I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ILTON GARCIA DA COSTA

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa

Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-061-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O I Evento Virtual do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa que ocorreu nos dias 24, 25, 26 27, 29 e 30 de junho de 2020, cujo tema foi: CONSTITUIÇÃO, CIDADES E CRISE

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum ao 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 com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II, coordenado pelos professores Lucas Gonçalves da Silva e Ilton Garcia Da Costa foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, 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 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.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1 - POSSÍVEIS RESTRIÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AO JUDICIÁRIO A PARTIR DA LEI Nº 13.467/17.

2 - PERSPECTIVAS DO DIREITO DE REUNIÃO E MANIFESTAÇÃO ANTE AS JORNADAS DE JUNHO

3 - NOVOS DIREITOS E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: UMA REFLEXÃO A PARTIR DO OLHAR CRÍTICO DE ENRIQUE DUSSEL

4 - O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL (ECI) NA REALIDADE BRASILEIRA: VIOLAÇÕES SISTÊMICAS E FALHAS NA SAÚDE.

5 - O HABEAS DATA COMO TUTELA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

6 - O DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO E A VEDAÇÃO ÀS DECISÕES SURPRESA: SERÁ QUE OS TRIBUNAIS BRASILEIROS SURPREENDEM?

7 - O DIREITO À HONRA POST MORTEM: LIMITAÇÕES E AVANÇOS NO DIREITO BRASILEIRO A LUZ DA GESTÃO DE CONFLITOS

8 - DIREITO AO ESQUECIMENTO: O PANORAMA EUROPEU E O SEU RECONHECIMENTO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

9 - LEI DE DEUS E LEI DOS HOMENS: EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E DEVER CRISTÃO.

10 - INTERVENÇÃO ESTATAL E A PROTEÇÃO DOS INTERESSES DO MENOR NA CESSÃO DO DIREITO DE IMAGEM – UMA ANÁLISE A PARTIR DA DICOTOMIA LIBERDADE VERSUS PROTEÇÃO

11 - ALGUMAS QUESTÕES SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A DEFESA DA SEGURANÇA NACIONAL NO BRASIL

12 - DA EVOLUÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

13 - DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE VERSUS SEGURANÇA PÚBLICA: PONDERAÇÃO DE VALORES E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO SOLUÇÃO PARA O CONFLITO

14 - A ESCUTA PROTEGIDA COMO FERRAMENTA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL

15 - DEMOCRATIZAÇÃO E PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ERA TECNOLÓGICA – ANÁLISE DOS SITES VOTENAWEB E E-DEMOCRACIA

16 - A ORTOTANÁSIA COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

17 - A LEGITIMIDADE DO EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA

18 - A BIOGRAFIA NÃO AUTORIZADA DE SUZANE VON RICHTHOFEN: UMA ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

19 - O RECONHECIMENTO DA INCLUSÃO DIGITAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO BRASIL

20 - PRIMAZIA DO VALOR DA DIGNIDADE HUMANA FRENTE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUANDO DA SUA COLISÃO COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II também proporcionou um entoado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisados das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar do grupo de trabalho e da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa - UENP

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A ORTOTANÁSIA COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

ORTHOTANASIA AS A MECHANISM FOR CONCRETIZATION OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

Dalvaney Aparecida de Araújo [1]
Maria Aparecida Alves [2]

Resumo

Refletir sobre os limites da vida e o direito à morte digna implica numa complexa ponderação sobre ética e moral. Nos casos de pacientes terminais, cuja morte é iminente,a discussão se torna ainda mais complexa, já que o prolongamento da vida deles por meio de aparelhos, provoca dores e sofrimentos desnecessários. A morte é iminente nesses casos. Nessas situações, o paciente deveria ter respeitada sua autonomia privada e, como pessoa humana, ter o direito à escolha de não ter sua vida prolongada. A pesquisa teórico-bibliográfica baseou-se no método dedutivo hipotético numa abordagem crítico-comparativa.

Palavras-chave: Palavras-chave: morte digna, Ortotanásia, Distanásia, Dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

Reflecting about the limits of life and the right to a dignified death implies in a complex reflection on ethics and morality. In the case of terminal patients, whose death is imminent, the discussion becomes even more complex, since the prolongation of their lives by means of apparatus causes unnecessary pain and suffering. Death is imminent in such cases. In these situations, the patient should had your private autonomy respected and, as a human person, have the right to choose not to have his life prolonged. The theoretical-bibliographic research was based on the hypothetical deductive method in a critical-comparative approach.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: dignified death, Orthothanasia, Dysthanasia, Dignity of human person

[1] Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna/MG.

[2] Advogada, Mestranda na Universidade de Itaúna-MG (UIT).

1. **INTRODUÇÃO**

Os limites da vida retratados em pacientes terminais, os quais se encontram respirando por meio de aparelhos artificiais, privados de sua consciência e submetidos a uma condição de degradação humana, abrem caminhos para as discussões sobre a dignidade humana. São inúmeras as controvérsias, dúvidas e angústias dos agentes envolvidos, os quais tem que lidar com a fatídica realidade da morte.

A eutanásia, embora não constitua uma prática recente, vem ganhando espaços em virtude das revoluções tecnológicas do século XX. A sociedade evoluiu em conhecimentos, mas não consegue lidar com questões rudimentares como a necessidade de se garantir uma vida digna no curso natural da morte para pacientes terminais. Não há humanização na sociedade. Luta-se pela vida obsessivamente e daí surgem os questionamentos sobre a ética e a moral desses tratamentos cujo fim limita-se ao prolongamento da existência desses indivíduos na terra.

Por certo que as descobertas e avanços tecnológicos são importantes para a evolução da humanidade. Contudo, o objetivo dessas práticas deveriam ser a qualidade de vida da pessoa humana e não instrumentos que ferem a dignidade dele, já que enquanto direito inerente à personalidade humana, a dignidade reflete um direito fundamental que deve ser respeitado no curso natural da vida dos pacientes terminais. A adoção de mecanismos nesse ínterim deve trazer perspectivas que possam garantir a felicidade e a plenitude para essas pessoas e o prolongamento da vida de modo artificial pode apenas redundar em mais dores e sofrimentos.

A eutanásia refere-se à ação cujo fim é a retirada da vida do ser humano em virtude de questões humanísticas. Dentre as variações envolvendo a eutanásia aparecem a distanásia e ortotanásia. Ambas apresentam situações antagônicas. A primeira apenas prolonga a vida do paciente artificialmente por meio de métodos paliativos. Trata-se de um tratamento inútil, sem benefícios para a pessoa em sua fase terminal.

A ortotanásia significa a arte de bem morrer cujo objetivo é o resgate da dignidade do indivíduo em seu processo terminal, promovendo-se o bem-estar da pessoa nesse período. Para tanto, quatro princípios da Bioética devem ser analisados: a autonomia, a justiça, a beneficência e a não maleficência. O exame desses mandamentos devem permear as reflexões sociais, jurídicas, acadêmicas, antropológicas sobre esse tema.

Nesse contexto, pretende-se discutir sobre a dignidade humana nos pacientes terminais, evidenciando que a ortotanásia reflete uma morte digna a esses pacientes. O

prolongamento de suas vidas artificiais podem significar apenas a dilação de seu sofrimento, privando-os de viverem seus momentos finais com seus entes de forma feliz, já que estarão entubados em um leito de hospital.

A consciência e a responsabilidade de ceifar esse direito da pessoa acaba por não lhe garantir um mínimo de dignidade em seus últimos momentos de vida. Essa colisão de valores entre o direito ao prolongamento da vida artificial e a morte digna acaba por implicar num sopesamento de valores, prevalecendo-se a dignidade da pessoa humana em seu processo terminal.

Nessa perspectiva, discorre-se sobre a dignidade da pessoa humana e a autonomia privada do paciente terminal, de modo a apresentar a emblemática controvérsia que permeiam esse limite da vida humana para contextualizar a ortotanásia e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro. Por meio da pesquisa bibliográfica foi possível construir análises temáticas e comparativas sobre o tema, partindo-se de uma concepção ampla do princípio da dignidade da pessoa humana em direção a um exame micro da ortotanásia como medida assecuratória da morte digna para pacientes terminais.

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À VIDA

A dignidade da pessoa humana constitui o mandamento base de todo o ordenamento jurídico. Esse princípio irradia os demais uma vez que somente por meio dele se pode concretizar os direitos fundamentais do indivíduo. Trata-se de um princípio que não se restringe a uma declaração ou postulado filosófico. Enquanto mandamento norteador do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana possui natureza dúplice, já que deve ser vista como um postulado normativo, considerando que ela serve para indicar a forma como as demais normas devem ser feitas e aplicadas e, enquanto princípio, nenhuma norma pode feri-lo.

A dignidade humana é inata a cada pessoa, liga-se à essencialidade necessária e íntima de cada indivíduo; inseparável, pois. Possui carácter que embora deva ser respeitado individualmente constitui um bem coletivo. Reflete um conceito ambíguo e ainda em construção, assim como os direitos humanos em si. Sob o viés da filosofia, a dignidade humana liga-se ao antropocentrismo kantiano.

Na percepção kantiana, o homem enquanto centro do universo possui caráter racional e daí vem sua dignidade. O homem constituiu um fim em si mesmo, de modo que a

dignidade deve ser analisada a partir do caso concreto, não se podendo defini-la de maneira global, já que, com a evolução da sociedade, a fórmula homem-objeto poderia não ser suficiente para proteger todas as violações e assegurar proteção eficiente. Em seu entender, deve-se vislumbrar a dignidade, dependendo da relação em que a pessoa era colocada em condições de objeto por vontade própria, sem que a sua dignidade ou sua condição de pessoa fosse ofendida. (KANT, 2003).

No sentido do existencialismo, Sartre (2005) salienta que a existência metafísica do homem constitui princípio e fundamento para a solução de todos os problemas, não podendo, pois, a dignidade ser inata ao ser humano, mas sim constitui um valor em construção. Vale dizer, o homem não se reduz a um determinismo retratando-o em uma coisa, mas sim numa construção que o liga a algo que está por fazer.

Sob essa essencialidade que a pessoa possui a responsabilidade de construir um ideal de vida pessoal e universal, encontrando-se nisso a sua dignidade de ser humano. Assim, como a existência precede a essência, não foi o homem criado por algo divino, sendo o homem livre para definir sua existência. Logo, o homem não possui dignidade por sua condição humana.

Note-se que a dignidade, no tocante à fundamentalidade jurídica, pode ser observada sob três perspectivas diversas. Sob o consenso substantivo, observa-se uma orientação no sentido do direito interno e outra no direito internacional. No caso do direito brasileiro, verifica- se que a dignidade foi alçada ao valor central pelo texto constitucional vigente. No plano internacional, conquanto se discuta quais os meios de proteção da dignidade humana, há certo consenso no que diz respeito dela firmar-se sobre o bem-estar do homem como fim máximo do Estado, que deve reconhecer direitos básicos a seus nacionais. (BARCELLOS, 2011).

A outra perspectiva parte de um conjunto variado de formulações teóricas que congregam dois fatores: a crença de que em uma realidade plural como a contemporânea não é possível apurar consensos materiais e também empregá-los para legitimar decisões que afetem a sociedade política. Nesse contexto, essa legitimação só poderá decorrer da correção e qualidade dos procedimentos por meio dos quais tais decisões são apuradas e não do conteúdo das decisões propriamente ditas. Assim, embora numa lógica diversa, a teoria procedimentalista preconiza que os direitos materiais básicos são pressupostos elementares para a dignidade humana. (BARCELLOS, 2011).

Assim, baseando-se nas condições materiais e na própria fundamentabilidade jurídica, o texto constitucional reconhece eficácia positiva ou simétrica às faixas que

compõem o núcleo da dignidade humana, especialmente a primeira (condições materiais) vislumbradas na exigibilidade da prestação positiva. É que o chamado mínimo existencial compõe as condições materiais básica para a existência do indivíduo, compondo uma fração nuclear que enseja a eficácia jurídica positiva. Isso porque:

> Em primeiro lugar, do ponto de vista jusfilosófica, e para uma sociedade como a contemporânea, que confia nos postulados humanistas e na democracia, a dignidade da pessoa (incluído aí seu aspecto material) constitui o valor mais fundamental. Em segundo lugar, é possível falar de um consenso material acerca da prioridade do homem e de sua dignidade tanto no direito interno especialmente após a Constituição de 1988, como na ordem internacional, ainda que neste último caso, o consenso possa ser apenas teórico em vários pontos. A fundamentalidade jurídica do princípio também pode ser extraída das concepções procedimentalistas (pela qual a legitimidade das decisões decorre da correção do processo deliberativo, já que não é possível apurar consensos matérias abrangentes na sociedade plural, contemporânea), uma vez que se adote como premissa a igualdade dos indivíduos. (BARCELLOS, 2011, p. 292).

Sob a ótica do texto constitucional, a dignidade humana tornou-se, pois, o mandamento fundante da ordem jurídica e a principal finalidade do Estado. Logo, a "a dignidade é um piso vital mínimo imposto pela Carta Magna como garantia da possibilidade de realização histórica e real da dignidade da pessoa humana no meio social." (FIORILLO, 2011, p. 20) .

Sob o resguardo da dignidade encontram-se a segurança, a saúde, a educação e outros direitos elementares que devem ser positivados pelo Estado. Para atender a essa essencialidade, os valores da dignidade vão além da ideia de patrimônio, eles perpassam as dimensões de direitos (em suas quatro gerações) e os ideais de justiça. Ele se funda eminentemente sobre os direitos fundamentais. Enquanto princípio fundamental, a discussão do conceito de dignidade ultrapassa essas gerações de direito, firmando-se como mandamento-base a partir do reconhecimento dos direitos fundamentais alcançados pelos valores idealizados pela população.

Nessa perspectiva, somente se pode garantir a dignidade da pessoa humana, se o indivíduos tiver assegurados seus direitos fundamentais previstos nos artigos 1º,3º e 5º e também os direitos sociais do artigo 6º, todos da Constituição Federal. Isso porque os direitos fundamentais possuem como função e objetivo salvaguardar a dignidade da pessoa humana. Logo, o operador do direito deve tê-lo como base, constituindo ele o principal critério valorativo para garantir a justiça e valores éticos da norma. Assim, esse princípio serve como elemento de proteção aos direitos contra medidas restritivas e como justificativas para imposição de restrições a direitos fundamentais, atuando como limitador desses direito.

Desse modo, a dignidade humana acaba por se impor como um valor absoluto do Estado, mas, enquanto direito fundamental, ele também precisa ter limitações. Decerto que todos os indivíduos possuem dignidade, devendo haver um dever recíproco de cada pessoa à outra. Havendo-se colisão, volta-se ao sopesamento de princípios da teoria de Alexy. Como o princípio da dignidade volta-se aos direitos sociais, a falta de condições materiais mínimas ao homem, prejudica o exercício da liberdade, devendo o Estado não apenas coibi-la, mas proteger ativamente a vida humana, sendo esta a própria razão de ser do Estado. (BARCELLOS, 2011).

Daí implicar na reserva do mínimo existencial, segundo o qual a se a pessoa mediana consegue ter uma vida digna sem precisar do bem em questão, este bem não pertence ao direito da dignidade. Dentre o resguardo desse princípio não envolve apenas bens patrimoniais ou integridade física da pessoa humana, mas, sobretudo, sua integridade moral, sentimental, psíquica. Portanto, faz-se imprescindível a aplicabilidade dessa supernorma, de modo a se garantir eficácia às garantias de inviolabilidade e inalienabilidade da pessoa humana, garantindo-se a existência e morte digna do ser humano, especialmente os pacientes que se encontram em estado terminal.

3. AUTONOMIA PRIVADA E CAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE TERMINAL

A expressão autonomia introduz sentidos de independência, liberdade, autoregulamentação de condutas, autogoverno e autodeterminação. Essa discussão da conformação da autonomia privada no Estado Democrático exige um resgate histórico, pois:

> [...] a questão sobre em que sentido, ou de que maneira, se justificam os "limites" que nós, cidadãos, impomos às nossas vontades que sempre corremos risco de se apresentarem contrapostas. E muito desse discurso jurídico, que é uma marca, inclusive, da Modernidade, se deve à filosofia do Direito e à Filosofia de uma maneira geral, porque acaba sempre resvalando na sempre delicada relação entre Direito e Moral modernos. (CHAMON JUNIOR, 2010, p. 3)

A autonomia fundou-se como um princípio que protegia o indivíduo das ingerências abusivas do Estado em âmbito particular. O liberalismo reunia a sociedade em torno do *laissez-faire*, ou seja, congregava a doutrina econômica, religiosa e política. A fundamentação econômica advinda do ideal de prosperidade, do trabalho livre sem regulação, sem nenhum agente regulador ou interventor. A fundamentação religiosa pauta-se na concepção cristã de

superioridade do homem, ser dotado de direitos naturais e a fundamentação política reside na oposição ao regime feudal em virtude da submissão estremada dos trabalhadores e da opressão.

Esse regime vigorou até o início do século XX, mas no Brasil estendeu-se até 1930. Com isso a autonomia firmou-se como a ideologia máxima do liberalismo. O Liberalismo tentava conciliar a liberdade formal e a segurança, conceitos que alicerçavam as relações privadas da época já que o status não mais se qualificava como promissor, atribuindo-se essa importância ao contrato. Com isso, a vontade, enquanto fonte dos direitos e dos contratos, assumiu sua forma excelsa de exteriorização, consolidando a autonomia da vontade. O objetivo era diferenciar um campo específico de realização da vontade, analisando-se o cenário das relações intersubjetivas de cunho não-público.

Em consequência, a autonomia da vontade passa a exercer uma importante função no modelo jurídico ocidental nos séculos XVIII e XIX. Observa-se, pois, uma nítida relação entre autonomia e negócio jurídico, já que aquela permite aos particulares criarem normas jurídicas. O negócio jurídico viabiliza a materialização da vontade das partes no plano fático, qualificando-se como um instrumento da autonomia privada, uma ferramenta utilizada pelos indivíduos no exercício de suas liberdades e autonomias, com a abstenção do Estado:

A autonomia privada pressupõe a racionalidade da pessoa humana, seus sentimentos e razões sociais de forma que ela possa expressar sua vontade livre, mas ela não se confunde com a autonomia da vontade que retratava os valores do liberalismo burguês. Diferenciando autonomia da vontade e autonomia privada, Amaral sustenta que:

> [...] quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada. Autonomia da vontade, como manifestação de liberdade individual no campo do direito, e autonomia privada, como poder de criar nos limites da lei, normas jurídicas, vale dizer, o poder de alguém dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, diversa, mas complementarmente ao ordenamento estatal. (AMARAL, 1988, p. 10).

A autonomia da vontade como reflexo do individualismo liberal e por constituir uma categoria própria do direito obrigacional, não mais se sustentava com a implementação do Estado Social. Isso porque a vontade não detinha o mesmo *status* de outrora ante a proteção da parte considerada hipossuficiente e o respeito aos direitos da personalidade. A hermenêutica pressupunha que o Direito deveria analisar a manifestação concreta da vontade a partir de critérios objetivos de boa fé e não do conteúdo da consciência de cada ser. É que as

ordens jurídicas liberais preocupavam-se mais com o ter do que o ser, esquecendo-se das desigualdade materiais vigentes à época.

O foco principal da autonomia da vontade paira nas escolhas individuais da pessoa humana nos diversos aspectos de sua vida religiosa, profissional, sentimental, dentre outras. "A autonomia da vontade deve ser compreendida como uma liberdade positiva, que pressupõe a capacidade real de escolher, e não como a mera ausência de obstáculos externos à conduta. " (SARMENTO, 2016, p. 142).

Com isso, a autonomia fixou-se como modelo de relações jurídicas a partir da vontade dos particulares. Estabeleceu-se uma nítida relação entre a autonomia privada e as relações negociais, por meio da qual as pessoas regulariam sua vida. Mas, essa vontade dos indivíduos passou por uma reestruturação por meio da observância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial a partir dos preceitos do texto constitucional vigente, perpassando uma liberdade ao indivíduo na busca de sua autonomia individual.

Esse espaço de liberdade do ser humano para que ele possa se tornar aquilo que efetivamente deseja perpassa por edificações consolidadas em ideais de pluralidade e dignidade. A autonomia privada pressupõe a capacidade de autodeterminação da pessoa humana, de sua liberdade em fazer suas próprias escolhas. "Ela expressa a autodeterminação individual e resulta do reconhecimento do ser humano como um agente moral, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si e com o direito de seguir a sua decisão, desde que ela não venha a violar direitos alheios. " (SARMENTO, 2016, p. 140).

Essa concepção de autonomia privada a partir da autodeterminação também é sustentado por Perlinghieri (1997, p.355) , o qual argumenta que "[...] sob o pressuposto que cada um é melhor juiz de seus próprios interesses, a autonomia privada é, antes de tudo, autodeterminação, autorregulamentação, poder de vontade". Por certo que a autonomia da vontade pressupõe um poder outorgado ao indivíduo em dirigir sua vida no plano obrigacional e existencial a partir de atos que fundamentam sua autodeterminação, contudo há uma diferença entre a autonomia exercida e a vontade autodeterminante.

É que a autonomia privada assume aspectos jurídicos ao passo que a autodeterminação remete a conceito de valor. Segundo Ribeiro (1999, p. 21-22), a autodeterminação "[...] assinala o poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a vida de acordo com as suas preferências". Esse conceito é mais abrangente que o da autonomia privada que se liga "[...] ao reconhecimento do valor absoluto da pessoa humana como fim em si", o que representa um modo de expressividade da sua

própria dignidade e individualidade. (RIBEIRO, 1999, p. 21-22),

Conquanto haja essa diferença, os conceitos se alinham de modo que a autonomia privada se firma como um instrumento principiológico da própria autodeterminação, havendo um nexo funcional entre ambas, de modo que "[...] em muitas análises, o primeiro conceito absorva e decalque o sentido do segundo, que ele transporte em exclusivo a carga valorativa que é própria deste, o que leva ao uso praticamente indiferenciado de ambos". (RIBEIRO, 1999, p. 32).

Autodeterminar-se implica numa liberdade pessoal de livre constituição e modelação dos planos existenciais. Contudo, essa normação também implica na observância dos efeitos vinculativos da regra criada. Trata-se de um poder juridicamente reconhecido e socialmente útil, de caráter ontológico, baseado numa abertura do homem para o mundo e suas experiências e solicitações sensíveis ou não. O plano da autodeterminação estaria no poder de cada pessoa em gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências.

A autodeterminação possui um caráter que qualifica o modo de regência humana de suas condutas num plano individual. Esse conceito encontra lastro constitucional[1] na medida em que realiza a dignidade da pessoa humana, pois realiza a dignidade da pessoa humana sob a perspectiva do personalismo ético-social estando vinculada ao reconhecimento do valor absoluto da pessoa humana. Nesse sentido, "[...] a autonomia privada deixa de ser um conceito técnico para se transformar num conceito de valor." (RIBEIRO, 1999, p. 32).

O conceito de valor introduz uma concepção de "vida boa" a partir de perspectivas trazidas pela autonomia privada. Se o indivíduo tem direito a planejar e realizar seu plano de vida existencial, ela o fará embasada numa qualidade de vida, na expectativa de que se realizadas determinadas condutas, sua vida seguirá o rumo planejado. Esse direito do cidadão é chamado por Dworkin[2] de independência ética a partir do respeito próprio, pressupondo sua necessidade de realizar escolhas e centralizá-las em sua existência humana.

Enquanto princípios próprios da ética, a autenticidade e o respeito próprio evidenciam-se como mandamentos consagradores da dignidade da pessoa humana, centrais na ideologia de vida digna a partir de concepções individuais de uma existência bem-sucedida sobrevinda de sua responsabilidade de guiar seus caminhos existenciais a partir de um estilo

[1] Trata-se do artigo 3, inciso III da CF/88.

[2] Dworkin (2012, p. 211) especifica que o princípio do respeito próprio pressupõe que "[...] cada pessoa deve levar sua própria vida a sério; tem de aceitar que é importante que a sua vida seja uma realização bem sucedida e não uma oportunidade perdida". Já o princípio da autenticidade induz que "cada pessoa tem a responsabilidade especial e pessoal de criar essa vida por meio de narrativa ou de um estilo coerente que ela própria aprova.

próprio, autêntico. A junção desses princípios induz:

> [...] uma concepção da dignidade humana; a dignidade requer respeito próprio e autenticidade. A distinção entre os dois princípios pode parecer artificial; cada qual podia ter o nome do outro. Só se pode pensar que é importante escolher valores que regem a forma como vivemos se pensarmos que é importante que a nossa vida tenha valor. De outro modo, por que razão devemos recorrer aos valores para nos identificarmos? E só podemos pensar que criamos alguma coisa de valor ao vivermos as nossas vidas se soubermos que criamos alguma coisa de valor. Uma pessoa pode pensar que a admissão das tradições de alguma cultura ou de alguma fé é, pelo menos para ela, o caminho certo para uma vida de sucesso. Mas isso deve ser o que ela pensa, e não porque os outros exijam que viva desse modo. (DWORKIN, 2012, p. 211-212).

A correlação entre dignidade e interdependência é vislumbrada, na concepção de Dworkin, na responsabilidade que cada pessoa possui sobre sua vida, na importância objetiva de se viver bem. Nesse raciocínio, as intervenções estatais ou de outrem não podem ser concebidas como justas, obrigando o indivíduo a adotar determinadas condutas ou ajustar suas decisões acerca de ideais de que não comungue. É o caso de pacientes terminais decidirem ou não sobre o prolongamento de sua vidas em fase final de tratamento.

A análise sobre a autonomia privada do paciente terminal em realizar suas próprias escolhas e atingir felicidades momentâneas terminais demonstra-se essencial para a sua dignidade enquanto pessoa humana livre. Isso porque não é papel do Estado ou da sociedade deliberar a maneira pela qual será os momentos finais de pacientes terminais, na forma como querem conduzir suas próprias vidas.

4. BIOÉTICA, BIODIREITO E A PRINCIPIOLOGIA DO DIRETO À VIDA DIGNA

A bioética constitui o estudo relacionado à biologia, medicina e ética que se dedica à investigação de todas as condições necessárias para instruir os profissionais da saúde a despeito da vida humana, mais especificamente acerca da dignidade humana, ligando essa ciência ao biodireito. Enquanto ramo do direito público, o biodireito estuda as relações jurídicas pautadas entre os avanços tecnológicos correspondentes à medicina e à biotecnologia e o direito, especialmente o corpo e a dignidade da pessoa humana.

A beneficência pauta-se na eventual escolha de terceiros a despeito de um tratamento que melhor beneficie aquele paciente que não possui condições de manifestar sua vontade. Esse mandamento liga-se à eutanásia e à distanásia, encontrando-se expresso no art. 56, capítulo V, do Código de Ética Médica: “Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de

iminente perigo de vida".

A autonomia da vontade implica no direito de escolha do paciente em receber ou não determinado tratamento, ressalvando-se os casos em que o paciente não possua condições para tanto. Nesse caso, utiliza-se do princípio da beneficência. Assim, não se pode impor a uma pessoa a sobrevivência em um leito de morte, já que isso implica na restrição da vontade humana, de sua liberdade e da autonomia dela. Afinal, deve o próprio indivíduo decidir sobre sua vida e escolhas. Esses direitos subjetivos da pessoa humana acaba por impor a terceiros o dever de abstenção.

5. A ORTOTANÁSIA E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO

A eutanásia constitui um termo derivado do grego *eu* que se refere a bem e *thanasia* que significa morte. O termo pressupõe uma morte digna, em que o profissional da área da saúde promova tratamentos que tragam menos sofrimento e dores às vítimas, tanto para fins de cura como para uma morte menos dolorosa. Geralmente, a eutanásia é muito referendada quando se discute tratamento de doenças incuráveis, como forma de amenizar dores dos paciente.

A eutanásia pode ser entendida como uma "boa morte". Ela designa a morte deliberada de uma pessoa que sofre de uma doença muito penosa. Trata-se de um instrumento que visa suprir a agonia demasiadamente longa e dolorosa do paciente terminal.

A distanásia pauta-se no prolongamento da vida do paciente. Trata-se do emprego de todos os meios terapêuticos ministrados ao paciente que tenha doença terminal com o fim de prolongar-lhe a vida. Contudo, não se pode afirmar que esses meios possuam eficácia ou possam implicar em reversibilidade do quadro clínico do paciente, já que o fim da vida segue seu curso natural. (DODGE, 2008).

Observe-se que esses meios empregados podem não surtir efeitos médicos consideráveis, de modo que a distanásia acaba por ser vista como um tratamento inútil e não satisfatório ao paciente, já que os medicamentos e tratamentos podem implicar em grande sofrimento ao paciente. Nesse sentido:

> Trata-se da atitude médica que, visando a salvar a vida do paciente terminal, submete- o a grande sofrimento. Nesta conduta não se prolonga a vida propriamente dita, mas
> o processo de morrer. No mundo europeu, fala-se de "obstinaçãoterapêutica", nos Estados Unidos de "futilidade médica" (medical futility). Emtermos mais

> populares a questão seria colocada da seguinte forma: até que pontose deve prolongar o processo do morrer quando não há mais esperança de reverter o quadro? Manter a pessoa "morta-viva" interessa a quem? (PESSINI, 2002, p.262).

Esse prolongamento artificial da vida do paciente acaba por impor-lhe uma morte dolorosa, um processo terapêutico com muito sofrimento que acaba por retirar-lhe seu direito a uma morte digna. Refere-se a uma obstinação médica de luta pela vida, mas que não necessariamente implica em tratamento útil e morte digna do paciente.

Ao revés da distanásia, a ortotanásia refere-se ao não prolongamento da vida artificial. Ela trata a morte de uma forma mais humanizada, como alívios de dores e aplicação de tratamento necessário ao paciente, de modo a conceder-lhe uma morte digna. A própria origem do termo explicita esse sentido: *orto* refere-se a certo e *thanatos* significa morte.

Na ortotanásia o paciente encontra-se no processo natural da morte e nesse curso há uma interferência médica de modo a garantir uma morte digna ao paciente. Nessa situação, o médico não prolonga a vida do paciente, não estando ele obrigado a fazê-lo, por meios artificiais, ainda mais quando isso não adveio de vontade do próprio doente. A ortotanásia constitui uma conduta atípica na legislação penal brasileira. É que ela não causa a morte da pessoa, considerando que esse processo já foi iniciado pela doença. Ela apenas evita o tratamento prolongado por meio artificial, já que o resultado morte é inevitável.

A essencialidade na questão pauta-se em se garantir uma morte digna. A medicina e a sociedade tem esse dilema ético de humanizar a vida da pessoa, devolvendo-lhe a dignidade perdida ou prolongar o sofrimento desses indivíduos mediante tratamento artificial. O problema é que os hospitais encontram-se abarrotados de pessoas nas UTI's e emergências, as quais são submetidas a uma parafernália tecnológica, que não amenizam suas dores e sofrimentos. Nesse caso há uma supervalorização da vida física, que transforma o amor natural em idolatria. Esse culto é divinizado pela medicina, ainda que implicitamente, na fase terminal do paciente que não pode sucumbir-se do resultado final morte. (BORGES, 2001).

5.1 A eutanásia e ortotanásia no ordenamento jurídico brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro não permite a eutanásia. No plano constitucional e criminal, proíbe-se tal conduta. Na esfera penal, a ação é tratada como crime de homicídio. Nessa emblemática, suscita-se a complexidade entre a morte digna e o direito à vida. Trata-se de um sopesamento de princípios em que de um lado se encontra o direito à vida, a

integridade da pessoa humana e sua tutela e de outro a supernorma do direito à dignidade da pessoa humana e a autonomia do indivíduo.

A discussão pauta-se no fato de que os artifícios para se prolongar o resultado morte pode afetar a dignidade daquela pessoa. Isso ocorre em virtude do controle da morte (considerando que o corpo humano está sendo mantido vivo de forma artificial) de uma paciente que não possui nenhuma perspectiva de cura ou de melhora. Na verdade, há um prolongamento da morte e não necessariamente benefícios aos doentes terminais, havendo casos em que os tratamentos acabam por ser um fim científico e/ou obsessivo da medicina, ignorando-se a pessoa em si.

Por óbvio que a vida constitui um bem maior ao indivíduo. Mas se esse bem já possui um resultado específico que não admite outra hipótese senão a morte. É justo e digno que se conceba a esse paciente o direito de não querer ter sua vida prolongada. Ele possui autonomia para decidir sobre sua vida ou sobre a qualidade dela. É um direito primordial seu reivindicar uma morte digna, o que significa: "[...] a recusa de se submeter a manobras tecnológicas que só fazem prolongar agonia. É um apelo ao direito de viver uma morte de feição humana [...] significa o desejo de reapropriação de sua própria morte, não objeto da ciência, mas sujeito da existência." (BORGES, 2005).

A autonomia privada do indivíduo nessa questão remete ao tratamento das pessoas como seres autônomos e também da liberdade delas quanto ao seu desejo volitivo em ter o processo natural da morte e não viver de forma artificial sobre aparelhos. Logo, a tipificação da conduta da eutanásia não poderia redundar na tipificação penal de homicídio.

É que, no Brasil, a eutanásia é tratada como homicídio doloso em face da motivação do crime, recaindo no máximo em diminuição de pena, caso venha a ter a ser considerado privilegiado. A letra fria da lei só analisa os preceitos da norma, esquecendo-se o legislador da análise médica, sociológica, religiosa, antropológica e entre outras questões sociais que envolvem esse direito do paciente. Observe-se que mesmo com o consentimento do paciente ou pedido expresso dele, juridicamente é irrelevante, sendo caracterizado o crime.

A ortotanásia, ao revés, possui regulamentação pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) por meio da Resolução n. 1805/2006. Nesse casos, os médicos podem suspender tratamentos e procedimentos que prolonguem a vida de pacientes terminais sem chances de cura. Nesses casos, a família ou o próprio paciente deve manifestar expressamente esse desejo, devendo ele constar no prontuário médico.

A justificativa apresentada pela Resolução refere-se ao fato de que não há interferência na vida das pessoas e sim respeito à sua vontade de seguir o curso natural e não

ter sua vida prolongada. Se não é possível salvar o paciente, deve lhe ser garantido que viva seus últimos dias com dignidade.

Essa Resolução do CFM (2006) resguarda a dignidade da pessoa humana, sua autonomia privada e sua liberdade de escolha, além de observar os princípios da bioética da autonomia e beneficência. Na resolução, assegura-se informação prévia do seu estado de saúde e suas perspectivas ou não de cura. Desse modo, a escolha entre abreviar seu estado de terminalidade ou prolongá-lo depende do paciente, sempre com o apoio médico e psicológico.

Após a suspensão da Resolução pela Justiça Federal, em 2009, houve a edição de um novo Código de Ética Médica (Resolução CFM 1.931/2009), vigente desde abril de 2010, tratando o texto implicitamente. Seu artigo 41, parágrafo único, expressa que:

> [...] nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal" (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009).

Observa o Código de Ética Médica que, nos casos em que for interrompido o tratamento, deve o médico utilizar todos os cuidados paliativos para evitar o sofrimento do doente terminal. Nesse caso, não se pode afirmar que há dolo na vontade do médico, de modo que não se configura crime de homicídio e o elemento subjetivo do médico pauta-se tão somente no resguardo da dignidade da pessoa humana.

Posteriormente, em dezembro de 2010, a Justiça Federal reconheceu que a permissão para a interrupção do tratamento a pedido do doente em estado terminal não fere os princípios constitucionais. Em virtude disso, a Câmara dos Deputados, por meio de sua Comissão de Seguridade Social e Família, aprovou parecer favorável ao Projeto de Lei 6.715/2009, do Senado Federal, que altera o Código Penal, inserindo o art. 136-A, cuja redação:

> Art. 136-A. Não constitui crime, no âmbito dos cuidados paliativos aplicados a paciente terminal, deixar de fazer uso de meios desproporcionais e extraordinários, em situação de morte iminente e inevitável, desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.
> § 1º A situação de morte iminente e inevitável deve ser previamente atestada por 2 (dois) médicos.
> § 2º A exclusão de ilicitude prevista neste artigo não se aplica em caso de omissão de uso dos meios terapêuticos ordinários e proporcionais devidos a paciente terminal. (BRASIL, 2009).

O projeto lei tem como objetivo retirar expressamente a ilicitude da ortotanásia quando preenchidos os requisitos legais. Assim, se aprovado o texto, deverão ser observados os seguintes requisitos para o fato não configurar-se como antijurídico:

> (a) o profissional de saúde não pode deixar de aplicar os cuidados paliativos; (b) os meios dispensados devem ser desproporcionais e extraordinários, ou seja, devem extrapolar a razoabilidade de um procedimento destinado a salvar a vida; (c) a situação de morte deve ser iminente e inevitável, quer dizer, não basta haver mera probabilidade; (d) deve haver consentimento do paciente (real) ou de familiar próximo (presumido). Além disso, é necessário atestado sobre a situação do paciente elaborado por dois médicos. (MARTINELLI, 2010, *on line*).

Portanto, caso a medida legislativa fosse aprovada, implicar-se-ia apenas na aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana. A previsão nos Conselho Médico por si já acaba por resguardar a prática médica. Ademais, trata-se de humanidade com o paciente e o próprio profissional que, muito embora possua formação para situações dessa índole com pacientes terminais, possuem também sentimentos e observar cotidianamente o tratamento de pacientes apenas para prolongamento da vida da pessoa por ausência normativa que resguarde sua conduta deve ser difícil e desumano.

5.2 O direito fundamental à uma morte digna

Conceituando as normas de direitos fundamentais, Alexy (2008) afirma que elas são aquelas expressas por disposições fundamentais. Logo são aquelas cujos enunciados estejam presentes no texto da Constituição alemã. No entender de Alexy (2008), tanto regras quanto princípios são normas, vez que ambos dizem o que deve ser e podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas explicitadas pelo dever, pela permissão pela proibição. Nesse sentido, os princípios são, assim como as regras, razões para juízos concretos do dever-ser, ainda que de natureza diferente.

Alexy (2008) desenvolveu ainda uma distinção prima facie das regras e princípios. Estes exigem que algo seja feito dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes de modo que eles possuem um caráter prima facie e não um mandamento definitivo. Os princípios concebem razões que podem ser afastadas por razões adversas ao revés das regras que exigem o cumprimento daquilo que elas ordenam. Com isso, elas possuem uma determinação da extensão de seu conteúdo no aspecto das possibilidades jurídicas e fáticas, o que pode levar à ocorrência de falhas. Se isso ocorrer, fica válido exatamente aquilo que a

norma prescreve.

E nesses conflitos, o autor realiza uma ponderação entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Afirma que a natureza dos princípios alude à máxima da proporcionalidade de modo que as três dimensões desta – a adequação, a necessidade (princípio de meio menos gravoso) e a proporcionalidade em sentido estrito (princípios do sopesamento propriamente dito) – deriva dessa natureza princípio lógica. (ALEXY, 2008). Em suas palavras:

> Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. (ALEXY, 2008, p. 117).

Portanto, a análise da colisão de direitos entre princípio, observa-se que as soluções devem advir do sopesamento de interesses. Vale dizer, analisa-se abstratamente qual dos interesses estão no mesmo patamar e qual deles possui maior peso no caso concreto (ALEXY, 2008). No caso em análise os interesses estão no mesmo patamar. Isso porque não há como dissociar o direito à vida da dignidade da pessoa humana.

Nos casos de pacientes terminais em que se aplica a ortotanásia não se pode dizer que ele está exercendo sua vida já que ele está ligado a aparelhos que apenas a prolongam. Nesse sentido, se fosse para sopesar no caso concreto qual princípio é mais importante, seria o da morte digna, pois de que adianta viver com aparelhos, com dor e sofrimento que apenas retardam seus dias, sem a menor expectativa de cura.

Assim, o respeito ao ser humano e a sua dignidade também abrange o seu direito a uma morte digna. Já há uma privação de exercícios de direitos essências ante a sua internação ou limitações impostas pela doença. Assim, não há razão de prolongar esse sofrimento se o paciente manifesta a vontade ou a família, em caso de impossibilidade desse. Isso porque ter mais tempo de vida desumana e degradante pode ser mais penosa do que a ideia da morte natural. Essa vai acontecer então não há porquê de retardar.

Nesse contexto, a ortotanásia oferece uma segurança e dignidade ao paciente, já que ela não antecipa o momento da morte, apenas permite uma morte em seu tempo natural e sem utilização de recursos tecnológicos. Sob essa perspectiva, nem deveria haver necessidade de previsão em legislação infraconstitucional de permissão da ortotanásia,

valendo-se o próprio princípio da dignidade da pessoa, que remete às exigências e necessidades humanas consideradas básicas e mais relevantes.

Desse modo, a aplicação de recursos disponíveis com o fim único de adiar a morte iminente configura tão somente uma obstinação terapêutica e não uma qualidade de vida de momentos finais ao paciente. Esse tipo de procedimento demonstra-se inadequado e até mesmo antiético já que refere-se a um tratamento fútil, que não resguarda a essencialidade do ser humana.

Logo, a suspensão desse tipo de procedimento médico não pode ser analisado como configurante do tipo penal homicídio e tampouco da omissão de socorro. Ressalte-se que, nos casos de pacientes terminais, essas condutas não podem sequer serem qualificadas como tratamentos, pois não permitem qualquer possibilidade de cura. E nada, absolutamente nada, justifica a utilização de recursos médicos contra a vontade de um paciente cujo fim inevitável é a morte. Se não há tratamento terapêutico capaz de trazer benefícios e cura para o paciente, o retardamento de sua existência na terra deve ser manifestado por ele ou algum ente e não por uma interpretação penalista em descontexto com os ditames constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todos as pessoas têm direito a uma vida digna e, por lógica, uma morte digna. A ortotanásia, enquanto procedimento alternativamente ético e mais humanizado, acaba por garantir esse direito fundamental da pessoa. Isso porque ela ameniza o sofrimento do doente e também de seus familiares. Nesse sentido, a suspensão dos aparelhos médicos não pode redundar numa conduta criminosa e sim numa ação humanitária.

A vontade do paciente deve prevalecer sobre qualquer obsessão terapêutica. É sua autonomia como ser humano ou de sua família que deve reger as normas a serem aplicadas se o seu estado for terminal. Assim, se há o desejo de interrupção do tratamento, essa escolha individual deve ser respeitada, uma vez que, em regra, quem sabe o melhor para si é a própria pessoa. No limite, um ente pode indicar essa escolha.

Sob esse contexto, não se pode enclausurar alguém em seu corpo que não mais possui vida, apenas indícios dela por meio de aparelhos. É uma situação deplorável, indigna e mesmo incoerente, já que o texto constitucional resguarda o direito à liberdade, autonomia e, essencialmente, a uma vida digna. Por corolário lógico, também resguarda o direito à uma morte digna. E não se pode chamar sofrimento e dores de condições dignas de existência. Trata-se de uma escolha do paciente, não do Estado. Este não pode interferir na livre vontade

expressamente manifestada.

Não se pode tratar a ortotanásia como eutanásia, São situações diferentes que implicam tratamentos diferentes. Se a legislação brasileira não concede ao indivíduo a escolha em exercer sua vontade de morte quando se encontra tetraplégico, não se pode utilizar a mesma metodologia para pacientes terminais. Isso porque o primeiro ainda tem expectativas de vida e não necessariamente está ligado a aparelhos, mas o segundo não há nenhuma expectativa que não a morte.

Por mais que o direito à eutanásia configure um direito à morte digna daquele indivíduo que não mais se vê como ser humano, que vive sob aparelhos e sofre dores intensas para manutenção de sua vida, a situação por não possuir um resultado morte inevitável obriga a essa pessoa a manter sua existência terrestre. Mas esse raciocínio não pode e não deve ser aplicado à ortotanásia que se encontra devidamente resguardada no texto constitucional e legislação regulamentar.

Nessa perspectiva, há que se garantir o direito de morrer dignamente. Essa reivindicação de exercício de sua dignidade da pessoa, de sua liberdade, de sua autonomia implica em tão somente ter respeitado o seu direito a uma morte natural, humanizada, sem prolongamento da agonia por tratamento inútil. Daí a essencialidade em se garantir a ortotanásia.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

AMARAL, Franciso. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectiva estrutural e funcional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 46, p. 07-26, out-dez, 1988.

BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em 17 mai. 2018.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro Borges. Direito de morrer de morrer dignamente:eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In:SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 283-305.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia: Breves Considerações a Partir do Biodireito Brasileiro**. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI11097,71043-Eutanasia+ortotanasia+e+distanasia+breves+consideracoes+a+partir+do. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 2018.

BRASIL. Projeto de Lei 6.715/2009. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465323. Acesso em: 15 ago. 2018.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio.Teoria da Argumentação Jurídica: Consitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes do Direito Moderno. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1805/2006. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso em 15 ago. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1.931/2009. Código de Ética Médica. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm. Acesso em 15 ago. 2018.

DODGE, Raquel Elias Ferreira. **Eutanásia – Aspectos Jurídicos**. Disponível em:<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v7/eutaspectos.htm>. Acesso em: 16 ago. 2018.

DWORKIN, R. M. **Domínio da vida:** aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo:Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução de Leopoldo Halzbach. São Paulo, SP: Martin Claret, 2003.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, SP: Saraiva, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Eutanásia, Morte Assistida e Ortotanásia: Dono da Vida, o Ser Humano é Também Dono da Sua Própria Morte?** – Boletim do Instituto de Ciências Penais. Ano VI – nº 77. Jan./Fev. de 2007.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **A ortotanásia e o direito penal brasileiro**. {S.L], 2010. Disponível em http://www.ibccrim.org.br. Acesso em 15 ago. 2018.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2º ed, Buenos Aires: Atrega, 1989. Disponível em: http://arquimedes.adv.br/livros100/Etica%20y%20derechos%20humanos%20-%20Carlos%20Santiago%20Nino.pdf.. Acesso em: 04 mai. 2018.

PERLINGHIERI, Pietro. O **Direito Civil na legalidade constitucional.** Rio de Janeiro /São Paulo / Recife: Renovar, 1997.

PESSINI, Leocir. A eutanásia na visão das maiores religiões (budismo, islamismo, judaísmo cristianismo). In.: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leocir. **Bioéticas**: alguns desafios. 2. Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 261-282.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. **O problema do contrato.** Coimbra: Almedina, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na constituição Federal de 1988**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel: SOUZA NETO. **Direito Constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SARTRE, J-P. **O ser e o nada**. 13. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

SILVA, José Afonsosa, **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.