

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS FUNDAMENTAIS

JONATHAN BARROS VITA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Lucas Gonçalves Da Silva, Jonathan Barros Vita, Valéria Silva Galdino Cardin– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-051-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apresentação

O XXIV Encontro Nacional do CONPEDI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito em parceria com o Programa Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe UFS, ocorreu em Aracaju entre os dias 03 e 06 de junho de 2015 e teve como tema central DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT DIREITOS FUNDAMENTAIS. Coordenado pelos professores Jonathan Barros Vita, Lucas Gonçalves da Silva e Valéria Galdino Cardin, o referido GT foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados no presente e-book, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido também a maior atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Como o ato de classificar depende apenas da forma de olhar o objeto, a partir da ordem de apresentação dos trabalhos no GT (critério de ordenação utilizado na lista que segue), vários grupos de artigos poderiam ser criados, como aqueles que lidam com: questões de raça,

religião e gênero (8, 10, 12, 13, 15, 24 e 27), concretização de direitos fundamentais (1, 5, 9, 11, 16, 18, 19 e 22), liberdade de expressão e reunião (3, 6, 17 e 25), teoria geral dos direitos fundamentais (7, 14) e temas multidisciplinares que ligam os direitos fundamentais a outros direitos (2, 4, 20, 21, 23, 26 e 28)

1. A inclusão nos mecanismos de produção de riqueza face à relativização do princípio da igualdade pelos programas de transferência de renda, de Rogério Piccino Braga

2. Benefícios da clonagem terapêutica e as células-tronco embrionárias frente ao princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro, de Janaína Reckziegel e Luiz Henrique Maisonnnet

3. As teses revisionistas e os limites à restrição da liberdade de expressão, de Rodrigo De Souza Costa e Raisia Duarte Da Silva Ribeiro

4. A inviolabilidade do domicílio no curso da fiscalização tributária, de Pedro Cesar Ivo Trindade Mello

5. Acessibilidade: um direito fundamental da pessoa com deficiência e um dever do poder público, de Flavia Piva Almeida Leite e Jeferson Moreira de Carvalho

6. Biografias não autorizadas e o direito à privacidade na sociedade da informação, de Narciso Leandro Xavier Baez e Eraldo Concenço

7. O princípio da igualdade e suas dimensões: a igualdade formal e material à luz da obra de Pérez Luño, de Giovanna Paola Batista de Britto Lyra Moura

8. Intolerância contra as religiões de matriz africana: uma análise sobre colisão de direitos através de casos judiciais emblemáticos, de Ilzver de Matos Oliveira e Kellen Josephine Muniz De Lima

9. A criança e o adolescente e os direitos fundamentais - o papel das mídias sociais e das TICs sob o prisma do princípio da proteção integral e da fraternidade, de Bruno Mello Corrêa de Barros e Daniela Richter

10. Laicidade e símbolos religiosos no brasil: em defesa da liberdade religiosa e do estado democrático de direito, de Eder Bomfim Rodrigues

11. O serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social, de Paulo Ricardo Schier e Adriana da Costa Ricardo Schier
12. Sobre a dominação masculina (re)produzida na publicidade: reações da sociedade vistas a partir de denúncias ao CONAR, de Helio Feltes Filho e Taysa Schiocchet
13. É para rir? A atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos casos envolvendo liberdade de expressão e racismo nos discursos humorísticos, de Caitlin Mulholland e Thula Rafaela de Oliveira Pires
14. O poder judiciário, a constituição e os direitos fundamentais: ativismo judicial no STF pela crítica de Antônio José Avelãs Nunes, de Tassiana Moura de Oliveira e Ana Paula Da Silva Azevêdo
15. Mudança de sexo e a proteção dos interesses de terceiros, de Kelly Cristina Presotto e Riva Sobrado De Freitas
16. Os custos dos direitos fundamentais e o direito prestacional/fundamental à saúde, de Rubia Carla Goedert
17. Democracia na era da internet, tática black bloc e direito de reunião, de Gilton Batista Brito e Lucas Gonçalves Da Silva
18. A pessoa com espectro autista e o direito à educação inclusiva, de Carolina Valença Ferraz e Glauber Salomao Leite
19. A problemática dos custos no campo de execução dos direitos fundamentais: alternativas e soluções para o cumprimento do mínimo existencial, de Diogo Oliveira Muniz Caldas
20. Direitos fundamentais: questões de princípios entre o viver e o morrer, de Robson Antão De Medeiros e Gilvânklim Marques De Lima
21. A Amazônia e o paradoxo das águas: (re)pensando a gestão hídrica urbana, de Jefferson Rodrigues de Quadros e Silvia Helena Antunes dos Santos
22. Benefício constitucional de prestação continuada: o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o critério da renda per capita à luz da efetividade, de Benedito Cerezzo Pereira Filho e Luiz Fernando Molan Gaban

23. Os "mortos" civilmente: aspectos políticos e jurídicos acerca da invisibilidade do preso provisório em um estado democrático de direito, de Samyle Regina Matos Oliveira e Edinilson Donisete Machado

24. As mulheres no mercado de trabalho: desmistificando a igualdade entre os gêneros, de Deisemara Turatti Langoski e Olga Maria B Aguiar De Oliveira

25. Os limites entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio: uma análise sobre o caso dos supostos justiceiros , de Rafael Santos de Oliveira e Claudete Magda Calderan Caldas

26. Tráfico de pessoas para retirada ilegal de órgãos: um crime degradante contra o ser humano, de Fernando Baleira Leão De Oliveira Queiroz e Meire Marcia Paiva

27. O desafio da igualdade: casos de intolerância religiosa na contemporaneidade e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de Jose Lucas Santos Carvalho

28. O cadastro ambiental rural como direito à informação e o sigilo de dados, de Luciana Costa da Fonseca e Danielle Fonseca Silva

Finalmente, deixa-se claro que os trabalhos apresentados no GT DIREITOS FUNDAMENTAIS, acima relatados, foram contemplados na presente publicação, uma verdadeira contribuição para a promoção e o incentivo da pesquisa jurídica no Brasil, consolidando o CONPEDI, cada vez mais, como um ótimo espaço para discussão e apresentação das pesquisas desenvolvidas nos ambientes acadêmicos das pós-graduações.

Desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita - Unimar

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Profa. Dra. Valéria Galdino Cardin - Unicesumar

DIREITOS FUNDAMENTAIS: QUESTÕES DE PRINCÍPIOS ENTRE O VIVER E O MORRER

FUNDAMENTAL RIGHTS: ISSUES BETWEEN PRINCIPLES TO LIVE AND DIE

**Robson Antônio De Medeiros
Gilvânklm Marques De Lima**

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar questões acerca dos direitos fundamentais, envolvendo o poder de escolha individual, consubstanciando preceitos entre os princípios fundamentais e/ou pelo ordenamento jurídico brasileiro, quando há uma pessoa em estado terminal e o seu direito de escolha. As discussões perpassam quando uma pessoa, diante de uma moléstia terminal, sem perspectivas de cura pela medicina, ou, na impossibilidade dela, cabe aos seus familiares mais próximos, escolher se deseja se submeter aos tratamentos paliativos existentes, que poderão prolongar a sua vida, ou a eles renunciar, bem como decidir se deseja abreviar o seu processo de morte, com ou sem auxílio de terceiros, incumbindo ao Estado, somente, fornecer os meios para que o desejo do enfermo seja fielmente atendido. Trata-se de uma temática em que valores de cunho religiosos ou filosóficos muitas vezes contaminam o debate, mas que, não obstante isso, precisa ser enfrentada com serenidade, uma vez que qualquer ser humano poderá se deparar um dia com esses questionamentos e, uma discussão com parcimônia e sem preconceitos é o que propõe-se o trabalho. A metodologia empregada funda-se na pesquisa bibliográfica e na documental que o trabalho foi desenvolvido.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Questões de princípios, Doença terminal, Direito de escolha

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to analyze questions about fundamental rights, involving the individual choice of power, consolidating precepts of the fundamental principles and/or the Brazilian legal system, when a person terminally ill and their right of choice. The permeate discussions when a person, faced with a terminal illness with no cure prospects for medicine, or, in her inability, it is for his immediate family, choose whether to submit to existing palliative treatments that can prolong your life, or they give up and decide whether to shorten their process of death, with or without the help of others, leaving it to the state, only provide the means for the patient's desire is faithfully attended. This is a thematic nature in which religious or philosophical values often contaminate the debate, but that despite this, must be addressed with serenity, since any human being may experience a day with these questions and a discussion sparingly and without prejudices is what is proposed to work. The methodology is grounded in the literature and in the documentary that the work was done.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Issues of principle, Terminal disease, Right to choose

INTRODUÇÃO

A partir das discussões acerca dos direitos fundamentais há situações envolvendo o poder de escolha individual, consubstanciando preceitos entre os princípios fundamentais e/ou pelo ordenamento jurídico brasileiro, quando há uma pessoa em estado terminal e o seu direito de escolha.

Os princípios revelam fontes de criação de toda norma jurídica a ser perquirida pelo legislador, ou seja, são os princípios fundamentos das regras jurídicas.

Por sua vez, as normas representam os comandos e mandamentos, nas formas imperativas, permissivas, com atribuições de poder e de competências. Por sua vez, a norma em si, pode-se dizer é um gênero de comando, cujas espécies estão as regras de direito, os princípios de direitos e as diretrizes políticas. Para tanto, existem normas que são regras e existem normas que são princípios.

Nesta discussão há uma pessoa em estado terminal e o direito de escolha entre o viver e o morrer. Situações concretas vivenciadas por pessoas em diferentes locais do mundo.

Brittany Maynard foi diagnosticada, no final de 2013, como portadora de uma forma grave de câncer no cérebro, conhecida como Glioblastoma. Com vinte e nove anos, ela anunciou, por meio das redes sociais, que cometeria suicídio com ajuda médica no dia 1º de novembro de 2014. Para concretizar o seu objetivo, ela se mudou com o marido para o Estado americano de Oregon, que permite o auxílio médico voltado ao suicídio de pacientes terminais. No dia 03 de novembro de 2014, ela cometeu o suicídio anteriormente anunciado, segundo reportagem da Folha de São Paulo (2014).

O transexual belga Nathan Verhelst nasceu menina, tendo recebido o nome de Nancy. Entre os anos de 2009 e 2012, ele se submeteu a três cirurgias fracassadas de mudança de sexo. Depois disso, foi diagnosticado como portador de sérios problemas psicológicos. Como a Bélgica legalizou a eutanásia em 2002, ele recebeu eutanásia com ajuda médica em setembro de 2013, de acordo com Callgaris (20014).

Os dois casos acima chamam atenção, uma vez que o ser humano, ao longo da história, vem demonstrando dificuldade em lidar com uma realidade que ele tem bastante dificuldade em aceitar, qual seja: a vida é finita, a morte é uma certeza, a existência de cada ser humano cessará, o ato de respirar, que sinaliza a presença da vida, um dia não mais ocorrerá e a morte, tão temida e inaceitável, tornar-se-á uma realidade.

A morte, assim como a vida, faz parte de um processo mais amplo, sendo elementos naturais que compõem faces opostas de uma mesma moeda e precisam ser encaradas como partes complementares do processo vital.

Os seres humanos parecem estar programados apenas para viver. Aceitar a morte como algo natural é um comportamento difícil. No entanto, como a morte é certa, é preciso que as discussões a respeito dela não sejam ignoradas, pois o funcionamento integrado do corpo, comandado pelo cérebro, um dia cessará.

Tendo em vista que a morte dita natural normalmente é antecedida por um processo degenerativo, no qual o vigor outrora existente desaparece, é importante que se discuta o tratamento que deve ser ofertado aos indivíduos que, embora ainda vivos tecnicamente falando, não se encontrem mais em condições que lhe permitam ter prazer em sua existência, de sorte que a abreviação do ciclo vital passa a ser um desejo de primeira ordem.

É nesse contexto em que o estar vivo passa a ser um fardo insuportável para o indivíduo, que se colocam as discussões em torno da legitimidade de extirpação da vida com ou sem auxílio de outrem, como forma de aplacar o sofrimento¹. Trata-se de uma temática em que valores de cunho religiosos ou filosóficos muitas vezes contaminam o debate, mas que, não obstante isso, precisa ser enfrentada com serenidade, uma vez que qualquer ser humano poderá se deparar um dia com esses questionamentos e, uma discussão com parcimônia e sem preconceitos é o que propõe-se a fazer nas linhas subsequentes.

Assim, através da metodologia empregada na pesquisa bibliográfica e na documental que o trabalho será desenvolvido.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM BREVE HISTÓRICO

Os direitos fundamentais são tidos como direitos subjetivos públicos indispensáveis à realização da natureza humana e à vida em sociedade. Por sua vez, são assegurados pelo Estado e, de forma subsidiária, pela ordem internacional.

Norberto Bobbio (2004) elenca as gerações ou dimensões dos direitos em que qualifica em diferentes momentos históricos direitos conquistados a começar pela Revolução Francesa, no século XVIII, os denominados de primeira geração, tutela direitos de liberdades públicas, incluindo os direitos civis e políticos, tais como: o direito de ir e vir; o direito de

¹ Costuma-se diferenciar dor e sofrimento, sendo este último considerado como mais global, ensejando a diminuição da qualidade de vida. A dor, por sua vez, seria um fenômeno passageiro, bem delimitado no tempo, aplacável como medicamentos adequados, sem deixar maiores sequelas físicas ou psíquicas no indivíduo.

liberdade de expressão; o direito de liberdade religiosa; direitos a integridade física, dentre outros direitos. Nota-se que há nesse momento a evolução do Estado, assim considerado Estado liberal, em que os direitos de primeira geração são direitos negativos, postos que aqui há limites ao Estado na salvaguarda e proteção.

Os direitos de segunda geração repercute a partir da Revolução Industrial, no século XIX, onde são tutelados os direitos de igualdade, repercutindo-se os direitos sociais, incluindo os direitos trabalhistas, os direitos coletivos, os direitos culturais, os direitos econômicos. Nesse momento, a evolução do Estado incide no denominando Estado Social, em que há a obrigação do dever fazer, enquanto direitos prestacionais inerente à função social. Assim como, vêem-se que esses direitos são positivos, exigindo ações concretas com vista à promoção da dignidade humana.

Os direitos de terceira geração começa a partir do século XX, com a modernidade, momento histórico em que são tutelados os direitos da fraternidade, incluindo nesse rol os direitos difusos em geral, dentre eles os direitos do consumidor e ambientais, com vista na preocupação e manutenção da vida na terra. A evolução estatal nesse período denomina-se Estado social-democrático, em que há a difusão de direitos na esfera da fraternidade e solidariedade internacional.

Percebem-se que todas as discussões e reflexões dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração estão intimamente relacionados aos preceitos da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Há outras gerações ou dimensões de direitos a tutelar. Os direitos de quarta geração, denominados direitos decorrentes do processo de globalização, onde são tutelados os direitos dos povos, tais como: direitos relacionados à engenharia genética, as criações de *software*, a utilização da reprodução humana assistida (inseminação artificial), o melhoramento e cultivo dos alimentos transgênicos.

Bobbio (idem) chama a atenção, ainda, quando descreve os direitos ligados à vida como elemento político, envolvendo a proteção do patrimônio genético, a preocupação com a bioética, dentre outras questões e situações de direitos. Todas estas questões são discutidas em prol de assegurar a todos os povos reais conhecimentos e usufruirmos de todos esses direitos.

Por sua vez, Paulo Bonavides (2009) defende nesta geração o direito à democracia, à informação e ao pluralismo político, com respeito as diferenças socioeconômicas, político-religiosa nas quais as partes estão inseridas, sob a perspectiva de que desta salvaguarda de direitos estaria e dependeria a concretização da sociedade aberta do futuro, dentro do espírito de relações de convivência entre todos os povos.

Os direitos de quinta geração corresponde ao direito à paz, em que todos os povos têm o direito à vida pacífica em todos os lugares do mundo.

Bonavides (idem) justifica sua posição nesta geração de direitos consubstanciada em razões históricas e atuais ao direito fundamental à paz, afirmando a necessidade de criar e promulgar o direito à paz enquanto direito de quinta geração. Com isso, a sociedade teria condições de julgar e punir os terroristas, os criminosos de guerras e encarcerar torturadores, mantendo invioláveis as bases do pacto social, estabelecendo e conservando, de forma intangíveis, às regras de princípios e cláusulas da comunidade política internacionais.

Por fim, o direito de sexta geração, denominados de direito fundamental à água potável, defendido por Boaventura de Souza Santos (2001), onde sua preocupação vincula-se ao fato da “desertificação e a falta de água potável são os problemas que mais vão afetar os países de Terceiro Mundo na próxima década. Um quinto da humanidade já não tem hoje acesso à água potável”, justifica.

Nesse sentido, não somente caberá ao Estado, mas de forma solidária todos são chamados para a salvaguarda desse direito fundamental à água potável, com vista as gerações presentes e futuras, bem como evitar o desperdício e buscando alternativas para o reuso da mesma, enquanto parte integrante do Planeta hoje.

Na ordem constitucional brasileira há um rol de proteção aos direitos fundamentais, prevendo os direitos de primeira, segunda e terceira gerações, exemplificando-se. Os direitos de primeira e segunda gerações ou dimensões estão descritos no Título II, da Constituição Federal de 1988, tutelando os direitos e garantias fundamentais, representando os direitos e deveres individuais e coletivos, previstos no Capítulo I, os artigos 5º, da CF/88.

Os direitos de terceira geração ou dimensão estão descritos nos artigos 4º, da CF/88, em que a:

República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;

- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Nesse sentido, o artigo 5º, §§3º a 4º, da CF/88, disciplina que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, após aprovação do Congresso Nacional, são equivalentes às emendas constitucionais. Assim como, o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

No artigo 225, da CF/88, Capítulo VI, a proteção ao meio ambiente “ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, finaliza o disposto constitucional.

2 QUESTÕES PRINCIPIOLÓGICAS: BREVE INTRODUÇÃO

Partindo do princípio da convivência das liberdades públicas, o direito à vida significa a inviolabilidade de proteção à vida, não apenas de sobreviver, de continuar vivo, mas é um direito à vida com dignidade previsto no artigo art. 1º, III, da Constituição Federal, quando menciona que um dos princípios fundamentais constitucionais é a dignidade da pessoa humana, além da soberania e a cidadania, constituindo-se em Estado Democrático de Direito.

Desse modo, o direito à vida não é direito absoluto, pois encontra limites em outros direitos que são tutelados pela CF/88.

Vê-se que o direito à vida previsto nos artigos 5º, XLVII e 84, XIX, da CF/88 abordam:

Art. 5º. [...]

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX [...]
- b) de caráter perpétuo;

- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis; [...]

Art. 84, XIX:

[...]

XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional [...].

Nesse sentido, o direito à vida retrata esse valor jurídico mais importante, com relatividade no momento que prevê a possibilidade de pena de morte em caso de guerra declarada, demonstrando que o legislador constituinte atribui a soberania/segurança nacional é mais importante que o direito à vida de algumas pessoas, em tempos de guerra.

Percebem-se que os princípios constitucionais são normas de natureza estruturante de toda a ordem jurídica que legitimam o próprio sistema, consagrando enquanto valores culturalmente fundantes da própria sociedade.

Miguel Reale (1991, p. 299) define princípios como: “[...] são certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”, onde estes enunciados lógicos evidentes ou comprovadas, seja por questões práticas, como pressupostos exigidos pela pesquisa e pela práxis.

De Plácido e Silva (1991, p. 447) descreve que: “os princípios são o conjunto de regras ou preceitos que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando a conduta a ser tida em uma operação jurídica”.

Orlando Gomes (1998) ao mencionar princípios descreve como “diretrizes ou forças propulsoras do desenvolvimento da ordem jurídica”.

Segundo Clóvis Beviláqua (1999) os princípios são “elementos fundamentais da cultura jurídica humana”, tendo como fundamentais devido a sua indispensabilidade na elaboração e aplicação do Direito.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1981) aborda os princípios em geral dessa forma:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das

diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

A questão apresentada por Mello (idem) prescinde na base de que os princípios representam na estrutura do sistema jurídico positivo, tendo em vista as particularidades e a conexão uniforme no que tange o alicerce nuclear do mesmo.

José Joaquim Gomes Canotilho (2002) menciona que os princípios jurídicos fundamentais são “os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”. Na essência distintiva resultante são os princípios que possuem compromisso com a ciência e sua não observância causaria ruptura no sistema jurídico positivo.

Robert Alexy (1997) afirma que *“sólo una teoría de los principios puede conferir adecuadamente validez a contenidos de la razón prctica incorporados al sistema juridico en el más alto grado de jerarquia y como derecho positivo de aplicación directa”*². Nesse sentido, revela Alexy (idem) a necessidade da teoria dos princípios adequada ao direito democrático e sua aplicabilidade justa.

Para Ronald Myles Dworkin (2002) princípios são padrões (*standards*) juridicamente vinculados que possuem raiz na “ideia de justiça”. Vê-se que não se pode pensar nem aplicar o direito sem antes pensar em princípios.

As questões principiológicas devem-se refletir a clássica divisão entre o direito natural e o direito positivo. A corrente jusnaturalista surge com o direito expresso pela razão humana, em que os princípios são metajurídicos, tidos como direitos dos direitos e estão inseridos no sistema jurídico, estando os princípios situados acima dos direitos positivados e ordenamento jurídico. Em outras palavras, podem dizer que o método de sua descoberta é o dedutivo, partindo do universal (razão, lógica) para o particular (leis).

A corrente positiva expressa o direito pelo ordenamento jurídico posto, onde os princípios estão contidos nas leis, tendo como método de sua descoberta o indutivo, partindo do particular (leis) para o universal (razão, lógica).

Assim, ao violar e/ou contariar uma norma no sistema jurídico estaria violando um princípio desse sistema, direta ou indiretamente, na sua essência.

² Tradução livre: “apenas uma teoria dos princípios pode conferir validez adequadamente a conteúdos da razão prática incorporados ao sistema jurídico no mais alto grau de hierarquia e como direito positivo de aplicação direta”.

2.1 VIDA: DIREITO OU DEVER DO SER HUMANO?

A vida vem sendo colocada, ao longo do tempo, em especial depois que a Cultura Judaico-Cristã se tornou hegemônica no Ocidente, como um direito sagrado e inerente ao homem por natureza, não podendo ser objeto de disposição nem mesmo pelo detentor dela.

A doutrina do Direito Natural contribuiu de forma marcante para esta visão. A vida, segundo o Jusnaturalismo de inspiração Cristã, é um direito pré-constitucional, absoluto e inalienável, sendo um legado da Divindade, somente podendo ser por Deus suprimido, no momento em que Ele entender adequado.

A morte é vista como um intruso no processo vital, que deve ser combatida a todo custo e, como não pode ser evitada, procura-se ignorá-la sempre que possível.

Com isso, dentro da cultura ocidental, formou-se uma concepção que encara a morte como um símbolo de fragilidade, buscando-se ocultar a sua ocorrência, mediante a colocação do moribundo em instituições fechadas, nas quais o processo de morrer³ será concretizado longe dos olhos dos demais indivíduos, formando-se em torno da morte um ambiente sob o controle absoluto dos profissionais de saúde.

Sendo a morte um acontecimento que expõe a fragilidade do ser humano, que se submete a uma ocorrência por ele rejeitada ou mesmo ignorada ao longo de sua existência, a formação dos profissionais de saúde na cultura ocidental tende a estimular ao máximo o prolongamento artificial da vida, mesmo quando não há qualquer possibilidade de reversão do quadro clínico do paciente.

Com isso, a morte, de acontecimento natural, torna-se um fardo para o paciente que, não obstante os sofrimentos padecidos, vê-se forçado a manter uma existência indesejada, de sorte que a sua morte se torna algo bastante almejado que, não obstante isso, é inviabilizada por tratamentos médicos inúteis no que se refere a manutenção de vida com qualidade para o enfermo. Nesse contexto, merece transcrição as reflexões de Perales (2009, p. 155)⁴: *“La ciência médica, con los avances tecnológicos como soporte, ha conseguido prolongar la vida de determinados pacientes, hasta el punto de que antes de la muerte biológica se produce una especie de muerte social”*.

³ Denomina-se processo de morrer a fase que vai do surgimento da moléstia até o momento do óbito. Esse processo pode ser antecipado mediante a intervenção de terceiros ou mesmo por ato solitário do indivíduo que, por meio do suicídio, põe termo a sua existência.

⁴ Tradução livre: “A ciência médica, com suporte nos avanços tecnológicos, tem conseguido prolongar a vida de determinados pacientes, até o ponto no qual antes da morte biológica é produzida uma espécie de morte social”.

Logo, aquele bem jurídico que a princípio era um direito que não deveria ser tocado pelos demais, torna-se um dever, um fardo insuportável, que transforma a continuidade do existir em um tenebroso pesadelo, do qual o paciente somente anseia se libertar, mediante um natural processo de morrer.

É preciso, portanto, destacar que a atuação médica sobre o processo de morrer precisa ter limites. Não se pode deixar que os avanços dos conhecimentos médicos, que deveriam somente trazer benefícios para a humanidade, transformem-se em instrumentos de tortura para os que se encontram numa situação de irreversível quadro clínico, sendo a atuação médica capaz apenas de prolongar a inevitável ocorrência do óbito do paciente.

Assim a morte, que no passado era vista de forma mais natural, não raras vezes ocorrendo enquanto o enfermo se encontrava em seu lar, ladeado por amigos e familiares, em decorrência dos avanços dos conhecimentos médicos e de preconceitos de cunho filosófico-religiosos, tem cada vez mais se tornado num acontecimento doloroso, não apenas sob o aspecto físico, mas especialmente sob o psíquico, pois não se pode dizer que o isolamento do enfermo em centros de tratamento intensivo, por longos anos, com prejuízo também para o bem estar dos seus familiares, seja uma conduta aceitável.

A conservação da vida passa a ser um dever, obrigando os profissionais de saúde a se utilizarem de todos os meios possíveis para a manutenção dela, mesmo que a qualidade existencial do paciente esteja profundamente prejudicada. Isso é algo que necessita ser repensado, de forma que as discussões em torno da ocorrência do processo de morrer sejam enfrentadas com seriedade e sem preconceitos.

3 QUESTÕES PRINCIPIOLÓGICAS: A ANTECIPAÇÃO DO PROCESSO DE MORRER⁵

A antecipação do processo de morrer ao longo da história já foi tratada de forma mais natural por alguns agrupamentos humanos. Entre os povos primitivos, os indivíduos enfermos, assim como os débeis e idosos eram sacrificados em rituais não raras vezes bastante violentos. Os celtas, por exemplo, matavam os pais quando estes não mais tivessem serventia, enquanto na Birmânia velhos e deficientes eram enterrados vivos. Entre os esquimós, os parentes com doenças incuráveis eram mortos.

⁵ Este capítulo, em parte, é baseado na obra de Rohe (2004, p. 3-14).

Como as condições de vida eram bastante difíceis nos primórdios, a manutenção de seres improdutivos no meio de grupo social tornava-se um fardo para a comunidade que seria obrigada a dividir o escasso alimento com outros que não se encontram em condições físicas de contribuir com a manutenção de grupo. Dessa forma, o sacrifício dos incapazes era social e economicamente aceitável, uma vez que a subsistência em tempos de escassez de alimentos dependida da contribuição de todos os integrantes do agrupamento humano.

Na Antiguidade, entre os romanos, o suicídio de doentes não somente era permitido, como também era culturalmente estimulado. Na Idade Média, mesmo com toda a influência da Igreja Católica no período, em batalhas, aos soldados **feridos era** entregue, como ato de misericórdia, um punhal para que eles cometessem suicídio. Logo, não era eticamente permitido que um terceiro matasse o combatente ferido, pois isso seria considerado um homicídio. No entanto, não se condenava a entrega dos meios necessários para que o soldado pudesse colocar fim à sua existência.

Durante o regime Nazista na Alemanha, colocou-se em prática o Programa Aktion T4. Baseado nele procedeu-se a eliminação sistemática de deficientes e pacientes incuráveis em nome da higienização social, uma vez que apenas alemães saudáveis poderiam existir na sociedade perfeita idealizada por Adolf Hitler.

Em 1991, o papa João Paulo II publicou a Encíclica “*Evangelium Vitae*”. Por meio dela, a Igreja Católica referendou o comportamento dos seus fiéis que optarem pela renúncia a tratamentos extraordinários, abdicando, com isso, das práticas médicas utilizadas para prolongamento artificial da vida.

A Colômbia, em 1997, por meio de sua Corte Constitucional, abriu uma exceção no Código Penal, isentando de pena aquele que auxilia ou mesmo suprime a vida de um paciente terminal desde que dele tenha o prévio consentimento. Nesse mesmo ano, o Estado de Oregon nos Estados Unidos da América passou a admitir o fornecimento de pílulas para que pacientes terminais possam cometer suicídio, tendo Brittany Maynard, cujo caso foi feito referência acima, utilizando-se desse permissivo legal.

Em 2001, a Holanda editou a primeira lei destinada à regulamentação da eutanásia na atualidade, tendo tal diploma normativo entrado em vigor em janeiro de 2002.

A Bélgica, por sua vez, legalizou a eutanásia também em 2002 sendo que, até 2014, cinquenta e duas pessoas haviam se submetido a eutanásia por questões psicológicas, tal como fez Nathan Verhelst, a quem também foi feita referência anteriormente.

No Brasil, houve a tentativa de regulamentação da eutanásia por meio do Projeto de Lei do Senado nº 125/1996, de forma que, caso tal projeto houvesse sido aprovado, o Brasil teria assumido a vanguarda na regulamentação do tema. No entanto, tal projeto não avançou no processo legislativo, tendo sido arquivado, em definitivo, em 06 de junho de 2013.

Portanto, que as questões envolvendo a antecipação do processo de morrer vem acompanhando a humanidade ao longo da história, já tendo sido encaradas com mais naturalidade em passado distante, sendo que, atualmente, em razão dos avanços dos conhecimentos médicos, tem-se tido mais dificuldades em avançar com serenidade em torno dos pontos envolvendo essa temática.

3.1 CLASSIFICAÇÕES DO TERMO MORTE⁶

O termo eutanásia, cuja origem etimológica advém dos radicais gregos *eu* e *thanatos*, significa boa morte, tranquila e sem sofrimentos. A doutrina costuma dividi-la em voluntária, quando ela é realizada mediante a manifestação de vontade livre, informada e consciente do enfermo a respeito do processo de morrer; involuntária, se praticada sem o consentimento do enfermo, assemelhando-se, em razão disso, ao homicídio; ativa, quando a abreviação da vida do paciente tem como finalidade mitigar os seus sofrimentos, após um pedido expresso dele ou de seus familiares e passiva, que se dá por meio da omissão de um tratamento imprescindível ao prolongamento da vida do paciente.

Menciona-se, também, a existência da eutanásia de duplo efeito, segundo a qual a abreviação da vida ocorre mediante a utilização de medicamentos que destinados a aliviar as dores do paciente, são aplicados em doses mais elevadas do que o necessário a sua finalidade primária, provocando, em razão disso, a antecipação da morte do enfermo. Como exemplo, pode ser citada a aplicação de dose de morfina em quantidade superior à necessária ao alívio momentâneo das dores do paciente.

Ao lado da eutanásia em suas diversas formas, é apontada a existência da ortotanásia. Ela consiste no processo que conduz a morte natural pela não utilização ou da interrupção de tratamento terapêutico, cuja aplicação ou permanência seria inútil, em face do quadro irreversível do paciente.

⁶ Este Capítulo foi baseado nas obras de Barboza (2014, p. 31-49) e Nóbrega Filho (2010, p. 36-65).

Por outro lado, existe a distanásia, que consiste no prolongamento artificial do processo de morte, com sofrimento do doente, mesmo que os conhecimentos médicos, no momento, não viabilizem qualquer possibilidade de cura.

Já no suicídio assistido, a morte não depende diretamente da ação de terceiro. Ela é consequência de uma ação do próprio paciente, que anteriormente pode ter sido orientado, auxiliado, ou apenas observado por esse terceiro.

Por fim, cabe-nos fazer menção a mistanásia, que ocorre quando o problema de saúde que conduz à morte do paciente não é tratado por uma escolha da sociedade e não do enfermo, em decorrência da prévia opção de uso dos recursos financeiros disponíveis para tratamento de pacientes em melhores condições de retorno a uma vida produtiva.

Existem diversas outras classificações utilizadas pela doutrina para os processos envolvendo a antecipação do processo de morrer. No entanto, reputam-se como suficientes aos propósitos deste trabalho as que foram abordadas acima.

3.2 ABREVIACÃO DO PROCESSO DE MORRER: ALGUMAS REFLEXÕES PRINCÍPIOLÓGICAS

A morte é um acontecimento inevitável na vida dos seres vivos. Por mais que os seres humanos tenham alcançado conquistas em termos de novos conhecimentos, ainda não logrou - e temos sérias dúvidas se um dia efetivamente conseguirá - extirpar a morte como finalização da existência.

Não obstante haja critérios diversos para a identificação do término da vida⁷ e, por consequência, da personalidade jurídica, o Direito Brasileiro, adotou a morte encefálica como parâmetro para declaração de que o sopro vital não mais repousa no indivíduo e a morte pôs fim a sua existência física⁸.

No entanto, os avanços da medicina, acompanhado de significativas melhoras dos indicadores socioeconômicos tem possibilitado procrastinar, às vezes por muitos anos, o momento em que a temida morte põe fim a existência do ser humano.

⁷ Cf. Blanco (1997, p. 16-20) e Niño (2005, p. 73-79)

⁸ Cf. redação do artigo 3º, da Lei nº 9.434/1997: “A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina - destacamos”.

O problema surge, todavia, quando a procrastinação do momento da morte ocorre mediante a utilização e recursos médicos, sem que o indivíduo tenha, por outro lado, qualidade de vida. Isso ocorre, por exemplo, quando em decorrência de uma moléstia grave ou de um acidente, o enfermo passa a ser mantido em estado vegetativo por longos anos, sem ter, sequer, consciência de que ainda se encontra vivo.

Com isso, uma existência, que não tem mais qualquer sentido ou prazer é mantida, com sérios danos para a dignidade do paciente e de seus familiares, que são obrigados a manter o fardo sentimental e, mesmo econômico, em torno de um ente querido que, de fato, não mais existe, estando, apenas, submetido ao processo moderno de mumificação dentro de uma instituição hospitalar. Isso porque, não existe diferença efetiva entre, embalsamar o corpo de alguém e negar-lhe o direito de sepultura e mantê-lo dentro de um hospital submetido à respiração artificial, negando-lhe, com isso, o direito de finalização dos seus sofrimentos, mediante o término do processo de morrer⁹.

É preciso que se leve sempre em consideração que, segundo Barbosa (2010, p. 47): “a dignidade da vida deve prevalecer sobre a sacralidade da vida, princípio de origem religiosa”. E, [...] “para ser digna, a vida há de ter qualidade. A avaliação da qualidade deve ser feita, preferencialmente, por aquele que está sob intenso sofrimento”.

Além disso, a inviabilidade da manutenção da vida não ocorre apenas nas situações em que o paciente se encontra em estado vegetativo. Nesses casos, o indivíduo sequer tem condições de decidir a respeito da continuidade ou não do tratamento médico que se encontra sendo-lhe ministrado, ficando aos parentes mais próximos o encargo de por ele decidir pelo prosseguimento (ou não) do tratamento.

Existem casos e, não são poucos, em que o paciente se encontra em plenas condições de decidir a respeito da terapia médica a que deseja ser submetido (ou não), embora já seja paciente de uma moléstia no momento incurável pela medicina, cujas perspectivas de futuro são bastante sombrias, tal como ocorria no caso da americana Brittany Maynard, a quem já mencionando anteriormente.

Talvez nesses casos em que o paciente ainda tem uma certa qualidade de vida, seja ainda mais difícil a aceitação ética da antecipação do processo de morrer. No entanto, é imprescindível que se tenha em mente que cada ser humano deve ser livre para decidir o seu futuro. Não é possível que um terceiro, que não se encontra vivenciando o drama do indivíduo

⁹ Como bem assinala Blanco (1997, p. 20-22), embora a morte seja um evento único, ela é antecedida de um processo, composto pelo conjunto de modificações biológicas que ocorrem no organismo vivo antes da ocorrência da morte.

portador de uma moléstia incurável, com perspectiva de intenso sofrimento no futuro, sintá-se no direito de decidir pelo enfermo. Se a vida humana não é propriedade de ninguém, cabe pelo menos a quem a vive decidir se deseja ou não levar adiante a sua existência.

Como bem lembrou Rosa (2010, p. 53):

A dor, parece, atualmente como uma injustiça, intolerável culturalmente... parece que se construiu uma ilegitimidade total da dor. Entretanto, e, em regra, esquece-se que o sentimento perante a dor é individual e se arregimenta um movimento coletivo de a evitar, a qualquer custo, mesmo contra a vontade do sujeito reduzido a objeto. Coloca-se, assim, o sujeito numa posição de objeto incapaz de decidir, de se deixar levar, de ceifar a existência, de dizer chega! Parece que ele não pode mais decidir sobre o fim de sua cadeia prolongada, enfim, de que a dor precisa, necessariamente, ser extinta, extirpada, consumida, prolongada, talvez, quem sabe, no gozo inconsciente de sentir o outro agonizando. Despreza-se o sujeito em nome do discurso de que a vida precisa ir adiante... O sujeito é tolhido de sua liberdade pelo mito coletivo, nas mãos do saber médico especializado, e a um custo econômico muitas vezes absurdo.

A antecipação do processo de morrer precisa levar em consideração a dignidade do enfermo e o direito de cada ser humano poder se autodeterminar. Sem isso, o ser humano deixa de ser sujeito de direitos e passa a ser um mero objeto, exposto às vicissitudes das imposições sociais e da vontade alheia, submetendo-se a padecimentos aos quais ele não pode renunciar, mesmo que disponha de meios para isso.

4 CONFRONTOS PRINCIPIOLÓGICOS ENTRE O DESEJO DE ESCOLHA DE VIVER E O DE MORRER

Vê-se que há uma relação profunda interligando os princípios fundamentais e os direitos fundamentais, em que os conceitos se relacionam e sua diferença encontra-se no alcance ou abrangência em ambos.

Os princípios são amplos que governam a lógica do ordenamento jurídico, estabelecendo diretrizes a regulamentar os enunciados. Embora não sejam idênticas as afirmações doutrinárias, por mais que a doutrina possa ter funções integrativas no tocante às lacunas legislativas, há doutrinas que assumem posições favoráveis e outras divergentes a determinado tema.

Quando há o confronto principiológico entre o desejo de escola de viver e o de morrer perpassam pelos princípios que são valores ético-políticos, refletindo a sociedade em que se situam e de aplicabilidade aos seus cidadãos.

Assim, alguns países podem ter normas que resolvam esses confrontos de escolha, outros, porém, podem optar por outras estratégias de enfrentamento desses problemas reais.

4.1 FORMAS DE EXPRESSÃO DO DESEJO DO PACIENTE

A manifestação de vontade do paciente terminal pode ser expressa, basicamente, por meio de dois instrumentos jurídicos nos países que recepcionam, em seu ordenamento legal, a validade do desejo de antecipação do processo de morrer. São eles: o consentimento informado¹⁰ e o testamento vital¹¹.

Por meio do consentimento informado, são prestadas ao paciente ou aos seus familiares, todas as informações relativas à gravidade da moléstia, bem como expectativa de sobrevida, deixando ao enfermo ou, em caso de impossibilidade de manifestação dele, aos seus familiares mais próximos, a decisão a respeito de qual atitude tomar em relação ao tratamento da moléstia.

No Brasil, como os processos de antecipação da morte, em especial aqueles que demandam a intervenção de um terceiro (como na eutanásia ativa), são ilegais, o consentimento informado não se presta a tomada qualquer decisão pelo enfermo ou seus familiares. É possível, apenas, recusar tratamentos de cunho mais invasivos, como procedimentos cirúrgicos, por exemplo.

Outro instrumento jurídico possível de utilização seria o testamento vital¹², também conhecido como testamento biológico ou *living will*. Tal instrumento constitui-se na declaração e vontade de uma pessoa a respeito de como deseja ser tratada quando não mais puder manifestar o seu desejo, objetivando influir numa determinada forma de tratamento ou, simplesmente, de não tratamento.

¹⁰ Interessantes estudos a respeito do consentimento informado foram desenvolvidos por Cecchetto (s.d, p. 91-116) e Llorens y Brandi (s.d, p. 117-134).

¹¹ Cf. Rodriguez-Arias (2005).

¹² Embora não seja mencionado em qualquer diploma legal no ordenamento jurídico brasileiro, o testamento vital, denominado como diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, consta da Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina, de forma que os médicos que atenderem a manifestação de desejo do paciente com base em tal instrumento, não cometerão infração ética, desde que não violem a vedação de procedimento de cunho ativo voltado a antecipação do processo de morrer.

O testamento vital, por natureza, somente pode ser produzido pelo próprio paciente, quando ainda se encontra em pleno gozo de suas faculdades mentais, tendo condições de decidir livremente. Não é dada a sua utilização por parentes, uma vez que, sendo testamento peculiar, somente o destinatário dos seus efeitos, no caso, o próprio enfermo, pode produzi-lo.

Assim como ocorre no consentimento informado, não é possível ao autor do testamento vital, no Brasil, pleitear uma antecipação do processo de morrer mediante uma intervenção ativa de terceiro. Somente lhe é possível recusar determinadas formas de tratamento, em especial, aqueles de cunho mais invasivos.

No entanto, existe uma diferença fundamental entre o consentimento informado e o testamento vital. No primeiro, a manifestação de vontade somente ocorre quando a moléstia terminal já se encontra instalada no paciente, sendo as informações a respeito dela prestadas, geralmente, pela equipe médica responsável pelo cuidado do enfermo. Já no testamento vital, não existe a necessidade de que, quando de sua elaboração, o indivíduo se encontre acometido de qualquer moléstia, podendo ele, em pleno gozo de sua saúde, externar o desejo de como gostaria de ser tratado caso venha a ser acometido, no futuro, por uma moléstia grave, que o impossibilite de expor o seu desejo, mediante o consentimento informado. Tal registro, embora não haja previsão na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina, pode ser registrada em Cartório e entregue a guarda de parente ou pessoa de confiança do autor, para fins de utilização se ele não tiver condições de comunicar a sua vontade a equipe médica que dele venha a cuidar no futuro.

Portanto, o paciente terminal, dentro das limitações do ordenamento jurídico que veda os procedimentos ativos de antecipação do processo de morrer no Brasil, pode se utilizar do consentimento informado ou do testamento vital, para renunciar procedimentos médicos de cunho invasivo, voltados a uma protelação, geralmente, acompanhados de muito sofrimento, de uma morte inevitável.

4.2 POSIÇÕES FAVORÁVEIS E CONTRÁRIAS À ANTECIPAÇÃO DO PROCESSO DE MORRER

O princípio fundamental constitucional previsto no artigo 1º, III, da CF/88 disciplina a proteção e salvaguarda da dignidade da pessoa humana, dentro do Estado Democrático de Direito, revelando que no princípio da convivência das liberdades públicas, o direito à vida significa a inviolabilidade de proteção à vida, não apenas de sobreviver, de continuar vivo.

Por sua vez, reflete que nem o direito à vida, valor jurídico mais importante e presente na Constituição Federal não é absoluto, haja vista que o artigo 5º., XLVII, dispõe sobre a possibilidade de pena de morte em caso de guerra declarada. Havendo um confronto principiológico entre o direito de viver e o de morrer, em caso de guerra, a soberania e/ou segurança nacional tem primazia em detrimento ao direito à vida de algumas pessoas.

Hã, ainda, outra hipótese de violação de direito à vida, quando há confronto com a liberdade religiosa, por exemplo, (testemunhas de Jeová). Situação esta que os membros desta religião não aceitam transfusão sanguínea nem transplantes de órgãos ou tecido entre si ou de terceiros. No caso concreto há conflitos de interesses em que o princípio do direito à vida tem esta relatividade, com posições favoráveis e contrárias à antecipação do processo de morrer, quando a pessoa encontra-se em estado terminal.

A antecipação do processo de morrer é um tema bastante controverso, existindo respeitáveis argumentos favoráveis e contrários a essa conduta. Os que defendem a sua legitimidade ética sustentam que é necessário respeitar a autonomia do paciente e de seus familiares.

Nessa linha de argumentação, defende-se que apenas quem se encontra submetido ao sofrimento tem o direito de se posicionar, validamente, a respeito da manutenção ou não de sua existência. Como já foi ressaltado, o sofrimento é individual, tendo cada ser humano uma forma diferenciada de lidar com ele. Assim, não é legítima a construção de um modelo-padrão de comportamento social a ser respeitado por todos, uma vez que os seres humanos não são padronizados, quer pelo aspecto físico, quer pelo psíquico.

Além disso, os defensores da antecipação do processo de morrer sustentam que a vida e a morte devem ser encaradas como partes complementares de um mesmo processo, sendo a morte o ponto final da existência, do qual o ser humano não pode se furtar. Portanto, sendo a vida finita, não há como se livrar da morte, que inevitavelmente alcança a todos que um dia vieram a existir.

É preciso, por consequência, que se dissemine na cultura, em especial do Ocidente, que a morte não é algo evitável. Ela faz parte do ciclo existencial de todos os seres humanos e cabe a cada um escolher a forma mais digna de recepcioná-la.

Outra questão levantada pelos defensores da legitimidade ética da antecipação do processo de morrer diz respeito aos interesses econômicos envolvidos no prolongamento artificial da vida. Ele, muitas vezes não beneficia o enfermo ou seus familiares. Ao contrário, presta-se, apenas, ao fomento da lucratividade de instituições de saúde e prestadores de

serviços que gravitam em torno delas, auferindo lucros acentuados com a prestação de serviços de saúde dispendiosos que, embora possam prolongar a vida do paciente, fazem-no sem garantir qualquer qualidade no existir.

Já os argumentos colocados contra a legitimidade ética da antecipação do processo de morrer são baseados, normalmente, em valores de origem religiosa. Assim, a vida é colocada como um bem supremo, não estando, por consequência, na esfera de disposição do seu titular ou familiares.

Defende-se, nesse mesmo sentido, que o ser humano não pode retirar aquilo que ele não se consegue outorgar. Logo, como ele não pode produzir a vida, da mesma forma não lhe é dado eticamente o direito de suprimi-la.

Argumentam, ainda, os que se opõem a antecipação do processo de morrer que ela pode ocultar interesses econômicos, como o anseio de acesso à herança, libertação de custos com tratamentos de saúde, podendo, ainda, servir ao fomento de tráfico de órgãos.

Os argumentos colocados contra a antecipação do processo de morrer não parecem consistentes o bastante. Senão, observe-se no sentido de que a sacralização da vida, colocada como o bem supremo, que não pode ser objeto de disposição pelo titular, encontra-se imerso em valores religiosos, que não são, necessariamente, compartilhados por toda a humanidade. Quando se lida com valores, não existem aqueles que são melhores ou piores do que os outros. A postura de se afirmar que um determinado arcabouço axiológico é superior aos demais demonstra intransigência e falta de respeito com os demais seres humanos, sendo uma postura autoritária que não deve receber a chancela de qualquer ordenamento jurídico que se considere democrático.

O argumento de que o ser humano não pode retirar aquilo que não se pode outorgar, também não impressiona. Isso porque, o indivíduo não é objeto da vida, ele precisa ser encarado como sujeito, não podendo, por consequência, ser obrigado a suportar uma existência de sofrimento, sob um pesado fardo por imposição externa, pois se o homem não pode se outorgar a vida, ele também não pediu para existir e não pode ser compelido a levar adiante uma existência na qual ele não vê mais qualquer sentido ou perspectiva de prazer.

Assim, entende-se que o homem é livre para dispor de sua existência. Qualquer interferência do Estado ou de grupos religiosos é ilegítima e autoritária, uma vez que cabe ao

indivíduo escolher a forma como deseja viver ou mesmo não viver, podendo lhe ser imposto, apenas, a renúncia a comportamentos que interfiram na vida dos demais seres humanos¹³.

Pode-se dizer que o homem é parte de uma coletividade, de forma que a sua existência pertence ao grupo e não somente a ele. Esse posicionamento não pode ser considerado legítimo, pois se encontra contaminado por uma visão totalitária de Estado, na qual o indivíduo, de forma particular, pouco interessa, uma vez que ele é visto apenas como uma peça na engrenagem social, o que anula por completo a sua individualidade, transformando-o em objeto de um bem estar coletivo, que não tem qualquer preocupação com a sua felicidade individual.

Quanto ao argumento de que a antecipação do processo de morrer pode ocultar interesses econômicos de terceiros, que almejam, por exemplo, o acesso imediato à herança ou libertação de custos financeiros com tratamentos médicos, parece o mais frágil de todos.

Isso porque, ele coloca o sofrimento do indivíduo como subalterno a interesses econômicos. A herança, sendo um direito, cedo ou tarde, será transmitida aos sucessores, pois a morte, embora possa ser postergada, é inevitável. Quanto aos custos financeiros com procedimentos médicos, a manutenção da vida sem qualidade ou prazer em decorrência de uma moléstia incurável, não pode se tornar em fonte de enriquecimentos de profissionais de saúde, com o prolongamento de um estado de sofrimento que eles não podem fazer cessar.

No que se refere a um possível estímulo ao tráfico de órgãos, esse perigo pode muito bem ser evitado, caso seja delegada a uma equipe médica e não a um único profissional, a responsabilidade por informar ao paciente o seu real estado clínico e acolher as instruções dele ou dos seus familiares a respeito de como deseja ser tratado. Além disso, a possibilidade da ocorrência de ilícitos não pode relegar o ser humano a um estado de lastimável sofrimento que ele não mais deseja que perdue, pois é responsabilidade do Estado se municiar de mecanismos para combater a criminalidade.

Logo, diante de uma moléstia incurável, somente o paciente, ou, na impossibilidade dele, os seus parentes mais próximos, pode decidir se deseja levar adiante ou não a sua existência. Qualquer interferência do Estado, de grupos religiosos ou filosóficos, é autoritária, pois não há nada que assegure que os seus valores são melhores ou superiores aos do enfermo.

¹³ Dias (2012, p. 209-217) também defende ser inadmissível o paternalismo do Estado que impede o ser humano de decidir livremente os rumos que deseja dar a sua existência. Além disso, sustenta com base numa ponderação entre o direito à vida e o direito à liberdade, guiada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, ser possível extrair a existência de um direito constitucional à morte digna, que obstará a vigência do artigo 121, §1º, do Código Penal, nos casos em que o médico agir a pedido do paciente, propiciando-lhe meios que antecipem a morte, como forma de mitigar-lhe o sofrimento.

Apenas uma postura de arrogância e presunção pode respaldar uma visão contrária, uma vez que valores contra valores constitui um confronto de resultado nulo, pois não existe, em termos empíricos, nenhum valor superior aos demais, haja vista que todos são meros produtos da cultura.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As questões principiológicas abordadas no trabalho refletem que os direitos fundamentais são relativos e passíveis de limitação e restrição, sejam por outros direitos ou por restrição legal. Porém, essas restrições também são limitadas, de acordo com a teoria dos limites dos limites, admitindo-se a restrição de direitos fundamentais, haja vista o caso concreto e sua razoabilidade perquirida.

Por sua vez, havendo a necessidade de proteção ao núcleo essencial de um direito fundamental, no que tange à proporcionalidade das restrições impostas a ele, evitaria que o legislador ordinário conseguisse esvaziar o conteúdo daquele direito, sem a observância dos princípios fundamentais essenciais contidos no presente disposto.

Nesse particular, a vida do indivíduo a ele pertence e não ao Estado ou a comunidade na qual ele vive. Portanto, apenas a ele cabe decidir os limites do sofrimento que se encontra disposto a padecer em decorrência de uma doença terminal ou até mesmo em face de problemas psíquicos graves, como no caso do belga Nathan Verhelst, a quem foi mencionado no início da exposição. Ao Estado, bem como aos profissionais de saúde, compete somente fornecer todas as informações possíveis ao enfermo a respeito da moléstia da qual ele padece, deixando a ele a responsabilidade por decidir o rumo que dará à sua existência.

Além disso, julgar as pessoas que decidem pela prática de uma das formas de antecipação do processo de morrer, quando não se está vivenciando o mesmo problema que elas, não parece ser uma conduta correta. É necessário aprender a respeitar as decisões individuais, especialmente quando elas se referem a aspectos da intimidade pessoal.

A interferência de grupos religiosos ou defensores de filosofias diversas nas questões legislativas do Estado é algo que deve ser repudiado, pois não se pode aceitar a imposição de uma visão de grupo como se ela fosse compartilhada por toda a coletividade. Essa postura é autoritária e não deve ser aceita num Estado Democrático de Direito.

Cabe ao Estado fornecer o suporte necessário para que os indivíduos que decidirem antecipar o processo de morrer, proporcionando da maneira mais suave e indolor possível. Trata-se de um tipo de decisão que não cabe ao Estado julgar, mas tão somente respeitar, ao mesmo tempo em que lhe compete fornecer os mecanismos para que ela seja atendida de maneira exitosa.

Por mais que ocorram confrontos principiológicos e normativos envolvidos, há de um lado os direitos, que correspondem a prerrogativas indispensáveis ao ser humano e à sociedade, que são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, tidas como disposições meramente declaratórias que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos. Do lado oposto, há as garantias, que são instrumentos e ferramentas jurídicas para assegurarem a realização desses direitos a todo e qualquer ser humano. Nesse viés, cabe atentar ao caso concreto e a devida resolução no tempo e no espaço, refletindo a sociedade em que se situam e de aplicabilidade aos seus cidadãos.

Consequentemente, entende-se que concordar ou não com a antecipação do processo de morrer de uma pessoa em estado terminal, com visto nos princípios e direitos fundamentais não deixa de ser é uma questão individual. Aqueles que não concordam com a prática, que nunca dela se utilizem. No entanto, não devem se achar melhores do que os indivíduos que decidem de forma contrária, pois sua visão de mundo não é melhor nem pior do que as demais. É apenas uma visão principiológica e de direitos fundamentais envolvidas, como outra qualquer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Robert Alexy (1997). *El concepto y la validez del derecho* . 2 ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

BARBOZA, Heloísa Helena (Orgs.). **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 51-55.

_____. Autonomia em face da morte: alternativa para a eutanásia?. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloísa Helena (Orgs.). **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 31- 49.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria Geral do Direito Civil**. Campinas: RED Livros, 1999.

BLANCO, Luis Guillermo. *Muerte digna: consideraciones bioético-jurídicas*. Buenos Aires: AD-HOC S. R. L., 1997.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BRANDI, Nelly A. Taiana de; LLORENS, Luis Rogelio. *El Consentimiento informado y la declaración previa del paciente*. In. BLANCO, Luis Guillermo (Org.). **Bioética y Bioderecho: cuestiones actuales**. Buenos Aires: Editorial Universidad, s.d.

BRASI. **Constituição Federal do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2015.

CALLIGARIS, Contardo. Eutanásia para menores? **Folha de São Paulo**, São Paulo, 27 mar. 2014. Colunistas. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/contardocalligaris/2014/03/1431214-eutanasia-para-menores.shtml>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CECCHETTO, Sergio. *Consentimiento informado: antecedentes históricos, oscuridades terminológicas y escollos de procedimiento*. In. BLANCO, Luis Guillermo (Org.). **Bioética y Bioderecho: cuestiones actuales**. Buenos Aires: Editorial Universidad, s.d.

DIAS, Roberto. **O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia**. Belo Horizonte: fórum, 2012.

DWORKIN, Ronald Myles. **Levando o direito a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MORRE nos EUA jovem com câncer que planejou seu suicídio assistido. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 03 nov. 2014. Mundo. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/11/1542393-morre-nos-eua-jovem-com-cancer-que-planejou-seu-suicidio-assistido.shtml>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

NIÑO, Luis Fernando. *Eutanasia: morir con dignidade*. Buenos Aires: Universidad S. R. L., 2005.

NÓBREGA FILHO, Francisco Seraphico Ferraz da. **Eutanásia e dignidade da pessoa humana: uma abordagem jurídico-penal**. 2010. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2010.

PERALES, Enrique Bonete. *Repensar el fin de la vida: el sentido ético de morir*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2009.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

RODRÍGUEZ-ARIAS, David. *Uma muerte razonable: testamento vital y eutanásia*. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, 2005.

RÖHE, Anderson. **O paciente terminal e o direito de morrer**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

ROSA, Alexandre Morais da. **As fronteiras público-privadas da dor: entre o direito e a obrigação de viver**. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** 3. Ed. São paulo: Cortez, 2001.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.