheça a morte digna como direito fundamental autônomo, o que se afasta prontamente, é necessário reconhecer que as decisões de final possuem peso suficiente para afastar a pretensa absolutização do direito à vida, prevalecendo sobre esse último. Isso em nada contradiz a força normativa dos direitos fundamentais. Mesmo que se pretenda excluir o direito à morte digna do rol de direitos fundamentais, é impossível dissociá-lo do direito à vida digna. Contudo, é perfeitamente possível deixar de tratar a morte como oposição à vida, porém como parte daquilo que nos faz humanos, independente da inalienável temporalidade¹³⁵.

O direito à morte digna deve ser visto e compreendido como o desfecho de um processo sustentado em princípios éticos de dignidade e autonomia. Por si só a terminalidade é fato angustiante e delicado que implica no reconhecimento da

¹³⁵ BOEMER, Magali R. (Magali Roseira); PELÁ, Nilza Teresa Rotter ESCOLA DE ENFERMAGEM DE RIBEIRÃO PRETO; UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **A morte, o morrer e o morrendo: estudo de pacientes terminais**. 1985 iv, 205 f. enc. : Tese (doutorado) - Universidade de São Paulo, Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto

finitude. A morte deve ser tratada de forma natural, e acima de tudo aceitá-la e encará-la de maneira consciente e serena quando de sua ocorrência¹³⁶.

O não reconhecimento do direito à morte digna como direito fundamental autônomo, apenas deslocaria o conflito para dentro do direito à vida. Não se teria a dicotomia entre vida e morte, mas sim entre o pretense dever do Estado de manter a vida a qualquer termo, mesmo contra a vontade do sujeito e o desejo livre e autônomo do mesmo em não prolongar, ou por fim à própria vida.

É necessário estabelecer ainda melhor o conteúdo essencial do direito fundamental à morte digna, já que uma vez reconhecido como fundamental, esse direito atrairia para si todas as especificidades e garantias outorgadas pela Constituição, o que implica no fortalecimento da sua aplicação.

7.1 - DIMENSÃO OBJETIVA

Nesse ponto, a definição se dá com base na importância que o direito fundamental apresenta para a sociedade como um todo, ou seja, se há o reconhecimento social da necessidade de proteção de determinado direito mesmo que este não tenha sido expressamente reconhecido pelo texto constitucional. Em outras palavras, os direitos fundamentais representam o equilíbrio de forças políticas e sociais direcionadas a garantir objetivos em comum de sistematizar os interesses e promover o funcionamento de uma sociedade pluralista que contemple valores e normas a que a maioria dos cidadãos preste seu consentimento¹³⁷.

Para se revestir da força normativa de direito fundamental é necessário que o direito candidato a tal posto esteja revestido de qualidades que o tornem relevantes em

¹³⁶ ARAÚJO, Armando Otávio Vilar. Múltiplos enfoques sobre a morte e o morrer. In: MORITZ, Rachel Duarte. **Conflito bioéticos do viver e do morrer**. Brasília: CFM, 2011, p.141.

¹³⁷ LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 1998, p. 21.

uma sociedade democrática¹³⁸. Nessa toada, e tomando por baso o fundamento na dignidade da pessoa humana, que será mais bem explicado adiante, e considerando que a morte é parte indissociável da vida, é possível afirmar, como já se fez, que o imperativo de uma vida digna é necessariamente uma morte digna¹³⁹.

Ainda como se verificou, a morte apresenta um importante papel nas sociedades, marcando de forma indelével o ordenamento jurídico, mas não apenas. É forçoso concluir que o direito à morte digna possui contornos próprios que se concretiza por meio do exercício da liberdade e da autonomia direcionados para um fim específico, não é um mero desdobramento de vontades decorrente do exercício de outro direito.

Como consequência do reconhecimento da dimensão objetiva há o igual reconhecimento da existência de deveres do Estado para com a promoção, preservação e adequação do sistema constitucional e infraconstitucional por meio de políticas públicas para a implementação de mecanismos que assegurem o pleno gozo por parte de todos do direito fundamental.

A dimensão objetiva legitima inclusive restrições que possam atingir a dimensão subjetiva, afetando direitos e bens que são individuais ou constitucionalmente relevantes, para que então se possa promover outros direitos que naquela determinada situação se mostra mais aplicáveis e necessários ou ainda que estejam sob ameaça do Estado ou de particulares¹⁴⁰. Nessas hipóteses a interferência na dimensão objetiva tem por fim reforçar a efetividade dos direitos fundamentais como um todo e não o contrário.

Outro ponto importante da dimensão objetiva é o de que é ela que garante a eficácia irradiante¹⁴¹ ao direito fundamental, ou seja, que se atinja a legislação

¹³⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 55.

¹³⁹ MELO, Nehemias Domingos de. O direito de morrer com dignidade. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana. (Coord.). **Tratado brasileiro sobre o Direito Fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017, p.92.

¹⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, p.168.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, p. 354.

infraconstitucional fornecendo condições de aplicação em todo o ordenamento jurídico conforme o conteúdo do direito fundamental em destaque.

A irradiação coloca os direitos fundamentais como centro do ordenamento jurídico, motivo pelo qual há vinculação de todas as normas ao sistema de valores que determina o reconhecimento de determinado direito enquanto fundamental, centralizando no sujeito de direito toda a destinação normativa que deve assegurar sua liberdade e autonomia de desenvolvimento, tomando como paradigma principal a dignidade. O encadeamento proporcionado pela dimensão objetiva torna indissociáveis as ideias de direito fundamental, sujeito de direitos, Estado de Direito, democracia e dignidade. A relação estabelecida é de tamanha simbiose e que havendo a mitigação injustificada¹⁴² de qualquer dos elos, os demais seriam afetados de tal forma que a validade e eficácia ficariam comprometidas.

Revelam-se os direitos fundamentais não apenas como normas interpretativas que determinam padrões valorativos na sociedade, mas como garantias fundamentais de concretização de si próprias, pois não basta a mera previsão de existência, como também o reconhecimento de meios para implementação dos direitos fundamentais, o que é assegurado pela sua dimensão objetiva.

7.2 - DIMENSÃO SUBJETIVA

No que toca a dimensão subjetiva, cabe aos direitos fundamentais servirem de instrumentos contra os arbítrios do Estado e dos demais indivíduos. Ainda que originalmente os direitos fundamentais tenham se apresentado como limitadores do poder estatal, é necessário que haja algum tipo de controle para garantir que todos sejam realmente iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

¹⁴² É exatamente a dimensão objetiva que autoriza a legitimação de restrições aos direitos fundamentais, pois pode limitar seu alcance face aos seus titulares para assegurar que o conjunto de valores estabelecidos como fundamentais possa prevalecer sobre interesses meramente individuais que não sejam justificados perante o interesse coletivo. Por isso, as dimensões objetiva e subjetiva devem se harmonizar, pois assim garante-se eficácia aos direitos fundamentais em sua plenitude, resguardando-os de qualquer tipo de ameaça.

Verifica-se aqui que a eficácia dos direitos fundamentais não se opera apenas de forma vertical, vinculando o Estado e os particulares, mas também de forma horizontal, alcançando as relações entre “iguais”, assegurando dessa forma a implementação da igualdade material, não apenas formal, e nesse sentido a possibilidade de livre desenvolvimento de direitos em sua plenitude.

São as posições subjetivas em direitos fundamentais que situam-se as liberdades individuais e as garantias de autodeterminação, cabendo ao Estado o dever de abster-se de adentar nessa seara sem motivações fortes. A interferência na autonomia somente é aceitável em situações muito particulares devendo o Estado e os demais indivíduos respeitarem as escolhas feitas. Essa configuração dos direitos fundamentais assegura que o sujeito torne-se, perante o Estado, sujeito de direitos. Decorre daí o substrato da constituição expressa do Estado Democrático de Direito, evidenciando a íntima relação dos direitos fundamentais com a Democracia.

É na seara da dimensão subjetiva que está a possibilidade de disposição de direitos, já que é aqui que se fundamenta a titularidade dos direitos e como é de fácil dedução, somente é possível dispor daquilo que se possui. A disposição de direitos pressupõe a existência de posições entre sujeitos titulares de direitos e a consequente modificação dessas posições, seja pela criação ou extinção do direito de um sujeito em face do outro. Tal não procede com a dimensão objetiva, pois ela compreende a natureza coletiva dos direitos, o que impede que um sujeito comprometa os direitos dos demais, já que estando nessa posição não estaria ele dispende de um direito seu, mas da coletividade.

É de se concluir que para que haja a disposição de direitos fundamentais o sujeito que dispõe tenha capacidade para tanto, o que por sua vez pressupõe que ele tenha autonomia para adotar determinado comportamento¹⁴³. Tal colocação pressupõe o que vem se defendendo ao longo do presente trabalho: autonomia e liberdade são essenciais para o pleno exercício do direito à morte digna, não apenas pelo fato de

¹⁴³ MARTTEL, Leticia Campos Velho. **Direitos Fundamentais Indisponíveis** – os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Tese de doutorado, p. 63. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TES.PDF>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

que o exercício desse direito pressupõe a mitigação, portanto, disposição do direito à vida, mas também por envolver momentos em que o sujeito encontra-se fragilizado e por isso não pode encontrar guarida na posição tomada por terceiros sem que se leve em consideração a vontade daquele indivíduo¹⁴⁴.

A relação que se estabelece entre as dimensões objetiva e subjetiva não é de complementação e dependência, mas de integração, uma vez que os deveres do Estado são determinados pela dimensão objetiva, cabendo-lhe assegurar o reconhecimento daqueles, enquanto que o impulso, a orientação e os objetivos de atuação são fornecidos pela dimensão subjetiva, ou seja, o fim último da atividade estatal deve ser pautada pela otimização das condições de desenvolvimento do sujeito de direitos¹⁴⁵.

7.3 - DISPOSIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Muito se tem falado até aqui na disposição de direitos fundamentais e nas implicações que essa atitude teria para a efetivação do direito fundamental à morte digna tendo em consideração que o fortalecimento da posição jurídica desse direito caminha de forma inversamente proporcional do fortalecimento do direito à vida, aqui entendido não adjetivado, ou seja, vida biológica. Em outras palavras, para que se tenha uma morte digna é preciso deixar de viver o que não significa que se tenha que deixar de viver com dignidade¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Exatamente por isso que são importantes as diretivas antecipadas de vontade como forma de reforço da vontade do sujeito e da afirmação de sua dignidade para nos momentos de fim de vida. Esse assunto será melhor explorado nos capítulos seguintes na intenção de reforçar esse posicionamento.

¹⁴⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições a direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Lisboa: Coimbra, 2003, p. 100.

¹⁴⁶ Para fins do presente estudo, a utilização do termo “disposição” leva em conta a generalidade alcançada na medida em que é possível discutir-se se há disposição, renúncia, perda, não exercício ou outras modalidades. Por tal motivo, compreendendo disposição como gênero do qual os demais termos são espécies, faz-se essa opção terminológica para que se possa melhor explorar o tema explanando suas vicissitudes no tópico que segue. Com intuito de melhor aclarar as diferenças, mister lançar mão das palavras de Jorge Reis Novais, que assim apresenta as diferenciações terminológicas: *“Trata-se aqui, aparentemente, de conceitos facilmente delimitáveis. Na renúncia o particular vincula-se juridicamente a não invocar em seu direito fundamental perante as entidades públicas, nomeadamente, compromete-se, em geral a não exercer, temporária ou pontualmente, algumas das pretensões, faculdades ou poderes que integram esse direito. Na perda de um direito fundamental, verifica-se também um enfraquecimento da posição jurídica individual tutelada por uma*

A terminologia utilizada para o assunto que se pretende tratar é vasta, podendo ser encontradas referências à disposição, renúncia, autolimitação de direitos fundamentais, sendo que todas as terminologias acabam por aportar no conceito de que o indivíduo, detentor de certa posição jurídica, pode, de forma livre e autônoma promover o enfraquecimento dessa posição.

Para fins do presente estudo, a utilização do termo disposição leva em conta que em certas circunstâncias e obedecendo a determinados limites, os direitos fundamentais são disponíveis. A isso chama-se núcleo essencial dos direitos fundamentais, que é parcela sem a qual eles perdem sua eficácia e deixa de ser reconhecido como fundamental.

O limite mais evidente de disposição de direitos fundamentais é sem dúvida, a dignidade da pessoa humana. Uma vez que se atinja, o problema da disposição de direitos fundamentais terá chegado ao seu limite máximo, sendo necessária profunda verificação acerca do trespasse a tal limite, já que uma vez atingida a dignidade pode não ser recomposta e, portanto, a ação deverá ser inexoravelmente considerada inconstitucional, objetificante e inaceitável.

Exemplo que vem a calhar são o direito, a intimidade e a privacidade, elencados como invioláveis na Constituição, mas que há quem abdique dele para expor sua vida para o resto do mundo¹⁴⁷. Contudo, a dignidade continua intacta, pois apesar da ampla violação – considerando que a depender do caso a privacidade foi declinada a nível mundial – não se pode, neste caso, se falar em mitigação da dignidade. Da

norma de direito fundamental, mas, diferentemente do que acontece na renúncia, esse enfraquecimento – na sua causa e na sua medida – é determinado, não já pela vontade concordante do interessado, mas pela ordem jurídica com base na verificação de certos pressupostos de facto. Por sua vez, no mero não exercício verifica-se uma situação distinta: o particular tem uma posição jurídica que a ordem jurídica lhe permite exercer ou não exercer, sendo que ambas as possibilidades podem ser configuradas como modalidades de exercício, em sentido lato, do direito fundamental em causa.” NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria. Coimbra.** Coimbra: Editora, 2006, p. 221. É de se concordar que de fato a delimitação dos conceitos é apenas e tão somente aparentemente de fácil delimitação.

¹⁴⁷ Em que pese a afirmação de J. J. GOMES CANOTILHO e JÓNATAS E. M. MACHADO. In: **Reality shows e liberdade de programação**, 2003, p. 106, de que a pessoa que decida tornar público certos aspectos da sua vida privada não abdicar do direito à intimidade mas sim o utiliza de acordo com sua própria concepção, entende-se aqui que em um certo momento a exposição é tamanha que alcança as raias da disponibilidade. Ainda há a hipótese de cessão de direitos para terceiros que podem explorar da maneira como bem desejem a intimidade, como é o caso dos Reality shows. Por esse motivo discorda-se em parte com as conclusões apresentadas na obra supra.

mesma forma, ações que impliquem em violação da integridade física, mas que se realizadas com consentimento do sujeito perdem o caráter ilícito, por exemplo, uma relação sexual ou uma cirurgia plástica.

Para Canotilho¹⁴⁸, por exemplo, em relação aos direitos da personalidade, seria irrenunciável qualquer direito medularmente inerente à dignidade da pessoa humana, assim como direitos e garantias isoladamente considerados. Para aferir a legalidade da ação deve ser verificada a voluntariedade da renúncia e sua proximidade ao núcleo essencial.

Paulo Otero¹⁴⁹ sintetiza bem o dilema jurídico ao afirmar que é preciso equacionar a difícil tarefa de delimitar a total disponibilidade do corpo, e conseqüentemente da dignidade, tornando-a um punhado de partes autônomas objetos individuais, cuja finalidade em nada tem a ver com o indivíduo e a total indisponibilidade que implica no controle normativo do indivíduo desconsiderando-o a suas dimensões pessoais.

Outro ponto que deve ser considerado ao se tratar da disposição de direitos fundamentais é a posição em face de quem o indivíduo está dispondo seus direitos, enfraquecer a posição individual frente a um igual, ou seja, a outro indivíduo, tem conseqüências jurídicas distintas do que a realização da mesma ação face ao Estado. Nunca é demais lembrar que perante o Estado, os direitos fundamentais funcionam como trunfos limitadores de poder e reafirmação da condição de democracia.

Ponto comum ao enfraquecimento da posição que determina as diversas facetas da disposição é o fato de que sua origem vem do exercício da autonomia do sujeito. Não se pode falar em disposição quando se trata de imposição alheia e cujo nascedouro não leva em consideração a vontade livre e desimpedida do sujeito.

¹⁴⁸ CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 464. Com ressalva ao fato de que o autor afirma que a renúncia a direitos fundamentais deve considerar sempre a possibilidade de revogação, o que no caso da negativa de tratamento médico que culmine com a morte do paciente não possui esse caráter. Contudo, o paciente pode sim, até o último momento, mudar de ideia e autorizar a realização do procedimento, assim, se crê que há o devido respeito a essa condicionante.

¹⁴⁹ OTERO, Paulo. Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana In: **Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão**. Coimbra, 2008, v. 1, p. 120.

Nesses casos estar-se-á diante hipóteses da perda ou suspensão de direitos fundamentais, cuja possibilidade é prevista pelo ordenamento constitucional.

Nesse sentido, é de assinalar, como faz Gilmar Mendes¹⁵⁰, que não há impedimento para se exercitar certos direitos fundamentais, se disponha de outros em prol de finalidades constitucionais. Além dos exemplos citados acima extraídos do artigo de Canotilho, pode-se ainda trazer os citados por Gilmar Mendes, qual seja a disposição da liberdade de expressão em prol do sigilo exigido de certas profissões.

Por ser imposta por terceiros, a perda de direitos fundamentais implica na preexistência de abuso de direitos fundamentais, sendo que o titular não pode invocar o direito nem mesmo pode readquiri-lo. Nos casos em que o acesso aos direitos fundamentais seja temporário tem-se suspensão e não perda.

Acerca do tema, cumpre ainda dizer que os direitos fundamentais são em sua maioria estáticos, ou seja, o titular não os exercita a todo o momento, o que não implica que seu conteúdo se desnature, o que ocorre é o não exercício. Essa característica diferencia o não exercício da disposição. Naquela o titular do direito se mantém passivo em relação ao exercício, já na disposição o titular de forma ativa reduz o âmbito de proteção do direito fundamental.

É de se imaginar que nem todos os direitos fundamentais possuem essa faculdade de poderem não ser exercidos, como por exemplo, o direito à vida. Uma vez que a pessoa nasce, ela não tem a faculdade de não viver, o que poderia é a renúncia a esse direito, o que, no exemplo citado, aniquilaria por completo o próprio direito. Alguns outros direitos são dotados de dupla natureza, pois também são deveres fundamentais e, portanto, devem ser observados por todos. No caso da Constituição Brasileira o direito fundamental ao voto é também um dever por força do artigo 14, §1º.

¹⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, p.146.

Cabe aqui o alerta de Jorge Miranda¹⁵¹ que ensina que apesar de conviverem no mesmo ordenamento constitucional, direitos e deveres não possuem equivalência, tampouco têm relação direta a que cada direito corresponderia um dever. Em que pese isso poder ser identificado em certas situações como o direito ao voto que tem seu dever correspondente, isso não funciona como regra geral.

Exatamente por isso que não se pode afirmar perentoriamente que o direito à morte digna corresponde diretamente ao dever de exercício desse direito. Morrer não é sequer um direito, é uma consequência natural da vida. Aquilo que é alcançado pelo âmbito de proteção do ordenamento é o direito à morte digna que também não corresponde a um pretense direito à vida ou, muito menos, a um dever de viver.

O exercício do direito à morte digna observa parâmetros de dignidade vinculados à noção de vida boa defendida pelo sujeito com base em suas concepções particulares, portanto, significa não a mitigação do direito à vida, mas sim seu reforço.

Ocorre que em alguns casos a esfera de proteção do direito à morte digna conflita com o direito à vida. Nesses casos, a implementação do direito à morte digna implica na disposição do direito à vida, motivo pelo qual se dedica o presente tópico ao estudo dessa temática. Sendo possível que a resolução do conflito desses direitos enseje a invocação de técnicas de ponderação utilizadas em qualquer relação de conflitos de direitos fundamentais, em especial, a proporcionalidade e a razoabilidade¹⁵².

A disposição de direitos fundamentais, como já explanado, somente se opera no âmbito da dimensão subjetiva, o que leva às palavras de Letícia Campos Velho Martel que conceitua o tema do ato dispositivo “(...) significa enfraquecer, mediante consentimento, posições – ou posição – subjetivas de direito fundamental em face

¹⁵¹ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p.110

¹⁵² Sobre o tema das técnicas de ponderação face a conflitos de direitos fundamentais cumpre anotar que não são o objeto específico do presente trabalho, contudo, no cerne de cada uma delas encontra-se o objeto aqui estudado, qual seja a dignidade da pessoa humana. Tanto assim que Robert Alexy inaugura seu ensaio “A dignidade humana e a análise da proporcionalidade” afirmando que a concepção relativa da dignidade da pessoa humana não é apenas compatível, mas é pressuposto da análise da proporcionalidade em situações de intervenções sobre direitos fundamentais.

de terceiros, sejam particulares, seja o Estado, permitindo-lhes agir ou omitir-se de agir de modo que não poderiam se não houvesse consentimento”¹⁵³.

No mesmo sentido, Pedro Augustin Adamy¹⁵⁴ afirma que a discussão do presente tema deve passar obrigatoriamente pela análise dos direitos fundamentais, em especial aqueles que limitam o poder do Estado e garantem a liberdade do cidadão. Essa análise prévia foi o que se delineou nos capítulos anteriores, cujo caminho deságua no presente tópico e se ramificará para a temática específica, Direito fundamental à morte digna, no decorrer das próximas linhas.

A princípio, as posições de direito fundamental trazem a possibilidade de disposição, isso desde que cumprido certos requisitos, como capacidade, titularidade e liberdade. Contudo, a temática não é tão simples como se faz parecer, tendo em vista que a disposição pode ocorrer em variados níveis e com diferentes formas de exigência. Pode se operar, como posto na definição, entre particulares ou entre o Estado. Pode exigir consentimento tácito ou expresso, justificações fortes ou fracas e ainda pode variar quanto aos resultados jurídicos, trazendo consequências temporárias ou permanentes.

O fator que não se altera em qualquer que seja o nível de disposição é o fato de ocorrer de forma voluntária, livre e consentida. A disposição de direitos é ato que parte de dentro do indivíduo para a produção de efeitos no mundo exterior. É, portanto, movimento autônomo. Em oposição, encontram-se as restrições, cujo movimento é heterônomo, ou seja, parte da sociedade para indivíduo, a alteração de suas posições.

A disposição de determinado direito fundamental pode ser compreendida como o exercício desse direito. A titularidade de determinada posição frente ao Estado, ou mesmo aos demais concidadãos, possibilita que dentre os possíveis usos desse

¹⁵³ MARTTEL, Leticia Campos Velho. **Direitos Fundamentais Indisponíveis – os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. Tese de doutorado, p. 80. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TES.PDF>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

¹⁵⁴ ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, p.21.

direito seja o de dele dispor desde que assim se faça com liberdade e autonomia¹⁵⁵. A concretização do ideal de vida boa pode ser então alcançada pela disposição de determinado direito, por exemplo, alguém que se veja injuriado por outrem, pode dispor do seu direito de ação, por acreditar que um processo judicial iria aumentar ainda mais seu sofrimento, frente aquela situação, afetando-lhe de tal forma que torne sua vida não boa. Transpondo para o tema do presente estudo, a escolha em não se submeter a determinado tratamento médico que prolongasse a vida, em razão da autodeterminação de que aquele procedimento seria inócuo frente à expectativa de vida boa, seria a realização do direito fundamental à morte digna pela via da disposição do direito a receber o tratamento.

A disposição de direitos como já dito, se situa no âmbito da dimensão subjetiva, com isso, importa ressaltar que o ato de disposição não afeta a existência do direito ou mesmo a sua importância para o ordenamento como um todo¹⁵⁶. A afetação ao direito fundamental por meio da disposição toca apenas aquela posição de quem dispõe do direito, assim, a ação pessoal em nada interfere na esfera de outros titulares que podem na medida de sua autonomia, dispor ou não de suas próprias posições. Portanto, não se pode argumentar que a disposição por parte de um sujeito colocaria em risco o nomos do ordenamento jurídico como um todo, isso porque seria conferir demasiado poder ao ato de disposição individual.

Não se desconhece o posicionamento de que os direitos fundamentais são considerados “indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransponíveis e personalíssimos¹⁵⁷” e que funcionariam como limite não apenas ao Estado, mas também aos próprios titulares, contudo, essa limitação ao contrário do que defendido por essa corrente, não se sustenta enquanto absoluta pelos argumentos aqui apresentados.

¹⁵⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 235.

¹⁵⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 245.

¹⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 22. Na doutrina brasileira encontra-se pensamento semelhante em GOMES, Enéias Xavier. *Do consentimento no homicídio*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

A disponibilidade de direitos cumpre importante papel no alargamento da liberdade dos indivíduos em exercer seus direitos. Em se tratando da indisponibilidade, essa liberdade fica seriamente comprometida, já que o indivíduo tem apenas a opção de não dispor dos direitos, enquanto que em relação à disponibilidade essa pode ser exercida em diferentes graus a depender do direito que se discute.

Pode-se verificar que se de um lado a disposição implica no enfraquecimento da posição do titular, de outro reforça-lhe a autonomia e a liberdade de agir conforme seus interesses e entendimentos, inclusive baseado em noções de vida boa. Essa característica da disposição denota outra importante característica que a diferencia da perda de direitos fundamentais: enquanto que nessa um terceiro determina o enfraquecimento, ou mesmo a extinção, de determinada posição jurídica, na disposição o sujeito busca gozo pessoal. Sua decisão é determinada por um comportamento voluntário¹⁵⁸.

Fato incontroverso até aqui é que direitos fundamentais podem ser limitados, sendo que essa limitação pode se originar da vontade do sujeito, que no exercício de suas liberdades, de forma autônoma, adota comportamentos que enfraquecem suas posições jurídicas e com isso abre espaço para a interferência no âmbito de proteção originário dos direitos fundamentais. Pode também ocorrer da limitação se implementar de forma heterónoma na medida em que um terceiro, via de regra munido do poder estatal, imponha, independente da vontade do sujeito, limites ao exercício de direitos fundamentais.

Em relação às possibilidades de disposição, que ela é fator substancial do desenvolvimento da pessoa e conseqüentemente de seus ideais, sendo, portanto, a mais destilada expressão da autonomia. O impedimento ao exercício da disposição implica na interferência na possibilidade da pessoa posicionar-se enquanto tal, implicando na retirada do direito ser verdadeiramente livre.

A possibilidade de disposição de posições fundamentais é em última instância o reconhecimento máximo da liberdade e da autonomia do sujeito que tem

¹⁵⁸ ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo. Malheiros: 2011, p.33.

reconhecida a sua potencialidade de realização pessoal e sua noção de vida boa. Reconhece-se também a liberdade e autonomia dos demais integrantes da comunidade, pois só se pode falar em verdadeira liberdade e autonomia se todos os envolvidos assim forem¹⁵⁹.

Ademais, como dito, os direitos fundamentais sustentam a essência da democracia e não há verdadeira democracia sem que todos os afetados pelas decisões possam dela participar. Em que pese o fato das decisões acerca do final de vida sejam eminentemente individuais, elas devem partir do mesmo referencial constitucional para serem reconhecidamente válidas e eficazes. O processo legislativo que assegura tal legitimidade é afeito à coletividade.

É de se perquirir sobre os limites da disposição, uma vez que não se pode admitir intervenção nos direitos fundamentais ilimitadas, caso contrário, se enfraqueceria demasiadamente os direitos fundamentais ao ponto de possibilitar sua extinção, o que como já defendido não é possível. Ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, no Brasil¹⁶⁰ não existe norma impondo a limitação da intervenção aos direitos fundamentais, o que não significa que se possa agir de forma ilimitada, é preciso que se interprete a Constituição de forma a preservar os direitos e garantias fundamentais, sendo de sua natureza a autopreservação e a necessidade de se manter um conteúdo mínimo dos direitos fundamentais nos casos de conflito ou mesmo de disposição.

Ainda que a Constituição não apresente regras expressas como faz a Constituição Portuguesa, ela traz dispositivos que limitam a atuação do Estado em relação aos direitos fundamentais. Limitação essa que se estende aos particulares que devem observá-las. Mesmo que seja de vontade das partes, não é válida a supressão dessas normas. Nesse sentido, serve de exemplo a proibição da tortura (artigo 5º, III) – ainda que a pretexto de que poderia salvar outras vidas; a convenção de trabalho que aniquile o salário mínimo (artigo 7º, IV). Em ambos os casos se verifica

¹⁵⁹ STANCIOLI, Brunello. **Direitos Fundamentais e direitos da personalidade**. Belo Horizonte: DelRey, 2010, p. 124.

¹⁶⁰ A título de exemplo, a Constituição Portuguesa em seu artigo 18.3, expressa que leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

um mínimo de conteúdo para que o direito se realize. No primeiro exemplo, a utilização da tortura implicaria a redução do torturado à condição de objeto deixando o mesmo mercê da ação arbitrária de terceiros¹⁶¹. Já no segundo caso, ainda que exista a possibilidade de transacionar a diminuição do salário mínimo ante a proporcional redução da jornada de trabalho, há a manutenção essencial do mínimo exigido para que se cumpra o comando constitucional. Dessa forma, não se possibilita o acordo que aniquile o direito previsto no artigo 7º.

Os exemplos demonstram ainda que as proibições não se direcionam apenas ao Estado, mas servem de limites para as relações privadas, o que evidencia o alcance horizontal dos direitos fundamentais. Tratou-se de exemplificar valendo-se de situações absolutas de limites, nas quais a disposição fulminaria o próprio direito, motivo pelo qual em nenhuma hipótese se aceitaria tocá-los. Contudo, como é de se imaginar ante a posição de que não existem direitos absolutos, que existem limites que podem ser alargados, não como regra, mas em situações em que a superação dos limites é possível.

É exatamente no campo dos chamados limites relativo que se encontra a possibilidade de disposição do direito à vida. O ordenamento brasileiro não impõe a vida como um dever, tampouco como um fardo a ser carregado em momentos que a existência torna-se indigna. Ademais, em que pese a aparência, a efetivação do direito à morte digna não implica necessariamente na disposição do direito à vida, mas sim na adoção de comportamentos que não prolongue a vida além daquilo que a pessoa deseje. Viver a morte digna não quer dizer apressar o fim, mas torná-lo menos doloroso, ainda que para isso seja necessário dispor de certos direitos fundamentais.

A esse fim muito bem serve a dignidade, pois a partir do momento em que a pessoa esteja levando uma vida indigna, a conservação da dignidade pode depender da disposição de certos direitos, como por exemplo, a negativa de submeter-se a determinados tratamentos, mesmo sabendo que existe o direito fundamental de

¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 127.

acesso à saúde. Lado outro, nos casos em que a disposição não se alicerça na autonomia e liberdade, a dignidade pode funcionar como limitador da exteriorização da vontade, exemplo claro é o caso ocorrido no estado de Goiás, no qual determinou-se a transfusão de sangue em um recém-nascido contrariamente a vontade dos pais¹⁶².

7.3.1 - Requisitos para efetivação da disponibilidade de Direitos Fundamentais

A disponibilidade de direitos fundamentais requer o cumprimento de requisitos para sua ocorrência - alguns já explorados, como o consentimento. Outros como a titularidade da posição que se pretende dispor, serão melhor explicados ao longo do trabalho.

Tomando por referencial a titularidade, não é possível que alguém disponha de um direito em substituição de outrem, assim pais ou representantes legais que ajam no sentido de dispor de posições de seus representados não estão a praticar disposição, mas sim ato heterónomo de interferência nos direitos fundamentais de outrem, ainda que isso ocorra para preservar direitos – aqui deve ser lembrado que essa interferência pode configurar paternalismo. Imperioso diferenciar que os casos de interferência heterónoma não devem ser confundidos com atos de representação da vontade do titular do direito, como por exemplo, o cumprimento de diretivas antecipadas de vontade.

¹⁶² Na análise do caso a sentença que possibilitou o procedimento médico anotou o seguinte: (...) Importante destacar que não se está a negar que as liberdades de consciência e de culto religioso sejam garantias fundamentais elencadas em nossa Carta Magna. Entretanto, o que se coloca em jogo, no caso, não é a garantia de um direito individual puro e simples, mas a garantia do direito de uma pessoa ainda incapaz, com natureza personalíssima e, portanto, irrenunciável. Merece lembrar aqui que os artigos 7º ao 14º do Estatuto da Criança e do Adolescente contemplam os direitos fundamentais da pessoa em desenvolvimento, no que pertine à vida e à saúde, sendo certo que tais premissas não podem ser ignoradas por aqueles que detêm a responsabilidade de guarda. Tais direitos são superiores aos da liberdade de crença ou da escusa de consciência, sob pena de se admitir a perda do bem maior garantido pela Constituição, que é a vida. Nesse passo, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, entre o direito à crença religiosa dos pais da criança e o direito desta de acesso à saúde e a vida, deve prevalecer a garantia último. Ainda mais quando a fé professada pelos pais põe em risco a integridade física do filho incapaz, que não é apto a decidir por si. No caso concreto, a criança que se pretende proteger não detém capacidade civil para expressar sua vontade, pois ainda não possui consciência suficiente das implicações e da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade, que por ora é substituída pela de seus pais, que recusam o tratamento consistente em transfusões de sangue, por motivos religiosos. BRASIL. Sentença cível. 15ª Vara Cível e Ambiental da comarca de Goiânia. Autos nº 5112276.40.2019.8.09.0051. Juiz Clauber Costa Abreu. Publicada em 01/03/2019.

Acerca do paternalismo médico, é elucidativa a afirmação de que a suposição de que as pessoas com enfermidades graves ou fatais ficarão mais felizes se forem enganadas é altamente suspeita¹⁶³. Como se verifica, não se pode partir do pressuposto de que o paciente portador de doença terminal não possui capacidade de autodeterminar-se. Em que pese a aparente facilidade¹⁶⁴ de suprimir a vontade do paciente, a desconsideração de seus desejos e a esquiva ao diálogo implicam na objetificação do paciente que fica a mercê dos desígnios médicos culminando em desrespeito à sua dignidade. Em certos casos, a imposição da vontade médica configura não apenas paternalismo, mas também a quebra da confiança entre médico e paciente, e, em último caso, o cometimento de ilícitos, por exemplo, o desrespeito às diretivas antecipadas de vontade. Isso não impede que o paciente transfira a decisão de escolha para o médico, todavia, esse ato deve ser igualmente precedido pelo diálogo entre as partes envolvidas para que seja feito de maneira livre e autônoma.

Não se pode permitir que a liberdade e autonomia do paciente em estado terminal, dentro de suas limitações, é claro, seja cerceada por atitudes imperativas e impositivas por parte de terceiro. Como afirma José Eduardo Siqueira¹⁶⁵, “é frustrante para o médico não realizar um procedimento que julga benéfico para seu paciente”, entretanto, não reconhecer os direitos do paciente é atitude que está acima de frustrações pessoais, implica em respeito a algo maior, o paciente. A obsessão em realizar procedimentos contra a vontade do paciente visando à manutenção da vida biológica a qualquer custo conduz à obstinação terapêutica, à distanásia.

Ao lado da titularidade, a capacidade é elemento igualmente essencial para a disposição. Apenas pessoas consideradas capazes podem fazê-lo. Porém, não apenas aquelas consideradas juridicamente capazes, mas aquelas que podem se

¹⁶³ PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. (Org.). **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Paulus, 1996, p. 61.

¹⁶⁴ O mesmo autor afirma que “(...) discussões francas e honestas com pessoas portadoras de doenças fatais acerca de seu estado, prognóstico e possíveis caminhos de ação terapêutica, são emocionalmente muito desgastantes. É bem mais fácil cogitar apenas as possibilidades amenas do que todas as possibilidades”.

¹⁶⁵ SIQUEIRA, José Eduardo. Definindo e aceitando a terminalidade da vida. In: MORITZ, Rachel Duarte. **Conflito bioéticos do viver e do morrer**. Brasília: CFM, 2011, p. 18.

autodeterminar, decidir qual o melhor caminho a seguir para alcançar seus objetivos de vida. São aquelas pessoas capazes de efetuar escolhas e tomar decisões existenciais, fora do alcance de legitimidade decisória do Estado.

Outro ponto de relevo é a voluntariedade da disposição ou o exercício de autodeterminação. A tomada de decisão do ato deve se dar sem influência de constrangimento, coerção ou ameaça, não bastando que a possibilidade de escolha, mas sim que os meios disponíveis sejam adequados para efetivação da mesma consonância com o exercício da liberdade que não deve ser meramente retórica¹⁶⁶. A voluntariedade ainda pressupõe que o sujeito tenha a plena possibilidade de escolher entre alternativas possíveis de realização de seus direitos. Nos casos em que não há a possibilidade de escolha, a capacidade de disposição fica comprometida.

Nesse ponto socorre para melhor exemplificar o alcance da disponibilidade, casos em que pessoas se submetem a condições degradantes por motivos meramente financeiros¹⁶⁷. A condição de miserabilidade econômica ou social afasta a voluntariedade, uma vez que a pessoa não teria opções válidas de escolher ou não acerca da disponibilidade.

Para os casos de terminalidade, a voluntariedade pode ser questionada em razão da existência do fator “fim de vida”. É possível argumentar que a proximidade da morte possa de alguma forma comprometer a liberdade de tomada de decisão¹⁶⁸. Por isso, é importante a antecipação da vontade relativa a tais momentos, em especial pela correta utilização dos instrumentos de diretivas antecipadas de vontade. Contudo, a inexistência daqueles instrumentos de forma alguma pode invalidar uma decisão

¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia no final da vida. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. (Coord.). **Vida, Morte e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 182.

¹⁶⁷ Alguns casos são narrados no livro *O que o dinheiro não compra*. Michel Sandel e no mesmo sentido, Brunello Stancioli, analisando a “crise e superação do Estado Nacional”, afirma que um dos problemas surgidos em razão da compreensão transnacional de direitos subjetivos, o que para o autor implica no reforço da diferença dos conceitos de pessoa e indivíduo, é a implementação da lógica individualista que não condiz com os projetos de emancipação e vida boa da modernidade. Como consequência dessa incompatibilidade os vínculos criados entre os sujeitos têm o pressuposto de que as pessoas têm valor o que vai de encontro com a ideia de dignidade da pessoa humana.

¹⁶⁸ Condições médicas extremas podem de fato comprometer a voluntariedade, motivo pelo qual se questiona sobre tal variável nos casos de autoextermínio.

tomada em situação de terminalidade, pois não se pode pretender macular a decisão como um todo a priori, é preciso perquirir acerca dos outros elementos que envolvem a tomada de decisão para somente então concluir pela validade. A análise isolada de cada requisito não pode ser considerada dada a multiplicidade de fatores que compõe a tomada das decisões.

A ideia aqui defendida de disposição de direitos fundamentais encontra guarida na valorização da autonomia e liberdade do indivíduo e como o exercício das posições fundamentais pode reforçar a noção de dignidade que fomente o pluralismo, a diversidade e a democracia.

Em razão dos múltiplos requisitos e dos variados interesses pessoais que envolvem a disposição de direitos fundamentais, o resultado final pode alcançar diversos níveis, podendo ir da disposição total do direito ou de sua parcela mínima. No entanto, a disposição de direitos fundamentais deve respeitar o conteúdo essencial desses, não sendo possível que se opere ao ponto de desnaturar sua essência. Não são operacionalizáveis renúncias que afetem de modo inaceitável e irreversível a dignidade da pessoa humana.

A esse respeito calha alertar que apesar de aparentemente ser insuperável a presença da dignidade como requisito a ser observado para a disposição de direitos fundamentais, isso não se sustenta. O conceito de dignidade aqui prevalecente considera-a como um dado construído autonomamente pelo próprio sujeito com base em ideais particulares que não se fecha em pré-conceitos sociais, mas mantém-se aberto para que seja preenchido pelo indivíduo ao longo de sua vida, inclusive nos momentos finais¹⁶⁹.

A afetação da dignidade encontrará seu limite quando a disposição se operar de tal ponto que esvazie a condição do sujeito enquanto pessoa, degradando-o a ponto que seja difícil distingui-lo de um objeto a mercê da vontade Estatal ou mesmo de

¹⁶⁹ O conceito de dignidade e suas implicações para o tema da terminalidade serão objeto de capítulo próprio no presente trabalho cabendo aqui apenas antecipar as características que norteiam o direcionamento que se pretende dar.

outrem¹⁷⁰. Ao se atingir determinada situação, pouco importa se houve consentimento, voluntariedade ou liberdade, tamanha será a degradação que não se poderá buscar a legitimidade na observância àqueles requisitos.

7.4 - VERTENTE POSITIVA E NEGATIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORTE DIGNA

Poderia-se defender e explicar a vertente positiva e negativa do direito fundamental à vida, o que de certa forma foi feito anteriormente, ainda que de forma superficial, todavia, ao presente trabalho mais interessa a defesa da existência do direito fundamental à morte digna, portanto, justifica-se explorar essas dimensões sob esse viés.

O Estado tem o dever de proteção de todos os direitos fundamentais, a iniciar, como bem se viu pela proteção da vida, elemento essencial para a sua existência, já que como dito, sem vida não há indivíduo e por consequência não há Estado.

Esse dever estatal de proteção se materializa pela promoção de ações, cujo objetivo é assegurar que o sujeito gozará de seus direitos sem qualquer interferência de terceiros, tendo suas vontades respeitadas observadas, é claro, certos limites. O Estado pode adotar medidas protetivas diretas, ou seja, assumir posturas que inibam a ação de terceiros como, por exemplo, a edição de leis que criminalizem um ou outro comportamento, ou então proporcionar ajuda material para que o sujeito tenha condições de promover aquele direito.

No caso do direito à morte digna, o Estado tem o dever de assegurar que as vontades do sujeito em relação a sua morte sejam respeitadas, o que já se faz patrimonialmente na seara do testamento, que pode ser contestado pelos herdeiros. Se no que toca o patrimônio, o Estado pode ser chamado a intervir e assegurar que a vontade do *de cuius* seja observada, por que não fazê-lo em relação às suas vontades finais inerentes a sua própria morte?

¹⁷⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 277.

Já a vertente negativa se manifesta na ausência de imposição de prestações às pessoas contra sua vontade, observando, da mesma forma limites e deveres que as pessoas devam guardar¹⁷¹.

Dessas concepções aporta-se na necessidade de admitir o direito de cada pessoa de forma livre e autônoma, conduzir sua vida e também decidir como morrer. Ao Estado e aos particulares, cumpre o respeito e a observância dessas diretrizes pessoais desde que não lhes haja dano¹⁷². Como viver e como morrer não é uma decisão que cabe ao Estado, a quem compete assegurar os meios para a tomada dessas decisões. O avanço sobre essas diretivas tão pessoais e exclusivas, seja pelo Estado ou pelos outros indivíduos, caracteriza aquele paternalismo ao qual já nos referimos, a substituição da vontade do outro pela própria, crendo ser essa a melhor opção, o que quase nunca se verifica.

O paternalismo estatal, assim como o particular, busca tutelar os interesses calcados na necessidade natural do ser humano em deixar sua marca e de atender ao instinto de perpetuação da espécie, não apenas por meio de descendentes, mas numa concepção mais larga de marcar sua passagem pela sociedade¹⁷³. Essa necessidade influencia diretamente na proteção daqueles que são considerados, em algum grau, incapazes de tomar decisões “corretas”.

A mola propulsora reside na dificuldade de ver o outro como diferente, sem estigmatizar, pois não basta que se reconheça a sua capacidade ou que se assuma o lugar do outro e não lhe inflija o que não deseja para si. É necessário respeitar o que o outro deseja para ele.

¹⁷¹ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 132.

¹⁷² DIAS, Roberto. **O direito fundamental à morte digna. Uma visão constitucional da eutanásia**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 140.

¹⁷³ NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana** - Vol. 2: Dignidade e inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2016, p. 56.

7.5 - DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A diferenciação entre direitos fundamentais e garantias fundamentais reside na noção de que enquanto aqueles são o reconhecimento de que um determinado bem jurídico é essencial para o ordenamento jurídico e social, as garantias são técnicas empregadas para que se assegure a efetividade dos direitos fundamentais.

Para o presente trabalho a distinção entre direitos e garantias fundamentais importa, na medida em que de nada adianta a previsão de ser a dignidade o fundamento do Estado sem que se adote mecanismos para assegurá-la. Dessa forma, o conjunto de direitos fundamentais deve estar sustentado por garantias que façam com eles não sejam apenas letras mortas no ordenamento jurídico.

Uma vez que se reconhece que direitos fundamentais podem ser assim reconhecidos, mesmo não havendo previsão positiva no ordenamento jurídico, é preciso que esse mesmo ordenamento tenha mecanismos que possam garantir a implementação desses direitos fundamentais. Desse modo, a realização de um direito à morte digna que não encontra guarida expressa na Constituição ou no ordenamento infraconstitucional deve buscar outros fundamentos para se sustentar.

Para que se estabeleça rigor terminológico, assim como existem direitos constitucionais que não são fundamentais, há garantias que são constitucionais e não são fundamentais. As garantias constitucionais são o gênero do qual as garantias fundamentais são espécie¹⁷⁴. Essas estão diretamente ligadas aos direitos fundamentais e a sua posição geográfica no texto constitucional.

A garantia fundamental de inviolabilidade do direito à vida, expressa no caput do artigo 5º, tem para o presente estudo importância ímpar, pois assegura que o Estado deva promover ações que otimizem o gozo do referido direito, encontrando-se no vasto rol dos incisos do artigo 5º, comandos variados que preservam não apenas a vida biológica, mas também as particularidades individuais. Dessa forma, a

¹⁷⁴ ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio. **Curso de Direito Constitucional**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2001, p. 390.

igualdade entre homens e mulheres¹⁷⁵ e a proibição da tortura e de tratamentos desumanos ou degradantes servem de farol para que a vida seja protegida em si mesma, enquanto dado objetivo frente à Constituição. Lado outro, a livre manifestação do pensamento, a liberdade de crença, a não imposição de associação, servem de exemplos para a proteção de direitos subjetivos, os quais permeiam a construção da identidade do indivíduo.

Ainda, há que se ressaltar a importância da positivação pela Constituição de 1988 do salário mínimo, capaz de atender, ou seja, garantir as necessidades básicas do indivíduo e de sua família “com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”, o que traduz muito bem a noção de mínimo existencial, importante para a compreensão da dignidade, mas que por motivos metodológicos não será explorado no presente trabalho.

Retomando, a importância das garantias fundamentais no espectro intersubjetivo, há a interferência em garantir que as relações entre os particulares sejam pautadas pela observância do texto constitucional. Aqui sobressai o rol posto no artigo 6º que têm um importante papel na realização de direitos sociais.

Os direitos fundamentais necessitam das garantias como condição de efetividade. De nada adianta a previsão de um direito fundamental no ordenamento jurídico se ele não encontra seu respectivo sustento em garantias. A existência de uma norma constitucional, qualquer que seja ela, somente fará sentido se houver a possibilidade de torná-la operante por meio de garantias, sejam elas constitucionais ou não. Tome-se de exemplo o direito fundamental à vida; é possível encontrar em todo ordenamento normas que garantem a proteção desse direito.

É importante que ao se reconhecer o direito fundamental à morte digna, se pense na legislação infraconstitucional que servirá de garantia para a implementação do direito. Como se verá adiante, a legislação brasileira se mostra incipiente no que toca o final de vida. Não existem garantias que sustentem, por exemplo, as diretivas antecipadas de vontade.

¹⁷⁵ Aqui utilizando-se a terminologia binária do texto constitucional.

A inexistência de um sistema de garantias não impede o reconhecimento ou mesmo a positivação de direitos fundamentais, contudo, certamente dificulta sua implementação e facilita o acinte a esses direitos fragilizando a Constituição. O desafio é retirar a boa morte do campo do tabu e coloca-la no campo jurídico, para que então possa ser enfrentada como garantia a implementação de direitos fundamentais e não apenas como garantia médica e possibilitar que o sujeito possa deliberar sobre a própria morte¹⁷⁶.

¹⁷⁶ 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, p. 298.

8 - MORTE COM INTERVENÇÃO: OS CONCEITOS ESSENCIAIS

Ao se tratar o tema da morte digna, por vezes o debate se prende aos dois extremos: a) abreviação da vida seja por meio da eutanásia e todas as suas variantes; b) a distanásia ou obstinação terapêutica, na qual a vida deve ser mantida a todo custo sem que em muitas das vezes isso implique na consideração da vontade do indivíduo. Contudo, não são essas as únicas vertentes possíveis. O presente capítulo apresentará as particularidades da eutanásia e da distanásia, para então propor à medida que se entende a que melhor configure o exercício da morte digna.

Não se faz bom que se diga juízo de valores acerca da opção por um ou outro caminho, até porque não é esse o objetivo do presente trabalho, todavia, a coerência com a argumentação trazida até o momento implica na vinculação a um pensamento o que não impede de maneira alguma apresentar outros divergentes.

As questões relativas ao direito à morte digna, como se viu até aqui, não são de fácil deliberação, envolvem questões médicas, jurídicas, religiosas, éticas e morais, além de tocarem em bens de grande importância para diversos ordenamentos jurídicos e culturas: Vida e Morte. Há ainda desdobramentos jurídicos, aspecto que mais interessa ao presente trabalho, das mais variadas formas, seja pela análise constitucional ou civil. Inúmeras são as correntes doutrinárias que estudam a autonomia do sujeito, os direitos de personalidade sejam pela concordância ou não com o exercício do direito à morte digna e até mesmo sobre sua existência.

O presente capítulo tem como objetivo apresentar conceitos que orbitam o tema do direito à morte digna em consonância a tudo o que foi trazido até então, e, em especial acorde com a afirmação de que a morte digna é um direito fundamental autônomo e que deve ser pautado na dignidade da pessoa humana. Cada uma das formas de intervenção apresenta tratamento social, moral, ético e principalmente jurídico próprio.

A importância do estudo das formas de intervenção se dá pelo fato delas formarem o corolário do exercício do direito à morte digna, sendo discutido em diversos países com tratamentos dos mais diversos possíveis¹⁷⁷. O tema merece atenção não apenas pela sua ubiquidade, mas por envolver sentimentos, paixões, crenças e argumentos que podem seduzir, a favor ou contrariamente à intervenção, mas cujas implicações não permitem que se acompanhe o “canto da sereia” de forma acrítica.

Sejam contrários ou favoráveis à intervenção no processo de morte, argumentos que não se pautam pelo fanatismo – religioso, político ou jurídico – merecem ser debatidos, pois a essência do Estado Democrático está no respeito e aceitação, o que não implica em concordância daquilo que é diferente. É necessário que se faça o exercício de tolerância e não de penalização em relação ou outro, principalmente se esse outro representa uma minoria vulnerável, cujo trunfo para a própria existência reside exatamente na proteção de seus direitos fundamentais. Não basta que se tenha um sistema de saúde operante ou técnicas médicas de alta tecnologia para garantir a vida boa e a morte digna, é preciso cuidado respeitoso para com as crenças e valores que definem o indivíduo e formam sua identidade. Nesse sentido, as intervenções terminais convertem-se em até de cuidado e respeito àqueles direitos fundamentais, assegurando liberdade, autonomia e acima de tudo dignidade para aquele que, em estado terminal, decide pelas intervenções¹⁷⁸.

8.1 - TOMADA DE DECISÃO E CONSENTIMENTO INFORMADO

O processo de tomada de decisão no ambiente hospitalar, em especial nos casos que envolvem pacientes terminais, deve ser feita de modo acurado e pensado. Deve levar em consideração fatores como autonomia do médico, aspectos particulares do quadro clínico, recursos disponíveis e acima de tudo a vontade do paciente.

¹⁷⁷ O livro *Direito e Medicina – a morte digna nos tribunais* coordenado por Maria de Fátima Freire Sá e Luciana Dadalto, dá conta do estudo de casos ocorrido na África do Sul, Alemanha, Austrália, Bélgica, Colômbia, Estados Unidos da América, Holanda, Índia, Inglaterra e Suíça, o que corrobora a assertiva de que a discussão sobre o direito à morte digna não é restrito a um único país.

¹⁷⁸ 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, p. 298.

Não se pode pretender reduzir o processo de tomada de decisão a um ou outro aspecto. Analisar de forma puramente econômica é tão desaconselhável quanto pelo viés de preservação da vida a todo custo. O norte do processo de tomada de decisão deve envolver o diálogo entre o corpo clínico e o paciente, seus familiares e responsáveis quando for o caso. O diálogo constitui condição necessária para que se chegue a soluções eficazes que atendam aos interesses e anseios de todas as partes envolvidas¹⁷⁹¹⁸⁰.

Além disso, o foco deve estar no paciente e não na doença, a busca incessante pela cura pode levar ao tratamento distanásico e via de consequência ao encarniçamento terapêutico. Luciana Dadalto¹⁸¹ faz referência à existência de dois possíveis métodos de tomada de decisão mais utilizados na atualidade: a) Principlista, que consiste na observância a princípios bioéticos como o da autonomia, beneficência e justiça, extraídas do Relatório Belmont, documento produzido pela Comissão Nacional para a Proteção dos Interesses Humanos de Biomédica e Pesquisa Comportamental¹⁸². A observância a tais princípios garante que a tomada de decisão culmine na solução que se entenda mais adequada para o caso concreto. b) Deliberativo, que consistente na discussão e diálogo com base em diferentes sentidos morais para o caso objetivando a busca por uma solução comum.

Ambos os processos implicam tomada de decisão em casos de conflitos de valores éticos, ou porque não dizer de direitos fundamentais¹⁸³. Não são processos que se excluem, mas que apresentam abordagens diferentes, cujo resultado deve ser sempre a busca pelo bem-estar e pela preservação da dignidade do paciente.

¹⁷⁹ SERTÃ, Renato Lima Charnaux. **A distanásia e a dignidade do paciente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.37.

¹⁸⁰ Deve haver também diálogo entre as ciências médicas e jurídicas, pois de nada adianta as partes envolvidas, paciente, familiares, responsáveis e corpo médico chegarem a alguma conclusão e não haver respostas fundamentadas médica ou juridicamente, para o caso.

¹⁸¹ DADALTO, Luciana. Desafios ético-jurídicos e cumprimento de diretivas antecipadas. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de.; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SOUZA, Iara Antunes de. (Coord.). **Direito e medicina. Autonomia e vulnerabilidade em ambiente hospitalar**. Indaiatuba: Foco, 2018, p. 223.

¹⁸² SÁ, Maria de Fátima Freire de.; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 33.

¹⁸³ Um exemplo que ilustra bem esse conflito é o caso da recusa de tratamento médico por convicção religiosa. A equipe tem diante de si duas possibilidades – analisadas a priori de maneira objetiva – realizar o procedimento mesmo contra a vontade do paciente ou respeitar a vontade do paciente mesmo sob o risco de morte. As deliberações éticas, jurídicas e médicas serão a solução para a resolução do caso quando do processo de tomada de decisão.

Retornando às palavras de Luciana Dadalto¹⁸⁴, “a verdade é que o paciente, ainda que em fim de vida, é um sujeito biográfico que merece ser tratado com dignidade, não porque está morrendo, mas porque é uma pessoa e não uma doença”.

É de se notar que em ambos os processos de tomada de decisão está presente a noção de diálogo e construção da decisão final, ou seja, é possível verificar o afastamento da noção, já ultrapassada, de que o médico ou a equipe médica, detêm o conhecimento e as respostas para o caso.

Essa modificação evidencia a alteração na ideia de que a medicina deve sempre curar a doença e prioriza a construção da relação médico-paciente como processo de humanização dos cuidados com o fim de via. Parafraseando Carlos Ayres Brito, o paciente é portador de uma dignidade nada, a humanidade que mora nele deve ser o fundamento lógico da relação médico-paciente e norteador de todo o processo de tomada de decisão, seja ela qual for. Não cabe à medicina ou ao médico outro papel que não o de cuidar para que a humanidade do paciente se realize plenamente, ainda que isso signifique o respeito à sua decisão de exercer seu direito à morte digna.

Comentando o artigo 17 da Constituição Espanhola, Ricardo Chueca¹⁸⁵ afirma que a posição do paciente de rechaçar qualquer tratamento médico faz parte da sua autonomia e capacidade de autodeterminação, sendo isso conteúdo essencial de seu direito a integridade física. Tal pensamento encontra eco na Constituição Brasileira, eis que a integridade física é tutelada como direito fundamental em diversos de seus dispositivos, destacando-se os incisos III¹⁸⁶ e XLIX¹⁸⁷ do artigo 5º. Em especial, o primeiro dispositivo invocado serve como luva à mão aos casos de

¹⁸⁴ DADALTO, Luciana. Desafios étio-jurídicos e cumprimento de diretivas antecipadas. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de.; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, SOUZA, Iara Antunes de. (Coord.). **Direito e medicina. Autonomia e vulnerabilidade em ambiente hospitalar**. Indaiatuba. Foco: 2018, p. 229.

¹⁸⁵ CHUECA, Ricardo. Los derechos fundamentales a la vida y la integridad física. EL poder de disposición sobre el final de la vida propia. Derecho y salud. v. 16, n. 1, 2008, **XVI Congreso "Derecho y Salud"**, p.1-14. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/43125807_Los_derechos_fundamentales_a_la_vida_y_a_la_integridad_fisica_el_poder_de_disposicion_sobre_el_final_de_la_vida_propia>. Acesso em: 02. Maio. 2019

¹⁸⁶ “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”

¹⁸⁷ “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”

autodeterminação face aos tratamentos médicos. Longe de querer equipará-los à tortura, mas aqueles que contrariem a vontade e autodeterminação da pessoa, certamente podem ser considerados desumanos ou degradantes.

Retomando o pensamento de Ricardo Chueca, que não se pode admitir que se haja de forma coercitiva para compelir o paciente a receber cuidados médicos. Acrescenta-se ao pensamento espanhol que tal argumentação não se presta apenas para reforçar o direito à integridade física, mas também à concretização do direito à morte digna aqui defendida.

A recusa ou aceitação de tratamento que cumpra as condições de legalidade e validade devem observar a autonomia e informação passada ao paciente para que sejam real e autêntica aos elementos que se aplicam inclusive às diretivas antecipadas de vontade, que logo serão estudadas e servem para resguardar os profissionais que laboram no entorno do paciente, já que contrariar a decisão tomada ou contradizê-la pode originar ações indenizatórias ou até mesmo penais.

Luís Roberto Barroso¹⁸⁸, afirma que o entendimento sobre autonomia e consentimento informado teve origem em 1947 com o Código de Nuremberg. Os reflexos desse diploma se fizeram sentir na autodeterminação e no consentimento informado. Essa virada possibilitou a participação mais ativa do paciente nas decisões médicas, fortalecendo sua autonomia, pois lhe foi garantido o posicionamento baseado em convicções pessoais.

O consentimento informado nada mais é do que a externalização de vontade do paciente realizada no grau mais alto possível. Para poder exercê-lo da forma devidamente livre, o paciente deve estar de posse do maior número possível de

¹⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová**. Dignidade Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2017, p. 5. O autor defende ainda que essa modificação da relação médico paciente, decorre de uma importância conferida à dignidade da pessoa humana, ocorrida também nesta época e que mais a frente será melhor explorada. Ele defende que a substituição da vontade do paciente pela do médico, ainda que esta seja baseada em critérios técnicos, se feita de forma unilateral, culmina no desrespeito da integridade física e moral do paciente. Contudo, por ser uma via de mão dupla isso também se aplica ao médico que pode recusar-se a realizar certos procedimentos que sejam contrários aos seus ideais.

informações sobre o tratamento médico. O comprometimento desse consentimento torna-o viciado e compromete a autonomia do paciente. Qualquer ação que seja tomada com base em um consentimento viciado está próxima da desconsideração da identidade do sujeito e da sua objetificação.

A exteriorização da vontade de qualquer pessoa, seja ela paciente portador de doença terminal ou não, deve observar critérios de autonomia e liberdade. Ao se posicionar frente à determinada situação, a pessoa deve ter ao seu alcance o máximo de informações possíveis para que possa então determinar qual será o caminho a traçar.

O consentimento deve levar em consideração a capacidade do sujeito em externar sua vontade. Dessa forma, pessoas incapazes necessitam observar os requisitos legais para que a validade da sua exteriorização de vontade seja levada em consideração ou mesmo que a vontade de seus representantes possa prevalecer sobre a sua. É necessário avaliar a extensão da limitação da capacidade de cada pessoa para que se possa validar seu consentimento.

Ocorre que a capacidade não depende exclusivamente das limitações previstas no ordenamento civil, é preciso que aquele que decidirá tenha acesso ao máximo de informações sobre o quadro que se delineia. Nos casos de pacientes terminais o consentimento acerca de determinado tratamento ou mesmo da suspensão depende do esclarecimento de todas as variáveis previsíveis. Cabe à equipe médica, portanto, valer-se de todos os meios disponíveis para esclarecer ao paciente e aos familiares o real quadro, a isso se denomina consentimento informado¹⁸⁹.

Somente por meio do consentimento informado o paciente pode autodeterminar-se e externar sua vontade de forma verdadeiramente livre e autônoma. Há verdadeiro direito em saber a verdade, que consiste em informações minuciosas e detalhadas do quadro clínico. Não cabe a equipe médica adoção de ações paternalistas e decisões unilaterais, tal atitude em certas circunstâncias corresponde a objetificação

¹⁸⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Terminalidade da vida. In: **Estudos de direito da bioética**. Coimbra, v.4, 2012, p. 153-174.

da pessoa, tornando-a fim da vontade da equipe médica que crê saber o que é melhor¹⁹⁰.

O Código de Ética Médica em seu artigo 34 é claro em vedar ao médico que deixe de “informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”. A possibilidade de limitar o acesso à informação do paciente, visa preservá-lo, mas não exclui o dever de informar ao representante legal. Isso porque, a forma como o paciente recebe a informação pode afetar seu consentimento, o que não afasta de forma alguma seu direito de saber a verdade sobre seu quadro clínico.

No âmbito internacional, a declaração de Lisboa sobre os direitos dos pacientes, reconhece que a relação entre médico e paciente há muito superou a relação de poder vigente, outrora em que a palavra do médico era tida como verdade quase absoluta - época em que a medicina ainda não dispunha de tecnologias e conhecimento para combater certas doenças como câncer ou controlar sintomas do Alzheimer, Esclerose Lateral Amiotrófica – ELA, dentre outras doenças que atualmente, ainda são incuráveis, mas cujo tratamento pode aumentar a expectativa de vida do doente.

O capítulo 7 daquela declaração é especialmente interessante ao presente estudo, pois trata do direito à informação e é muito claro em determinar como o paciente deve ser informado e quais os direitos decorrentes do quadro clínico. Esse posicionamento está acorde com os princípios de justiça e autonomia previstos em seu preâmbulo e aqui encampado.

Capacidade e autonomia não se confundem. A primeira diz respeito à possibilidade de escolher o caminho a seguir para atingir um determinado fim, enquanto a segunda, em como este caminho será seguido. A capacidade é o corolário da validade do comportamento autônomo.

¹⁹⁰ LEITE, George Salomão. **A morte e o direito: Há um direito de morrer dos pacientes terminais?** Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 249.

O respeito à autonomia requer a “identificação individualizada à luz de cada norma de direito fundamental e das circunstâncias do caso concreto e de quem figura nos polos da relação jurídica”¹⁹¹. Autonomia tem sua origem etimológica derivada das palavras auto e nomos, cujos significados são próprio e lei, respectivamente, ao que se conclui que o significado é de autodeterminação para agir de acordo com suas regras de conduta.

Para que uma pessoa seja tratada enquanto sujeito de direitos, é necessário reconhecê-la como capaz de realizar escolhas e agir de forma autônoma, ou seja, que ela seja capaz de agir de acordo com suas regras de conduta por livre vontade sem que isso invada ou viole direito alheio.

Reconhecer autonomia de alguém é reconhecer que seus atos são praticados de maneira livre e desimpedidos. A construção da autonomia envolve, portanto, a confluência de vários fatores como, por exemplo, lei, moral e cultura. Essas matrizes de formação do sujeito tem íntima relação com a ideia de vida boa, já tratada e que como visto é um projeto individual.

Segundo Daniel Sarmento¹⁹², o exercício da autonomia pressupõe a vontade livre, contudo não se predetermina o que move essa vontade. Logo, desde que não haja violação do direito alheio, não carece de justificação como é o caso de decisões judiciais¹⁹³.

A liberdade de escolha é uma “possibilidade real”¹⁹⁴ que está sujeita unicamente ao risco que implica para a sociedade. Mas para ser livre o homem deve ser capaz de gozar da sua liberdade e essa capacidade está diretamente ligada a sua autonomia em realizar escolhas. Portanto, é de se concluir que consentimento informado não

¹⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª ed. rev. e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 216.

¹⁹² SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. 2ª ed. Fórum: São Paulo, 2016, p. 141.

¹⁹³ Em outras palavras, pode-se dizer que o “não” ou “sim” de uma pessoa emanada de forma consciente no exercício da autonomia são autoexplicativos, não carecendo de justificação complementar.

¹⁹⁴ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. 2ª ed. Fórum: São Paulo, 2016, p. 138.

se trata da aposição de assinatura em um documento bem redigido e com termos técnicos para que se autorize a realização de determinado procedimento. “O espírito do consentimento informado consiste no fornecimento de uma quantidade suficiente de informação para que o paciente seja capaz de uma decisão razoável¹⁹⁵”.

O processo de escolha por sua vez está vinculado a pressupostos mínimos de validade. A possibilidade real implica que ao tomar uma decisão o indivíduo não esteja em condição de hipossuficiência. Por isso que se defende, por exemplo, que a decisão de não receber um tratamento médico, seja tomada antes mesmo do diagnóstico de uma doença – o que demonstra a importância das diretivas antecipadas de vontade - já que uma enfermidade pode pôr em risco a capacidade de decisão. As variáveis¹⁹⁶ que influem no processo de autodeterminação devem ser bem analisadas para que se compatibilizem com o desejo do indivíduo.

Das mais banais até as mais importantes, a capacidade de posicionar-se enquanto sujeito de direitos é algo que interfere na construção do indivíduo¹⁹⁷. Assim, diante de alguém que recusa um tratamento médico, não significa que essa pessoa esteja se recusando a viver ou mesmo escolhendo a morte, o que se verifica é que, com base em sua identidade, se faz uma opção, que deve ser respeitada desde que tomada de forma livre e autônoma. Essa decisão, ainda que implique no óbito, alcança a concretização da dignidade daquela pessoa na medida em que se realizou seu ideal de vida digna. Nesse caso, se pode dizer, sem o menor resquício de

¹⁹⁵ PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. (Org.). **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Paulus, 1996, p. 63.

¹⁹⁶ Por variáveis entende-se qualquer elemento que possa influir na escolha, seja ele social, econômico ou religioso.

¹⁹⁷ Segundo JORGE REIS NOVAIS In: **As restrições a direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, p. 732, essa ideia parte do pressuposto de que na relação entre Estado e indivíduo possa prevalecer a vontade do primeiro e que “o se, o quando e o como do seu exercício são deixados à discricionariedade do indivíduo”. Dessa forma, o limite para atuação do Estado em um nível que comprometa a autonomia do indivíduo e, portanto, implique na coisificação se dá a partir da afetação desnecessária, fútil e desproporcional. Ou ainda quando haja a instrumentalização da autonomia, reduzindo-se injustificadamente as oportunidades de livre desenvolvimento.

dúvidas, que “vida digna é aceitar a própria morte como um fato inexorável da própria vida¹⁹⁸”.

É necessário garantir que o potencial de desenvolvimento e autonomia do indivíduo possa ser alcançado ao máximo. Interferir de forma a tolher coercitivamente nas liberdades individuais e privadas é algo que deve ser feito somente nos casos em que há o comprometimento do indivíduo ou da sociedade. A interferência deve ater para a proteção do sujeito contra si ou contra a coletividade. Enquanto não se verificar a possibilidade de dano, individual ou coletivo, não há que se falar em restrição.

Sobre o tema e assentando-o na seara das diretivas antecipada de vontade, Claudia Monge¹⁹⁹ afirma que se não for fornecido por profissional habilitado, observando as particularidades do quadro clínico do paciente, de forma cabal e clara, as declarações de vontade não terão força vinculativa, mas tão somente indiciárias. Exatamente as particularidades das diretivas antecipadas de vontade é que serão objeto de tópico próprio.

8.2 - EUTANÁSIA

Tida originalmente como morte suave, sem aceleração, sem dores ou sofrimentos, ligada àquele conceito de morte selvagem, ideal por chegar ao momento que o enfermo se encontrava cercado por seus amigos e familiares, a eutanásia – junção dos radicais gregos eu (belo, bom, tranquilo) e thanatos (morte) – sofreu significativa modificação em seu sentido. Hoje, o termo é vinculado ao significado antipodal à sua origem remetendo à ideia de intervenção, antecipação e sofrimento²⁰⁰. O conceito atual traz consigo elementos que refletem as mudanças culturais, jurídicas e médicas em relação à morte e a finitude da vida humana, em especial as intervenções mais críticas: eutanásias, ortotanásia e distanásia.

¹⁹⁸ FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p.335.

¹⁹⁹ MONGE, Cláudia. **Das diretivas antecipadas de vontade**. Lisboa: AAFDL, 2014, p.111.

²⁰⁰ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Eutanásia. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão. DADALTO, Luciana (Coord.). **Tratado brasileiro sobre o Direito Fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017, p.102.

A evolução do conceito foi impulsionada por diferentes interpretações dadas ao ato, que em razão da multiplicidade de formas de concretização e de descrição, pode ser descrita de várias formas, encontrando-se na doutrina inúmeras subdivisões.

Luís Roberto Barroso a conceitua como ação médica intencional, direcionada a um paciente, cujo quadro clínico é irreversível e incurável, consoantes padrões médicos vigentes e que padeça de sofrimentos físicos e psíquicos, cuja morte esteja diagnosticada como inevitável em um curto período de tempo. Pode ser considerada i) *voluntária*: com a anuência e conhecimento do paciente, cujo consentimento deve ser livre, autônomo e informado nos aspectos médicos e legais; ii) *não voluntária*: sem o conhecimento da vontade do paciente, geralmente ocorre quando o paciente encontra-se em estado comatoso ou em casos em que ele não possui condições de expressar seu consentimento por estar inconsciente; iii) *involuntária*: realizada contra a vontade do paciente, modalidade na qual pode-se incorrer em homicídio²⁰¹

Maria Elisa Villas-Bôas²⁰², expande a conceituação em i) ativa e passiva, no que diz respeito a forma de atuação daquele que auxilia, sendo a ativa decorrente de conduta comissiva, enquanto que a passiva decorre da omissão; ii) direta e indireta, relacionando-se então ao dolo ao que a direta corresponde a ação ou omissão, cujo objetivo é a antecipação da morte do paciente ou quando esse resultado não é desejado, mas efeito indireto da conduta que tem por como desejo aplacar o sofrimento do paciente, porém para isso é necessário que seja administrado tratamento do qual o resultado colateral, mesmo não pretendido, pode ser a morte; iii) voluntária, não voluntária e involuntária, aqui reiterando a classificação adotada por Barroso.

Para Maria de Fátima Freire Sá²⁰³, a eutanásia “propriamente dita é a promoção do óbito” podendo ser dividida em ativa e passiva a depender da intenção com que se

²⁰¹ BARROSO, Luís Roberto, MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia no final da vida. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (Coord.). **Vida, Morte e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

²⁰² VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Eutanásia. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). **Tratado brasileiro sobre o Direito Fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017, p.111.

²⁰³ SÁ, Maria de Fátima Freire. **Direito de Morrer. Eutanásia, Suicídio assistido**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 200, p. 39.

realiza a intervenção. Sendo assim, uma proposta possível de promoção da morte antes do tempo por motivo de compaixão ante o sofrimento do paciente.

Inúmeras são as classificações e conceituações da eutanásia, sendo unanimidade o fato de que ela é tida como forma de intervenção no processo de morte diante de um quadro irreversível e não se confunde com as demais intervenções que igualmente possuem características próprias.

Talvez a eutanásia seja a que mais tenha suscitado maiores debates, uma vez que é a mais antiga forma de intervenção, tendo passado por modificações em seu conceito e aplicação. Contudo o debate não pode ficar restrito a ela, em especial porque outras formas de intervenção têm surgido em decorrência dos avanços médicos e jurídicos, possibilitando que a dignidade na terminalidade possa ser mais bem respeitada adequando-se as nuances dos novos tempos.

Segundo George Leite²⁰⁴, a eutanásia seria o núcleo essencial e básico do direito à morte digna. O autor, no entanto, afasta a utilização do termo eutanásia em razão da “elevada carga negativa” que o termo traz consigo, assim como das propostas classificatórias vazias que orbitam em torno da discussão sobre o termo. Nesse ponto, não parece acertada a argumentação do autor, tendo em vista que mais adiante o próprio afirma que “o conceito de morte digna é bem amplo” permitindo abarcar também a ortotanásia. Nisso há convergência de pensamento.

Por fim, cumpre salientar que eutanásia e suicídio assistido são intervenções completamente diferentes. Esse último consiste na retirada da própria vida pelo sujeito com o auxílio de um terceiro, mas sem que este tenha agido para criar ou modificar a vontade daquele. A vontade deve partir daquele que pretende realizar o ato, caso contrário a conduta pode ser moldar ao auxílio ou instigação ou instigação ao suicídio, que é tipificado pelo Código Penal Brasileiro. Não há a necessidade da existência de relação médico-paciente para que se caracterize o suicídio assistido, mas de auxílio em qualquer nível. Tampouco, existir um quadro clínico específico, o

²⁰⁴ LEITE, George Salomão. **A morte e o direito**: Há um direito de morrer dos pacientes terminais? Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 264.

que faz diferir da eutanásia. Enquanto a eutanásia tem como objetivo acelerar uma morte iminente, o suicídio assistido é provocado deliberadamente sem que se tenha, necessariamente, a iminência da morte.

8.3 - DISTANÁSIA

O termo distanásia atualmente é utilizado para se referir a procedimentos realizados com o único objetivo de manter a vida do paciente que se encontre em estado terminal. Tem como sinônimos a *obstinação terapêutica* e *tratamento fútil*. A futilidade do tratamento aponta Renato Lima Charnaux Sertã²⁰⁵, diz respeito àquela conduta médica que a despeito da insistência não apresenta qualquer benefício ao paciente.

Para Débora Diniz²⁰⁶, a obstinação terapêutica se caracteriza pelo excesso de medidas que impõe o sofrimento e dor à pessoa doente sem que isso seja capaz de reverter o quadro de morbidez. Não se confunde com a utilização de recursos médicos, mas principalmente da capacidade de reversão do quadro, eis que o mesmo recurso pode ter resultado diferentes. Continua a autora em pertinente reflexão, que a fronteira entre o desproporcional e o razoável muitas vezes é delimitada pelas “diferentes concepções sobre o sentido da existência humana”, noutras palavras, estão envolvidos na conceituação, ideais do paciente, do corpo clínico e dos familiares.

A distanásia surge como resultado da não aceitação da finitude, da obstinação em remediar uma situação que já não pode mais ser remediada²⁰⁷. A vida biológica se mantém única e exclusivamente com fito de prolongar um quadro clínico que comprovadamente não pode ser revertido ou melhorado, fazendo isso na crença de

²⁰⁵ SERTÃ, Renato Lima Charnaux. **A distanásia e a dignidade do paciente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.33.

²⁰⁶ 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, p. 295.

²⁰⁷ LEITE, George Salomão. **A morte e o direito: Há um direito de morrer dos pacientes terminais?** Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 252.

que tal situação é a melhor para o paciente, absolutizando o direito à vida ao último grau possível.

Essa concepção é reforçada por Juciara Vieira Cardoso²⁰⁸, que assevera que na distanásia, não raramente o sujeito passa pela fragmentação de sua personalidade, já que o processo de manutenção extensiva da vida biológica pode provocar “um processo de morte duradouro”, já que a sana por manter a vida implica em compreender a morte como inimiga a ser combatida ainda que à custa da dignidade do sujeito.

É preciso proporcionar e tem-se esforçado bastante nesse sentido como comprova a bibliografia deste trabalho, a modificação da noção que a vida é absoluta e sagrada e que o paradigma da cura deve ser buscado a qualquer custo. Ela é sim desejável, mas não pode se resumir como ponto de partida e chegada de qualquer tratamento sem que se pare para pensar em como isso se implementa na vida do sujeito. Essa perspectiva reducionista direciona o conhecimento humano para o encarniçamento terapêutico e a desconsideração da dignidade e a consequente objetificação do ser humano.

A obstinação terapêutica é de definição complexa, pois aquilo que para uns pode ser considerado necessário e desejável, pra outros pode ser um suplício. Isso implica no retorno a basilar discussão acerca da liberdade e autonomia, pois cabe primeiramente ao sujeito definir quais tratamentos deseja se submeter.

Ao corpo médico cumpre analisar de forma técnica a viabilidade, a proporcionalidade e razoabilidade do tratamento, por isso a necessidade da construção da tomada de decisão consciente, pois a tutela da vida digna implica o respeito, inclusive na vontade do sujeito em como viver o seu processo de morte, momento íntimo de sua existência e que deve ser pautado pelo respeito de seus valores e ideais.

²⁰⁸ CARDOSO, Juciara Vieira. **Eutanásia, Distanásia e ortotanásia**. O tempo certo da morte digna. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010, p. 198.

Há ainda quem afirme²⁰⁹ que a distanásia é fenômeno típico da sociedade atual, decorrente da evolução da medicina, já que os avanços tecnológicos possibilitam o prolongamento da vida quase que indefinidamente. Nesses casos, ação médica apesar de eficaz no sentido de manutenção da vida biológica, em nada beneficia a melhora do quadro clínico, tornando fúteis quaisquer que sejam as intervenções, pois não há reversão ou melhora.

De certo que o ordenamento protege a vida, a liberdade e a autonomia, sendo esses os consectários de maior importância na construção da vontade do paciente e via de consequência, como dito, o limite entre o tratamento útil ou inútil do ponto de vista da pessoa, que, repita-se pode ser diferente do conceito médico. É possível que sob a ótica médica determinado tratamento seja perfeitamente proporcional e razoável, todavia, de acordo com a vontade pessoal e ideal de vida digna, não haja compatibilidade.

É de se dizer que a morte deve ser sempre que possível, um ato de cuidado. Para tanto é preciso respeito às crenças e valores dos envolvidos no processo e aos direitos fundamentais, esquivando-se de qualquer tratamento degradante, torturante ou objetificante, caminhando sempre em direção ao respeito e à promoção da dignidade.

8.4 - MISTANÁSIA

Esse conceito traduz aquilo que em maior grau atinge a dignidade da pessoa humana, pois é aquela morte que ocorre a margem de todos os direitos fundamentais. A mistanásia se aplica àquelas mortes que sequer gozam da possibilidade de escolher como morrer. Morre-se por falta de acesso a qualquer aparato estatal, seja por falta de políticas públicas, recursos econômicos, carência social, acesso à justiça que propicia minimamente o acesso à saúde por meio da judicialização.

²⁰⁹ SERTÃ, Renato Lima Charnaux. **A distanásia e a dignidade do paciente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.36.

Geralmente, a mistanásia “acomete” os grupos socialmente mais vulneráveis, cujo acesso aos recursos é mais escasso e dificultoso. Como dito, essa população passa ao largo de gozar minimamente de direitos fundamentais básicos, sendo-lhes negado aquilo que poderia ser chamado de mínimo existencial.

Tamanho o grau de vulnerabilidade que é necessário concordar com as palavras de José Ourismar Barros²¹⁰, que analisando a situação de pessoas em situação de rua afirma em dura crítica à realidade brasileira, que são vidas que não merecem ser vividas, são vidas que podem ser eliminadas “sem punição, sem culpa, sem responsabilidade”. Vidas que são excluídas do Direito e cuja morte não desperta atenção do Estado.

Em contraponto aos demais conceitos a mistanásia não pertence ao contexto hospitalar ou médico, isso porque a carência de direitos fundamentais é tamanha, que sequer se alcança o acesso a serviços básicos de saúde, portanto, exclui-se qualquer possibilidade de integração do conceito àqueles ambientes.

Se como verificado há intrínseca relação entre direitos fundamentais e Estado democrático, a ausência de pressupostos fundamentais básicos extirpa daqueles que são vítimas dessa “modalidade” qualquer condição de cidadão ou até mesmo de pessoa humana a depender do grau de ausência de acesso a direitos fundamentais.

Não se pode pretender fornecer direitos fundamentais que sequer atendem às mais básicas necessidades. É dizer, a mera previsão da existência dos direitos no rol das garantias fundamentais não é o bastante para assegurar a igualdade a todos e a condição de cidadão.

Pode-se afirmar que a mistanásia não é uma forma de intervenção como as demais que se volta para o caráter biológico, seja na intenção de acelerar, retardar ou contemporizar a morte, mas é uma forma de intervenção no que diz respeito à morte

²¹⁰ BARROS, José Ourismar. A pessoa em situação de rua e a vida que não merece ser vivida. In: GRINOVER, Ada. *et al.* (Org.). **Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 161.

social do indivíduo caracterizando-se como a menor expressão, para não dizer ausência do direito fundamental à morte digna.

8.5 - ORTOTANÁSIA

Ao contrário dos conceitos anteriores não acelera nem retarda a chegada da morte, mas garante que ao chegar ela encontre o paciente em uma situação confortável, sem dores e sofrimentos. Pode ter como efeito um pequeno aumento de vida do paciente, contudo, não é esse o objetivo principal, mas sim, proporcionar qualidade de fim de vida.

A ortotanásia se comunica diretamente com a administração de cuidados paliativos, cujo objetivo principal é afastar o sofrimento do paciente, seja por meio de utilização de fármacos, seja pela construção de um ambiente que proporcione tranquilidade e aplaque o sofrimento vivido²¹¹.

Nesse cenário de extremos, busca-se um *tercium gênero*, o equilíbrio entre posições distantes que possa fazer conviver em “harmonia” aqueles que defendem uma ou outra posição acerca do direito à morte digna. Ganha força então a ortotanasia, como forma de assegurar a morte digna, em seu tempo certo e que respeita a dignidade do indivíduo. Nesse contexto, não há antecipação da morte, tampouco seu prolongamento, o processo é conduzido por uma equipe multidisciplinar e visa o respeito, a vontade autônoma do paciente e conseqüentemente de sua vida boa.

A ortotanásia visa a humanização do processo de morrer, evitando todo procedimento fútil, extraordinário ou desproporcional²¹², sem que implique na desistência de tratar a enfermidade, mas sim de reconhecer que apesar de altamente evoluída a medicina com seus recursos tecnológicos não é capaz de

²¹¹ Culturalmente pode causar certo desconforto associar palavras como tranquilidade, qualidade de vida, aos momentos que antecedem a morte, contudo essa barreira deve ser transposta para que se possa avançar nas discussões medico-jurídicas sobre o tema. A morte é uma certeza e não precisa ser necessariamente um evento traumático para o paciente ou para seus familiares, amigos e equipe médica.

²¹² LEITE, George Salomão. **A morte e o direito: Há um direito de morrer dos pacientes terminais?** Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 143.

vencer a morte em todos os casos. Mais do que um conjunto de processos a ortotanásia é um ideal que deve ser buscado pela medicina e amparado pelo direito, pois é o reconhecimento de que a morte é inerente à condição humana e o fim último de todos não podendo ser evitada, quando muito postergada²¹³, por vezes a custo de muita dor e sofrimento.

Os meios proporcionais a que se faz referência são aqueles em que sua aplicação aos benefícios resultantes supera os efeitos negativos de determinado tratamento. Já os desproporcionais em oposição, em nada melhoram ou seus benefícios não alcançam os efeitos desejados. Os parâmetros de avaliação de proporcionalidade²¹⁴ aqui desejados são estritamente médicos, cabendo à equipe que acompanha o paciente averiguar a viabilidade do tratamento²¹⁵. Contudo, pode-se buscar socorro em ensinamentos jurídicos aplicando-se a tríade de a) adequação; b) necessidade; c) proporcionalidade em sentido estrito. Tratamentos que não observem a proporcionalidade são considerados fúteis e, portanto, não servem para aliviar a dor e o sofrimento do paciente, podendo ser desproporcionais tanto para abreviar quanto para prolongar a vida em demasia avançando sobre a autonomia do paciente.

A observância ao critério de proporcionalidade médica conduz à morte em tempo certo. Orthos (correto) + Thanatos (morte) = Morte correta, ou morte no devido tempo, não abreviada (eutanásia) ou não prolongada (distanásia).

O propósito do tratamento ortotanásico constitui na eliminação da dor e do sofrimento do paciente, observando seus desejos de final de vida para que a morte lhe chegue de forma natural, já que nos quadros em que se aplicam é consequência inarredável. Tal comportamento como é de se concluir, deve ter anuência do

²¹³ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Eutanásia. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana. (Coord.). **Tratado brasileiro sobre o Direito Fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017, p.107.

²¹⁴ Utilizar-se-á a nomenclatura “proporcionalidade médica” para identificar a referência a tratamentos médicos que configurem ortotanásia com o fim de evitar qualquer confusão com a proporcionalidade enquanto técnica de solução de conflito de normas.

²¹⁵ GODINHO, Adriano Marteleto. Ortotanásia e cuidados paliativos: O correto exercício da prática médica no fim de vida. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana. (Coord.). **Tratado brasileiro sobre o Direito Fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017, p.133.

paciente ou de seus representantes, o que demonstra que o diálogo entre a equipe médica, familiares e paciente reforça a autonomia de todos os envolvidos. No caso dos médicos que podem agir de acordo com seus preceitos éticos e buscar o melhor tratamento em observância ao princípio basilar da medicina que é o da não maleficência. Dos familiares, que têm a possibilidade de discutir e se informar acerca do quadro de saúde do ente querido, possibilitando que construam uma decisão que ao final não será encarada como um peso. Por fim, o paciente, maior interessado que terá suas decisões respeitadas maximizando sua autonomia e seu conceito de vida digna.

É de se ressaltar que a decisão deve ser construída de forma dialógica, sempre levando em consideração a autonomia e a liberdade de escolha que pode inclusive desaguar na negativa de se optar pela ortotanásia. Não se pode falar em morte digna quando esta é resultado do desrespeito da vontade, significa sim “uma exigência ética de facultar que a morte dos doentes terminais sobrevenha naturalmente no tempo certo e cercada de amparo e conforto²¹⁶”.

Nesse campo, destacam-se os cuidados paliativos que são “os cuidados de saúde ativos e integrais prestados à pessoa com doença grave, progressiva e que ameaça a continuidade de sua vida” e têm como objetivo “Promover a qualidade de vida do paciente e de seus familiares através da prevenção e alívio do sofrimento, da identificação precoce de situações possíveis de serem tratadas, da avaliação cuidadosa e minuciosa e do tratamento da dor e de outros sintomas físicos, sociais, psicológicos e espirituais²¹⁷”.

A utilização dos cuidados paliativos se opera em situações em que a morte deixa de ser certa a tempo desconhecido e passa a ser uma realidade iminente e próxima. Cumpre a equipe que cuidará do paciente aliviar a dor e sintomas angustiantes, afirmar a dignidade do paciente e compreender que a morte é um processo normal

²¹⁶ GODINHO, Adriano Marteleto. Ortotanásia e cuidados paliativos: O correto exercício da prática médica no fim de vida. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana. (Coord.). **Tratado brasileiro sobre o Direito Fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017, p.137.

²¹⁷ Disponível em: <<https://www.inca.gov.br/tratamento/cuidados-paliativos>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

da vida, apoiar os familiares que sofrem junto com o paciente, contextualizar e fornecer informações para tomadas de decisões em conjunto. Mais importante, não adotar medidas que visem o encurtamento ou a distensão da vida, acelerando ou retardando indevidamente o processo de morrer. Em certos casos, a introdução da medicina paliativa pode inclusive aumentar o tempo e a qualidade de vida na fase terminal, refletindo diretamente no conceito de vida boa e conseqüentemente tornando mais digna a fase terminal.

O paradigma dos cuidados paliativos, cuidar da pessoa, tem ligação direta com o paradigma da dignidade, cada pessoa tem potencial intrínseco. A medicina paliativa busca respeitar a iminência da morte sem que isso signifique o abandono dos tratamentos ou mesmo da pessoa a própria sorte. Assim, como se apregoa que não existem direitos absolutos que em certas situações mesmo os mais fundamentais dos direitos podem ceder perante outros, pode-se afirmar que a morte é inevitável e que os avanços médicos, a mais moderna tecnologia em aparelhos e fármacos, encontra limitação.

A medicina paliativa não busca adiar ou retardar a morte, mas reconhecer que ela é indissociável e inevitável à vida. O direito à vida implica, necessariamente, ao direito à morte digna e deve ser tratado de forma conjunta, o mesmo respeito que se dá a um, deve ser concedido ao outro²¹⁸. Se em vida o sujeito tem respeitada sua liberdade e autonomia, nos momentos de terminalidade também deve se ver respeitado. A lógica que guia os cuidados paliativos é a de proporcionar conforto e respeito até a última manifestação de vida, contrariar essa lógica é afetar a dignidade e impor sofrimento ao paciente, é objetificá-lo e torná-lo mero objeto de estudo médico.

Eduardo Vasconcelos²¹⁹, afirma que é da natureza dos cuidados paliativos a tentativa de proporcionar vida mais humana para o paciente terminal, reforçando, quando não recuperando sua dignidade, dando-lhe “humanização dos processos de

²¹⁸ GODINHO, Adriano Marteleto. Ortotanásia e cuidados paliativos: O correto exercício da prática médica no fim de vida. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana. (Coord.). **Tratado brasileiro sobre o Direito Fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017, p.139.

²¹⁹ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 220.

morte e de luto”. Não se trata a doença, mas a pessoa em sua complexidade naquele momento terminal, sendo isso condição sine qua non para reforçar sua condição humana.

É de se ressaltar ainda que o dever do profissional de saúde não é o de retardar a morte prolongando a vida a todo custo. O dever é de salvar e preservar a vida em situações possíveis, e não havendo essa possibilidade, adotar as providências para que o sofrimento e a dor possam ser mitigados preservando a dignidade do paciente até que a morte lhe alcance naturalmente²²⁰. As ciências médicas devem encorajar seus profissionais a preservar o máximo de liberdade e autonomia do paciente, considerar que a vida que lhes é confiada não se resume ao sentido biológico, mas também aos aspectos sociais, psíquicos e relacionais, impondo a necessidade à noção de vida boa.

Tal posicionamento reflete inclusive na seara penal, que apesar de não ser o foco do presente estudo merece cuidado. O artigo 13, §2º do Código Penal Brasileiro afirma que “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”. Como se verifica, a possibilidade de evitar o resultado é elemento essencial da norma penal, portanto, em casos nos quais não há possibilidade de evitá-lo, não seria verificável a princípio relevância penal, logo fato atípico. Traduzindo para os casos de terminalidade, não se poderia falar em omissão os casos em que a equipe médica não podendo evitar o resultado morte, administra apenas cuidados paliativos para manter o paciente sem dor e sofrimento ou mesmo em casos extremos deixa de administrar algum tratamento sabendo-o inócuo.

Não obstante não reconhecer a existência do direito à morte digna, o ordenamento brasileiro adota comportamento criminalizador frente às possibilidades de auxílio à concretização daquele que pretende exercer tal direito. Dessa forma, encontram-se os tipos penais de induzimento, instigação e auxílio ao suicídio, omissão de socorro e homicídio como aqueles que têm a vida como bem jurídico tutelado sem

²²⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. Terminalidade da vida. In: Estudos de direito da bioética. Coimbra, v.4, 2012, p. 153-174.

considerar a existência de consentimento da “vítima” como atuante da pena ou mesmo excludente de ilicitude.

Essa opção implica em oferecer o mesmo tratamento para situações completamente diversas, além de abrir a possibilidade de reforço de condutas que podem levar à distanásia ou a obstinação terapêutica, já que por não existir a possibilidade de optar pelo fim da vida, cria-se a noção de que essa deve ser preservada a todo custo, mesmo que acarrete no prolongamento sofrido da vida, conseqüentemente retirando-se a dignidade e adjetivação de boa.

A partir do momento em que “a arte de curar e evitar o sofrimento”²²¹ se transforma na obrigação de prolongar e manter a vida biológica a todo custo, independente da vontade do sujeito, dá-se início ao desrespeito para com a vida e o esvaziamento de toda dignidade que se poderia dedicar-lhe. Nesse ponto, a vida biológica existe tão somente como a insistência do corpo em lutar, com auxílio de medicamentos, contra o fim, todavia, talvez seja esse o momento mais importante para a manutenção da dignidade, pois somente essa resta ao indivíduo se considerado como tal, respeitado em suas vontades e desejos. Não raro, em momentos de extremo sofrimento o corpo humano adote comportamentos animais aplacados apenas com medicamentos de alta eficiência tranquilizante, mas que não conseguem fazer retomar a qualidade de vida desejada pelo sujeito.

Essa situação evidencia a percepção de que o direito à vida é absoluto²²² e que, além disso, deve ser pautado pelo paternalismo. Ambas posições devem ser rechaçadas tendo em vista as concepções de direitos fundamentais até aqui defendidas. Primeiro, por não se reconhecer que existe algum direito absoluto. Por mais importante que seja, todo direito tem a possibilidade de ceder perante a outras em determinadas situações. Em seguida, a adoção de posições paternalistas retira daquele que ocupa o polo passivo da tomada de decisão a autonomia e liberdade,

²²¹ BARROSO, Luís Roberto, MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia no final da vida. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. (Coord.). **Vida, Morte e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 182.

²²² BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia no final da vida. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart, BARBOZA, Heloisa Helena. (Coord.). **Vida, Morte e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 186.

colocando-o na posição de objetos da vontade de outrem, que por mais bem intencionados, podem adotar comportamentos que não estão acordes com os desejos daqueles.

Não se nega a importância do direito ou mesmo sua posição de protagonismo frente aos demais direitos fundamentais, o que não quer dizer que seja absoluto, repita-se, mas é preciso que haja equilíbrio e coerência no ordenamento para que a vida em sociedade possa ter segurança jurídica. Ao se manejar o direito à vida deve-se ter consciência dos riscos que isso implica, qualquer atitude que traga um mínimo de desprezo pela vida humana ou pelo indivíduo, ainda que a princípio se busque justificá-la, deve ser analisada e enfrentada com cautela máxima.

Ocorre que diante da terminalidade soblevam-se questões que não são ordinárias, em cujo conteúdo pode ser verificado não o desprezo, mas o máximo respeito e zelo pelo significado da vida humana. Há, portanto, inversão da fundamentação e valoração da dignidade e da vida. Se nas situações ordinárias a busca pela preservação e respeito à vida são condições essenciais, nas extraordinárias, terminais, a valoração da dignidade e da vida pende para o exercício do direito à morte digna²²³.

Por óbvio a “escolha pela omissão” deve ser construída em conjunto pela equipe médica, pelos familiares e representantes do paciente e por ele próprio, quando possível. Caso contrário não se estaria praticando cuidados paliativos.

8.6 - DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

As diretivas antecipadas de vontade estão diretamente ligadas às situações de terminalidade e fomentam a discussão mais recente acerca do direito fundamental à morte digna. Elas se originam diretamente da vontade da pessoa em instruir a equipe médica e aos familiares os cuidados que se deseja receber em momentos de terminalidade, nos quais eventualmente não possa aquela pessoa expressar suas

²²³ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia no final da vida. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart, BARBOZA, Heloisa Helena. (Coord.). **Vida, Morte e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 187.

vontades, por isso antecipa-se o desejo para que não se criem conflitos e se sobreponha a vontade daquele que mais importa: a pessoa terminal.

No Brasil ainda não existe, tal como em Portugal e outros países mundo afora, legislação específica que trate do tema, em que pese existir em tramitação no Senado Federal o projeto de lei 149/2018 que “dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde”.

A inexistência de lei no Brasil, contudo, não é impeditivo para a validade de diretivas antecipadas de vontade, pois a confecção de documento, por exemplo, de testamento vital, se coaduna com as normas constitucionais e infraconstitucionais, havendo arcabouço suficiente para resguardar os direitos daqueles que se valem desse instrumento para fazer valer sua autonomia. De certo que a validade do instrumento é condicionada aos requisitos exigidos para a realização de qualquer outro ato jurídico²²⁴.

O projeto de lei tramita sob a justificativa de que:

As diretivas antecipadas de vontade que este projeto pretende instituir e disciplinar, entendidas como o documento pelo qual o indivíduo dá o seu consentimento ou a sua recusa para algumas modalidades de tratamento, são a concretização do reconhecimento da autonomia dos pacientes, especialmente daqueles que se encontram em situação de maior vulnerabilidade – os pacientes em fase terminal de doença e que não estão em condições de expressar a própria vontade. (deve colocar a referência)

É interessante notar que há no projeto de lei positiva alguns conceitos de relevante importância para o presente estudo, em especial o de diretivas antecipadas de vontade²²⁵ e pessoa em fase terminal. Esse segundo, particularmente, encampa a definição adotada pelo presente estudo, conforme já explanado oportunamente.

²²⁴ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 4ªed. Indaiatuba: Foco, 2018, p. 101.

²²⁵ Diretivas antecipadas de vontade: manifestação documentada por “escritura pública sem conteúdo financeiro” da vontade da pessoa declarante quanto a receber ou não receber determinados cuidados ou tratamentos médicos, a ser respeitada quando ela não puder expressar, livre e autonomamente, a sua vontade.

A exegese do projeto de lei permite fazer comparações com a Lei 25/2012 de Portugal que “estabelece o regime das diretivas antecipadas de vontade (DAV) em matéria de cuidados de saúde, designadamente sob a forma de testamento vital (TV), regula a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV)”.

Em análise preliminar pode-se imaginar que a legislação portuguesa é mais detalhada que a brasileira, no entanto o cerne de ambas visa a formalização da vontade de não ser submetido ou mesmo se submeter a determinados cuidados ou tratamentos – designação brasileira – ou aqueles nomeadamente – designação portuguesa – que a pessoa desejar. As diretivas são importantes meio de formalização da vontade para momentos em que o estado de saúde do sujeito não permitir a expressão de questões atinentes à vida e cuidados médicos²²⁶.

Os dois textos, a lei portuguesa e o projeto brasileiro, apenas por representarem avanços na efetivação ao direito à morte digna, não estão imunes as críticas. Destaca-se, por exemplo, o termo “atuação contrária às boas práticas” presente no artigo 5º, “b” da lei lusitana. O que determina que sejam boas práticas? Pode-se inferir das boas práticas qual seria a vontade expressa pelo paciente em determinada situação? Tais dúvidas, lançadas em situações limítrofes, podem gerar conflitos jurídicos de impliquem diretamente na vida dos envolvidos, médicos e pacientes.

Do lado brasileiro o mesmo problema parece ocorrer na possibilidade do profissional de saúde não observar as diretivas antecipadas de vontade “quando elas estiverem em desacordo com os preceitos éticos da sua profissão”. Aqui abre-se um espectro de interpretação muito grande, por exemplo, imagine-se um paciente cuja religião não permita que receba tratamento utilizando hemoderivados e registre em suas diretivas que não deseja ser submetido a tanto. No outro lado, um profissional de saúde que acredite piamente que o preceito ético da religiosidade deve se submeter aos preceitos éticos médicos e, portanto, deva submeter o paciente ao tratamento.

²²⁶ LEITE, George Salomão. **A morte e o direito**: Há um direito de morrer dos pacientes terminais? Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 264.

Não seria preceito ético da profissão o respeito à autonomia do paciente? A título de exemplo invoca-se o artigo 28 do Código de Ética Médica brasileiro: “Desrespeitar o interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade”.

É claro que a observância das diretivas antecipadas de vontade deve ser limitada, inclusive a legislação portuguesa é clara em assim fazer. É possível que em casos como o do artigo 5º, parágrafo único, III do projeto de lei brasileiro, que encontra correspondência no artigo 6º, 2, “b” da lei portuguesa, admite o não cumprimento quando as diretivas estiverem desatualizadas em relação ao avanço médico tecnológico a ser ministrado. Ora, tal previsão visa reforçar aqui que é mais importante para a validade das diretivas antecipadas o consentimento informado, livre e autônomo.

Imagine-se alguém, diagnosticado com uma doença terminal, expressasse seu desejo de não ser submetido a determinado procedimento, o qual no ano de 2019 estivesse em fase experimental. Essa mesma pessoa, viva no ano de 2020, desconhecendo os avanços tecnológicos se encontra em estado terminal, mas aquele tratamento outrora experimental, agora se mostra plenamente eficaz. Parece claro que as diretivas antecipadas, adiantaram-se demais e devem poder ser revistas ou mesmo anuladas tendo em vista que o quadro tecnológico se modificou alterando exatamente aquilo que condicionou a expressão da vontade, a experimentalidade do tratamento.

Está claro que em ambos os países aqui estudados é imprescindível que haja o quadro clínico da terminalidade, a morte deve ser natural e inevitável. Não se admite em nenhuma das hipóteses que a execução da vontade do paciente implique na violação de normas legais, especialmente aquelas previstas nos Códigos Penais, o que leva a conclusão de que tanto Brasil como Portugal repudia legalmente a eutanásia. No Brasil veda-se a recusa a tratamentos paliativos. Em relação à distanásia, a existência de textos legais permitindo a realização de diretivas antecipadas de vontade, por si já assegura o repúdio a essa forma de intervenção.

A vontade livre, consciente e esclarecida é elemento caracterizador de ambos os ordenamentos jurídicos, isso significa que ausente tal elemento a expressão da vontade, que se diga deve ser escrita e passar pelo crivo da autoridade notarial competente, queda maculada. Não há, portanto, que se falar em declaração antecipada de vontade tácita ou que não obedeça às formalidades legais. Esse modelo parece respeitar a devida feitura do direito fundamental à morte digna, consubstanciado na observância da vontade condizente com os preceitos individuais de vida boa e mais importante, no respeito à dignidade daquele que se encontra em estado terminal e deseja se autodeterminar até o último suspiro, literalmente.

Pensar no direito a morte digna implica pensar na autonomia, liberdade, capacidade e acima de tudo na dignidade, por isso, os avanços médicos possuem impacto direto no pensamento jurídico e sobre os conceitos que permeiam as duas ciências. Não é possível inferir, de forma fundamentada, conclusões sem que se considere a interseção latente entre direito e medicina, a modificação em uma área afeta diretamente o âmbito de proteção da outra.

Muitos são os problemas apontados²²⁷ em relação às diretivas antecipadas de vontade como a necessidade de conhecimento do instrumento por parte daqueles que cuidam dos pacientes: É impossível que se cumpram vontades que sejam desconhecidas, assim, clássico o exemplo de alguém que aporte na emergência de um hospital sem qualquer indício de que tenha declinado suas vontades antecipadamente e receba algum tratamento que tenha proscrito²²⁸. Outro problema apontado e já ventilado alhures é a contemporaneidade do documento de antecipação de vontade, é preciso que sejam verificadas se as condições de

²²⁷ CHUECA, Ricardo. Los derechos fundamentales a la vida y la integridad física. EL poder de disposición sobre el final de la vida propia. Derecho y salud. v. 16, n. 1, 2008, XVI Congreso "Derecho y Salud", p. 1-14. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/43125807_Los_derechos_fundamentales_a_la_vida_y_a_la_integridad_fisica_el_poder_de_disposicion_sobre_el_final_de_la_vida_propia>. Acesso em: 02 mai. 2019.

²²⁸ Cumpre ressaltar que apesar de Portugal prever a criação do Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV), no Brasil a realidade é muito diferente diante de um sistema de saúde, embora universal, enfrenta cotidianamente problemas estruturais graves. O exemplo parte então do pressuposto de que segundo dados do Ministério da Saúde, 28,5% da população brasileira tem acesso ao prontuário digital, disponível nas Unidades Básicas de Saúde, ou seja, longe dos atendimentos de urgência e emergência em que aportam os casos abarcados pelo exemplo dado. Portanto, a situação descrita é perfeitamente factível, ainda que aqui utilizada de forma hipotética.

tratamento são as mesmas daquelas em que a vontade foi externada. Por fim, alerta-se para a divergência linguística entre o leigo e o profissional, já que um pode se expressar de forma até atécnica, sem conhecimento dos termos que podem ensejar alguma confusão futura, por isso a participação de profissionais de saúde na confecção do documento é importante, pois assim, criam-se diretivas formatadas para serem compreendidas e entendidas por qualquer pessoa que delas tenha conhecimento.

9 - CONCLUSÃO

Cabe às ciências médicas a liberdade de pesquisar e promover qualidade de vida aos enfermos por meio da descoberta de novos fármacos e tratamentos, contudo, recai sobre o direito, cujo papel, talvez o mais importante, é o de organizar e sustentar o ordenamento jurídico, tendo como premissa enquadrar legalmente as consequências das descobertas e seus efeitos na sociedade e integrando o avanço técnico com a legislação, promovendo a devida proteção e promoção dos direitos, principalmente dos fundamentais, tendo sempre como norte a preservação da dignidade da pessoa humana.

Inegavelmente, os avanços técnicos são muito mais rápidos que os jurídicos, todavia, isso não escusa a ausência de respostas, motivo pelo qual deve haver a reinvenção das teorias do direito para que se possam acompanhar as mudanças técnicas, possibilitando que o direito reflita sobre o estado atual e imediato da sociedade. Para tanto, é preciso que se respeite o indivíduo enquanto ser mutável que se alterna entre possibilidades cada vez menos finitas.

Não basta que se categorize as normas em especificidades jurídicas, Biodireito, bioética, Direito Civil, Direito Constitucional, Direitos Fundamentais. Toda essa compartimentação de nada adianta se não houve integração com o ser humano, criador e criatura do ordenamento jurídico. Todo e qualquer ramificação do direito, deve obediência à Constituição, não apenas por ser a lei maior em um Estado de Direito, mas porque ela traduz, em especial nas democracias, a vontade daquele que dela é destinatário e, portanto, pelo menos presume-se que exprima seus anseios traduzidos ali em normas jurídicas. Mesmo a própria Constituição tem sido posta a prova ante as rápidas mudanças provocadas pelos avanços tecnológicos e sociais, sendo assim, chamada a se adaptar às novas realidades.

Nesse contexto de democracia é preciso assegurar que o acesso aos direitos fundamentais não seja privilégio de uns ou outros, deve-se estabelecer parâmetros que busquem a promoção e preservação da dignidade dos indivíduos preservando sua autonomia e liberdade para definir aquilo que deseja para si e estabelecer aquilo

que compreende como vida digna. Essa definição, que apesar de individual, necessita de um arcabouço coletivo que, em primeiro lugar, respeite as decisões tomadas e que conceda elementos que validem tais decisões.

É com fito de validar a tomada de decisões em momentos terminais que se defendeu a autonomia do direito fundamental à morte digna, pois se se considerá-lo como desdobramento do direito à vida, sua força jurídica se perde na dicotomia vida e morte, colocando-o como mero contraponto a outro direito fundamental, quando na verdade a relação estabelecida é muito mais de complementariedade. Não há morte sem vida e não há vida sem morte, e ambas devem conviver sob o manto da dignidade.

Dignidade que se concretiza sob o binômio liberdade e autonomia, e sem a qual “nossas vidas são meros lampejos de duração²²⁹”, e para que esse lampejo se transforme em algo mais, é preciso viver uma vida boa, calcada em ideais de vida sólidos e que refletirão ao longo da jornada de cada indivíduo. Se for possível então afirmar e defender a existência do direito fundamental à vida digna, o mesmo deve valer para o direito fundamental à morte digna, entendendo esse como direito autônomo e não mera consequência do direito à vida.

Assim, é preciso reconhecer e dotar o direito fundamental à morte digna de todas as proteções jurídicas cabíveis aos direitos fundamentais, pois uma vez assim reconhecido, nasce o dever do Estado em promover, garantir e proteger tal direito, inclusive por meio de leis que assegurem o acesso de qualquer pessoa que se lhe faça jus.

Não se pretende criar ou incentivar a cultura da morte, mas reconhecer que ela é parte da vida de qualquer ser, e no caso humano, conscientemente, o caminho que todos percorremos. Mesmo porque, as bases deste trabalho foram lançadas sobre uma situação muito específica, qual seja a dos pacientes acometidos por doenças terminais, ou seja, a presença e iminência da morte são palpáveis. Nesses casos, em que muito comumente o prazo de vida é curto, é preciso garantir que, ante

²²⁹DWORKIN. Ronald. Justiça para ouriços. Coimbra. Almedina.2016. Pg.430.

qualquer forma de paternalismo, médico ou familiar, o paciente não se torne objeto nas mãos daqueles que deveriam cuidar dos interesses do doente, acabam deixando que seus interesses pessoais se sobreponham, seja de boa ou de má-fé.

É com vias de proteger direitos fundamentais, não apenas o da morte digna, mas como os de personalidade, por exemplo, que importa o combate a formas degradantes de final de vida. Como restou assentado, tanto abreviar como distender o processo de morte não traz qualquer benefício àquele que padece. O fim, deve chegar no seu tempo certo, e esse tempo deve ser determinado pelo sujeito livre e autônomo.

É tarefa do Estado garantir meios para que a dignidade no fim da vida seja respeitada, mormente tal matéria seja um tabu, cumpre seu enfrentamento em razão da impossibilidade de o Estado se pautar por valores que inviabilizam o acesso do cidadão a aparatos que podem realizar seus desígnios pessoais. O Estado deve se pautar pelo bem viver dos cidadãos, que igualmente devem respeitar a vontade dos seus iguais, evitando práticas paternalistas e a imposição de costumes e valores.

Sintetizando as possíveis conclusões pode se dizer que:

- a) O direito fundamental à morte digna deve ser considerado e reconhecido como direito fundamental autônomo;
- b) Enquanto direito fundamental, a morte digna deve ser garantida, em especial e principalmente, aos pacientes em estado terminal;
- c) O direito fundamental à vida sustenta de fato o ordenamento jurídico em razão de ser o primeiro que é assegurado à pessoa humana, contudo, não é o único e pode ser mitigado diante de situações extremas. Assim como a vida humana não se resume aos aspectos biológicos, devendo ser considerados os aspectos biográficos para aferir a sua qualidade de vida boa, essa sim o bem jurídico de maior relevância;
- d) A tomada de decisão sobre o exercício do direito fundamental à morte digna deve ser precedida de avaliação acerca da liberdade e autonomia

de escolha, cristalizada pelo consentimento informado, sem o qual o exercício daquele direito resta prejudicado;

- e) No tocante ao exercício do direito fundamental à morte digna ressurte como forma de garantir seu pleno gozo as diretivas antecipadas de vontade e os cuidados paliativos, esses dois instrumentos têm se mostrado importância ímpar na concretização desse direito.

O direito fundamental à morte digna ainda tem um longo percurso pra ser reconhecido legalmente, sobretudo pelo ordenamento jurídico brasileiro. A morte ainda é um dos grandes tabus que precisam ser enfrentados pela sociedade, trazendo-a de volta para dentro das casas e tornando-a assunto corriqueiro, sem que isso implique na desconsideração da dor e do luto a ela inerentes.

É preciso que a morte digna seja não apenas uma realidade fática, mas também médica e, principalmente normativa, para que então o exercício desse direito possa ocorrer de forma lícita e descriminalizada, propiciando ao cidadão a plena liberdade e autonomia sobre seus momentos finais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In ALEXY. Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da. (Org.) **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros. 2008.

ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio. **Curso de Direito Constitucional**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

ANDORNO, Roberto. **Bioética y dignidade de la persona**. Madrid:Tecnos, 1998

ARAÚJO, Armando Otávio Vilar. Múltiplos enfoques sobre a morte e o morrer. In: MORITZ, Rachel Duarte. **Conflitos bioéticos do viver e do morrer**. Brasília: CFM, 2011.

ARIÈS, Philippe. **O homem diante da morte**. São Paul: Unesp, 2014.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. (Coord.) **Bioética e Direitos da pessoa humana**. Belo Horizonte: DelRey, 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Terminalidade da vida. In: **Estudos de direito da bioética**. Coimbra, 2012, v.4, p. 153-174.

BARACHO, J. A. O. A identidade genética do ser humano, Bioconstituição: Bioética e Direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, 2000, v. 32, n.8, p. 121-133.

BARROS, José Ourismar. A pessoa em situação de rua e a vida que não merece ser vivida. In GRINOVER, Ada et al. (Org.). **Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a construção do Novo Modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: Construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 4 . reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová**. Dignidade Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf> > Acesso em: 02 mai. 2019

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia no final da vida. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (Coord.). **Vida, Morte e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000.

BOEMER, Magali Roseira; PELÁ, Nilza Teresa Rotter. **A morte, o morrer e o morrendo**: estudo de pacientes terminais. 1985. 205 f. Tese (Doutorado em Enfermagem) - Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, São Paulo, 1985.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 3. reim. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Dignidade e constitucionalização da pessoa. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, 2012, v 2, p. 285/96;

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MACHADO, Jónatas. E. M. **Reality shows e liberdade de programação**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Juciara Vieira. **Eutanásia, Distanásia e ortotanásia**: O tempo certo da morte digna. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010.

CHUECA, Ricardo. **La marginalidad jurídica de la dignidad humana**. Madrid: Dagaz, 2015, p. 25-53. Disponível em: <https://www.academia.edu/28525889/RICARDO_CHUECA?auto=download> Acesso em: 26 jul. 2017.

CHUECA, Ricardo. Los derechos fundamentales a la vida y la integridad física. EL poder de disposición sobre el final de la vida propia. In: XVI CONGRESO "DERECHO Y SALUD" Espanha, 2008, **Anais Universidad de LA Rioja**, 2008, v. 16, n. 1. p. 1-14. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/43125807_Los_derechos_fundamentales_a_la_vida_y_a_la_integridad_fisica_el_poder_de_disposicion_sobre_el_final_de_la_vida_propia>. Acesso em: 02 mai 2019.

COSTA, Fernanda Otero. **Vida construída**: reflexões sobre eutanásia e suicídio assistido. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DADALTO, Luciana. Desafios ético-jurídicos e cumprimento de diretivas antecipadas. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SOUZA; Iara Antunes de. (Coord). **Direito e medicina**. Autonomia e vulnerabilidade em ambiente hospitalar. Indaiatuba: Foco, 2018.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2018.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

DIAS, Roberto. **O direito fundamental à morte digna**: Uma visão constitucional da eutanásia. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here? Principles for a new political debate**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. O que uma vida boa. In: **Revista de Direito**. GV: São Paulo. 7/2 p. 607-616. Jul-Dez, 2011. Disponível em: <file:///C:/Users/hp/Downloads/24010-43633-1-PB.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2019

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**. Apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Trotta, 2016.

FRANÇA, Genival Veloso de. **O paciente que vai morrer** – Direito de saber a verdade. In: III CONGRESSO BRASILEIRO DE BIOÉTICA E I CONGRESSO DE BIOÉTICA DO CONESUL, 2000, Porto Alegre. **Resumo eletrônico...**

Disponível em <<http://www.malthus.com.br/artigos.asp?id=114#set>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GODINHO, Adriano Marteleto. Ortotanásia e cuidados paliativos: O correto exercício da prática médica no fim de vida In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George SALOMÃO; Luciana Dadalto (Coord). **Tratado brasileiro sobre o Direito Fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017.

GOMES, Enéias Xavier. **Do consentimento no homicídio**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e não Discriminação** – Sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo: LTR, 2010.

HABERMAS, Jurgen. **Um ensaio sobre a Constituição da Europa**. Lisboa: Edições 70, 2012.

HONNET, Axel. **A Luta por reconhecimento** – A gramática moral dos conflitos. São Paulo: Ed. 34, 2003.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LEITE, George Salomão. **A morte e o direito**: Há um direito de morrer dos pacientes terminais? Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

LOPES, Antonio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia**. Aspectos médicos e jurídicos. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2014.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 1998.

MARTTEL, Letícia Campos Velho. **Direitos Fundamentais Indisponíveis**: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. 2010. 475.f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Centro de Pós-Graduação em Direito Público, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TES.PDF>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

MELO, Nehemias Domingos de. O direito a morrer com dignidade. In GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana. (Org.). **Tratado Brasileiro Sobre o Direito Fundamental à Morte Digna**. São Paulo: Almedina, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais nas Constituições de Portugal e do Brasil In: **Liber amicorum em homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos**. Coimbra, 2013, p. 503-520.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 2 v.

MONGE, Cláudia. **Das diretivas antecipadas de vontade**. Lisboa: AAFDL, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições a direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Lisboa: Coimbra, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**: Dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015, 1 v.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: Dignidade e inconstitucionalidade.** Coimbra: Almedina, 2016, 2 v.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais.** Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa.** Lisboa: Coimbra Editora, 2004.

NUNES, Rui. **Diretivas Antecipadas de vontade.** Brasília: Conselho Federal de Medicina, Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, 2016.

OTERO, Paulo. Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana
In: **Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão.** Coimbra, 2008. 1 v, p. 107-138.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. (Org.). **Fundamentos da bioética.** São Paulo: Paulus, 1996.

REIS, João José. **A morte é uma festa. Ritos fúnebres e revolta popular no Brasil do século XIX.** 7ª reimpressão. São Paulo: Cia das Letras, 1991.

ROSE, Michel. **Dignity. Its history and meaning.** United States of America. Harvard: University Press, 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer.** Eutanásia, Suicídio Assistido. 2 ed. Belo Horizonte: DelRey, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire de.; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SÁ, Maria de Fátima Freira; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para morrer.** Eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos. 2. ed. rev. atual. amp. Belo Horizonte: DelRey, 2015.

SAMPEDRO, Ramón. **Cartas do inferno.** São Paul: Planeta, 2005.

SANDEL, Michel. **O que o dinheiro não compra.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. rev. e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**. Ensaios filosóficos do Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 4. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Eficácia dos Direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva; 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: Sarlet. Ingo (Org.). **As dimensões da dignidade**. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. rev. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. 2. ed. Fórum: São Paulo, 2016.

SERTÃ, Renato Lima Charnaux. **A distanásia e a dignidade do paciente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SIQUEIRA, José Eduardo. Definindo e aceitando a terminalidade da via. In MORITZ, Rachel Duarte. **Conflito bioéticos do viver e do morrer**. Brasília: CFM, 2011.

STANCIOLI, Brunello. **Direitos Fundamentais e direitos da personalidade**. Belo Horizonte: DelRey, 2010.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Eutanásia. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana. (Coord.). **Tratado brasileiro sobre o Direito Fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017.