LIVRE DETERMINAÇÃO NO CONTEXTO DE TERMINALIDADE DA VIDA

SELF-DETERMINATION IN THE CONTEXT OF LIFE TERMINALITY

Luciana Gaspar Melquíades Duarte[1]

Paula Alves Fernandes[2]

RESUMO

A eutanásia é um tema polêmico, pois não existe um consenso moral a respeito do que seja morrer dignamente. Esse consenso sequer é possível em uma sociedade caracterizada por sua pluralidade de grupos sociais com concepções de vida distintas. Contudo, é um tema que se torna cada vez mais recorrente em virtude do avanço tecnológico da Medicina que possibilitou a aumento da expectativa de vida da população e o prolongamento da vida em estado terminal. O desenvolvimento tecnológico gera o debate acerca dos limites da intervenção médica nos pacientes em estado terminal e sobre sua capacidade de autodeterminação quanto ao seu processo de morte. O direito fundamental à vida associado à dignidade da pessoa humana garantem o direito à morte digna, cujo conteúdo não pode ser padronizado em virtude das diferentes concepções de vida presentes na sociedade e que são merecedoras de igual respeito e consideração. Neste cenário, cabe ao Estado propiciar o desenvolvimento o alcance de tais conceitos de vida diversos estabelecendo os limites necessários para tanto, mas sem a imposição de um parâmetro único para a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: eutanásia; dignidade da pessoa humana; autonomia.

ABSTRACT

Euthanasia is a controversy matter, because there isn't a moral agreement about what is to die with dignity. This agreement is not even possible in a society characterized by its plurality of social groups with different conceptions of life. However, it is a theme that becomes more and more applicant on due to of technological advances in medicine that led to the increases in life expectancy of the population and extending the life terminally ill. The technological development raises the debate about the limits of medical intervention in terminally ill patients and about their ability to self determination about their death process. The fundamental right to life associated with human dignity guarantee the right to a dignified death, whose contents cannot be standardized because of different conceptions of life in society and who are deserving of equal respect and consideration. In this scenario, the state must provide for the development of this ideals of life such diverse, setting the limits required, but without imposing a single parameter to society.

KEY WORDS: euthanasia; human dignity; autonomy.

[1]Mestre e Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Minas Gerais, Professora Adjunta de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Federal de Juiz de Fora, e-mail lg.melquiades@uol.com.br.

[2]Acadêmica de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, e-mail paula.alves.11@hotmail.com. Instituição de fomento à pesquisa BIC/UFJF.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo destina-se ao exame das situações conflituosas em que se colocam os direitos fundamentais na terminalidade da vida, quando temas como a eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistida afloram suscitando incendiosas polêmicas, que se tornam ainda mais sensíveis num contexto em que novas tecnologias apresentam-se capazes de prolongar a existência humana, sem, porém, garantir a sobrevida do paciente ou a retomada de sua qualidade de vida. Acresce-se ao problema o fato de que o emprego dessas novas tecnologias implica no dispêndio de vultosos recursos, que colocam ainda mais em cheque a conveniência de sua utilização diante da possibilidade de que sejam empregados para prover a bens jurídicos também carecedores dos escassos aportes financeiros. Tais questões transcendem os liames da Medicina e da Filosofia e provocam o operador do Direito à medida que tocam a eficácia de direitos fundamentais, mormente a vida, a autonomia e a dignidade, demandando estudos jurídicos que direcionem o enfrentamento das dificuldades que emergem na iminência da morte.

A pesquisa realizada demonstrou que a solução das aludidas questões encontra-se intimamente ligada à bioética, mas também a moral individual. Não há consenso, por exemplo, a respeito da validade das práticas de eutanásia e distanásia porque não há acordo a respeito do que sentem e pensam doentes em coma ou em estado terminal. É neste cenário de controvérsias que se colhe ao lume da teoria dos direitos fundamentais e da argumentação jurídica com o objetivo de se aferir a postura correta dos profissionais da saúde, juristas, pacientes e demais atores sociais diante das novas tecnologias e sua utilidade para a continuidade ou não da vida humana.

Para o deslinde das questões, procedeu-se a ampla revisão de literatura em busca de referências consistentes acerca dos conceitos de eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido; as contribuições colhidas serão trazidas na parte inicial do desenvolvimento do artigo. Logo após, procedeu-se a uma pesquisa na jurisprudência pátria com o escopo de averiguar o peso dispensado pelos Tribunais, importantes arautos da comunidade política, aos direitos fundamentais colidentes nas situações analisadas. As conclusões logradas foram cotejadas sob o lume das teorias que nortearam a pesquisa e contribuíram para o estabelecimento de alguns parâmetros, que, porém, deixaram de ser erigidos como os únicos viáveis diante da constatação, pela pesquisa, da possibilidade de existência de mais de uma solução juridicamente correta para as situações enfrentadas. O acatamento da diversidade de

posturas, apresentado como resposta à problemática objeto de estudo, vem ao encontro do respeito à diversidade próprio de uma sociedade democrática e aberta ao pluralismo, bem como à constatação da imbricação da bioética com a cultura, a religião e a tradição de uma determinada sociedade.

2 ALGUMAS CONCEITUAÇÕES

A palavra *eutanásia* tem sido utilizada de forma confusa e ambígua assumindo diferentes significados ao longo do tempo. O termo vem do grego, podendo ser traduzido como "boa morte", "morte apropriada" ou "morte sem sofrimento". Em sua origem, referia-se ao ato de facilitar o processo de morte, ou seja, amenizar o sofrimento do paciente por meio de medidas paliativas, como o acompanhamento psicológico e métodos de controle da dor. Portanto, não visaria causar a morte, mesmo que fosse para cessar o sofrimento do enfermo, e sim fazer com que acorresse da forma menos dolorosa possível (PESSINI; BACHIFONTAINE, 2010).

No início do século XX, especialmente na Europa, muito se falou de *eutanásia* associando-a com eugenia. Essa proposta buscava justificar a eliminação de deficientes, pacientes terminais e portadores de doenças consideradas indesejáveis. A eutanásia funcionava como um instrumento de "higienização social", com a finalidade de buscar a perfeição ou o aprimoramento de uma "raça", nada tendo a ver com compaixão, piedade ou direito de por fim à própria vida.

Atualmente, no entanto, tem se falado de eutanásia como a abreviação da vida de pacientes em estado terminal com o objetivo de aliviar seu sofrimento. Ou seja, o ato de provocar a morte por sentimento de piedade à pessoa que sofre. O indivíduo age sobre a morte, antecipando-a, eutanásia ativa, na qual o paciente recebe uma injeção de dose letal de algum medicamento, por exemplo, ou omite-se, não realizando uma ação que teria indicação terapêutica naquela circunstância, eutanásia passiva. Portanto, hodiernamente admite-se que só se pode falar em eutanásia quando ocorre a antecipação da morte motivada por compaixão em relação ao sofrimento do paciente, vítima de doença incurável e em estado terminal. Quando se busca apenas causar a morte, sem motivação humanística, não se trata de eutanásia. Por isso, a alusão a "eutanásia eugênica" pelos nazistas foi na realidade uma tentativa de justificar o genocídio cometido contra os judeus.

Pode ou deve o médico ajudar o paciente a morrer? Esta pergunta nos remete imediatamente para a legalidade ou não da eutanásia. A prática da eutanásia ativa não é aceita pela legislação, pela maioria dos médicos e muito menos pela Igreja Católica. Na Holanda, foi legalizada e regulada a prática da eutanásia, a qual só pode ser realizada mediante um criterioso procedimento. Tal legislação permite, inclusive, que menores possam requerer a eutanásia desde que se tenha o consentimento dos responsáveis (SÁ, 2005). A Bélgica também possui normas a respeito desde 2002 veiculando diversas regras a serem observados pelos médicos. No entanto, a Associação Mundial de Medicina, desde 1987, na Declaração de Madrid, considera a eutanásia como um procedimento eticamente inadequado (PESSINI; BACHIFONTAINE, 2010).

O estudo científico sobre o tema é extremamente importante para promover a conscientização e a construção de estratégias de ação frente aos casos concretos. Estes tendem a se tornar cada vez mais presentes devido ao envelhecimento da população mundial, o desenvolvimento das tecnologias médicas e a consequente escassez de recursos para a demanda de saúde, cada vez maior.

O rápido avanço da Medicina e biotecnologia nas últimas décadas possibilitou o aumento na expectativa de vida e o prolongamento da vida humana mesmo quando já não há real perspectiva de cura para o paciente. Contudo, o emprego das novas tecnologias disponíveis levanta diversas discussões acerca dos limites dos cuidados médicos no fim da vida e da capacidade de autodeterminação do paciente sobre sua própria morte.

A modernização possibilitou curas e tratamentos antes inimagináveis, e também que pacientes com doenças em estágio avançado e sem perspectiva de cura ou melhora sejam mantidos vivos nas unidades de tratamento intensivo sem praticamente nenhuma função vital autônoma. Muitas vezes, a morte é vista como algo vergonhoso, um fracasso, um erro médico e o emprego de medidas fúteis que, não trazem qualquer benefício, apenas prolongam a existência do paciente é realizado sobre o pretexto de que a vida deve ser preservada a todo custo. Essa prática médica de realizar medidas excessivas e abusivas a fim de atrasar o momento da morte, quando não há esperança de qualquer melhora, consiste na *distanásia*. O interesse no desenvolvimento de novos tratamentos e procedimentos médicos pode tornar-se o foco das atenções em detrimento do ser humano que padece. O indivíduo pode passar a sofrer medidas desproporcionais que violem claramente a dignidade humana, uma vez que ele pode deixar de ser um fim em si mesmo e passar a ser tratado como mero objeto de pesquisa. Pode-se deparar, pois, com a chamada “obstinação terapêutica”, que confere centralidade ao tratamento e desenvolvimento da tecnologia médica, em detrimento da dignidade e bem-estar

do paciente.

No entanto, entende-se que o médico não está obrigado a prolongar o processo de morte do paciente, por meios artificiais, sem o consentimento deste. Admite-se também, que, diante de dores intensas sofridas pelo paciente terminal, consideradas intoleráveis e inúteis, o médico deve agir para amenizá-las, ainda que, como efeito secundário, seja previsível um encurtamento do tempo de vida. Portanto, dois tipos de eutanásia são moralmente aceitos por grande parte das comunidades médicas e correntes religiosas: a *ortotanásia* (eutanásia passiva) e a *eutanásia por duplo efeito*. A *ortotanásia* significa o não prolongamento artificial do processo de morte além do que seria o natural. Para tanto, o doente já deve estar em estado terminal, e o médico deve restringir sua ação a fim de deixar que esse processo desenvolva-se no seu curso natural. Já a *eutanásia por duplo efeito* consiste na adoção de medidas para amenizar a dor do paciente terminal, mesmo que a consequência venha a ser, indiretamente, a sua morte.

A Resolução CFM nº1931 (BRASIL, 2009), o Código de Ética Médica, possibilitou maior participação do paciente na definição dos cuidados a que se submete, uma vez que promove a informação e a possibilidade de autodeterminação do indivíduo (capítulo I inciso XXI, capítulo IV artigos 22 e 24 e capítulo V artigo 34, entre outros). Veda a eutanásia ativa no capítulo I inciso VI e a distanásia no inciso XXII, também veda a prática de auxílio ao suicídio no caput do artigo 41 enquanto legitima a ortotanásia em seu parágrafo único. Contudo, o direito de decidir do paciente não prevalece nos casos de iminente perigo de vida nos quais a autonomia seria relativizada em favor do valor que se dá à vida.

Diante da eminência da morte, os médicos e doentes podem se contentar com os meios ordinários que a Medicina tem a oferecer. A adoção de medidas fúteis é condenada, inclusive, por religiosos que a caracterizam como prolongamento indevido do sofrimento natural e, portanto romperia com o princípio da “morte com dignidade” por prolongar a agonia quando os conhecimentos médicos, no momento, não prevejam possibilidade de cura ou melhora no quadro do paciente (SÁ, 2005).

A *ortotanásia* é conduta atípica frente ao Decreto-lei nº 2.848 (BRASIL, 1940), o Código Penal Brasileiro, pois não representa a causa da morte do indivíduo, uma vez que o processo de morte já está instalado. Ao revés de prolongar artificialmente esse processo (*distanásia*), deixa-se que ele se desenvolva naturalmente. Na *eutanásia*, segundo o conceito moderno, é produzida a causa imediata da morte, o que é crime. Isso difere da situação do paciente que já se encontra em morte cerebral ou encefálica. Nesse caso, a pessoa já está morta, permitindo a lei, inclusive, não apenas que os aparelhos sejam desligados, mas que

seus órgãos sejam retirados para fins de transplante. Interessante notar que até mesmo a definição do momento da morte sofreu alterações ao longo da história justamente em função do desenvolvimento tecnológico. A morte deixou de ser definida pelo momento em que ocorre a perda da atividade cardiorrespiratória e passou a ser determinada pelo momento em que ocorre a morte cerebral e hoje, mais especificamente, pela morte encefálica.

A permissibilidade de algum "tipo" de *eutanásia* levanta a questão sobre a determinação da irreversibilidade de um quadro de saúde, haja vista o crescente desenvolvimento da Medicina moderna. Sempre existe a possibilidade da constatação de um quadro de saúde como irreversível ser falha. Essa discussão abarca os limites ou as possibilidades do conhecimento científico em um determinado momento. No entanto, é preciso que a constatação de um quadro médico como irreversível seja feita de maneira criteriosa e deve-se levar em conta o atual estágio tecnológico das ciências médicas e analisar os casos concretos de acordo com os recursos disponíveis. Do contrário, estender-se-ia a dor do paciente por tempo indeterminado na busca de "uma possível cura futura".

O *suicídio assistido* configura-se quando um paciente pede, de forma consciente, ajuda para se matar. Pode o médico ajudar seu paciente a morrer? Essa questão opera no limite do princípio da autonomia e do direito do paciente de dispor do seu próprio corpo. A maioria das sociedades médicas questiona a validade moral desta prática, uma vez que, essa decisão confere ao médico a responsabilidade pela morte do paciente. O artigo 122 do Decreto-lei nº 2.848 (BRASIL, 1940) dispõe sobre o suicídio assistido descrevendo-o como a prática de "induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça" e prevê de um a seis anos de reclusão. Portanto, é uma conduta ilícita perante o ordenamento o que, por óbvio, não impede que o indivíduo cometa "por si só" o suicídio.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL A VIDA

O *caput* do artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988) consagra a vida como um direito fundamental. A vida é um bem inerente ao ser humano sendo a fonte primária de todos os outros direitos. Por ser condição necessária para a aquisição de qualquer outro direito fundamental possui precedência lógica em relação aos demais direitos fundamentais. Essa precedência do direito a vida esta presente na jurisprudência nacional, existindo recorrentes julgados no sentido de garantir o direito a vida por meio de prestações do Estado, se

sobrepondo aos demais direitos prestacionais quando ocorre a insuficiência dos recursos disponíveis. [1] A ementa do agravo regimental em agravo de instrumento registrado sob nº 44249 DF 0044249-51.2012.4.01.0000 recentemente julgado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sob a Relatoria do Desembargador Federal José Amilcar Machado, abaixo transcrita ilustra esta concepção:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. HOSPITAL. LEITOS. DOENTES RENAIS -FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. - UNIÃO. LEGITIMIDADE. DEVER DO ESTADO. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. MULTA.1. Não prospera a alegação de ilegitimidade passiva ad causam da União, uma vez que a responsabilidade pela prestação do serviço de saúde à população, incluindo-se o fornecimento de medicamentos, decorre da garantia ao direito à vida e à saúde constitucionalmente atribuída ao Estado, assim entendido a União, em solidariedade com os entes federativos (CF, arts. 6º, 196 e 198, § 1º) A responsabilidade pela prestação do serviço de saúde à população, incluindo-se o fornecimento de medicamentos, decorre da garantia ao direito à vida e à saúde constitucionalmente atribuída ao Estado, assim entendido a União, em solidariedade com os entes federativos (CF, arts. 6º, 196 e 198, § 1º). **A saúde, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, é direito de todos e dever do Estado, como na hipótese dos autos, onde o fornecimento gratuito de medicamentos para o adequado tratamento é medida que se impõe, possibilitando aos doentes necessitados o exercício do seu direito à vida, à saúde e à assistência médica, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político e/ou material**. Precedentes. Carta Magna. Agravo regimental desprovido.

O direito a vida não se resume à existência e integridade físico corporal, mas alcança também a dimensão dos valores morais adotados pelos indivíduos. É um direito do homem oponível contra o Estado e contra os demais indivíduos, que possuem para com ele o dever de preservação. Mas em virtude da dignidade intrínseca ao ser humano esse dever não se resume a manter a vida, mas também no dever de respeitá-la.

---

[1] Agravo de instrumento registrado sob o número AI 2711221220118260000 SP 0271122-12.2011.8.26.0000 julgado em 05/03/2012 pela 7ª Câmara de Direito Público, sob a relatoria de Luiz Sérgio Fernandes de Souza, publicada em 05/03/2012; Agravo de instrumento registrado sob o número 30087 MS 2011.030087-0, julgado em 27/03/2012 pela 4ª Câmara Cível, sob a relatoria do Desembargador Ruy Celso Barbosa Florence, publicada em 29/03/2012; Agravo regimental no Recurso Especial sob o número 1356286 MG 2012/0252687-9, julgado em 07/02/2013, pela segunda turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Humberto Martins, publicado em 19/02/2013.

O conceito negativo e democrático de liberdade baseia-se em possibilidades. O objeto de uma liberdade jurídica é uma alternativa de ação, ou seja, é uma liberdade negativa. Uma pessoa é livre em sentido negativo quando a ela não são vedadas alternativas de ação. No uso corrente da linguagem, somente a liberdade jurídica é caracterizada como liberdade negativa em sentido estrito, uma vez que para a criação de uma situação de liberdade jurídica é necessária apenas uma abstenção estatal, uma ação negativa, para a garantia dessa liberdade não é necessário um direito a prestação apenas um direito de defesa. Este conceito de liberdade em sentido estrito equivale à concepção liberal de liberdade caracterizada pela ampliação da esfera de permissões e pela diminuição das obrigações que está incluída no conceito de liberdade negativa em sentido amplo (ALEXY, 2011).

As liberdades jurídicas podem ou não estar protegidas. As liberdades não protegidas podem ser reduzidas à ligação entre a permissão de um fazer e de não o fazer, uma faculdade. Não implicam, portanto, no direito de não ser embaraçado no gozo dessas liberdades, que como um direito a algo se distingue de uma combinação de permissões. A partir do momento que esse direito está presente tem-se uma liberdade protegida. Normas de direitos fundamentais são, na medida em que algo é por meio delas permitido, normas permissivas explícitas. Possuem hierarquia constitucional o que faz das normas proibitivas ou mandamentais de nível inferior que são contrárias às permissões estabelecidas constitucionalmente normas inconstitucionais. Nesse sentido, as normas de direitos fundamentais tem a função de estabelecer os “limites do dever-ser” em relação às normas de nível inferior. Essa função só pode ser realizada por meio de normas permissivas de proteção, normas que proíbem ou ordenam o Estado de ordenar ou proibir determinadas ações, e por meio de normas negativas de competência que retiram do Estado a competência para ordenar ou proibir determinadas ações. Estas normas de liberdade também conferem proteção aos indivíduos, mas não direitos (ALEXY, 2011).

A liberdade protegida está associada a normas objetivas que garantem ao titular do direito fundamental a viabilidade de praticar a ação permitida. Tem em vista justamente uma liberdade jurídica amparada na ideia de que direitos fundamentais aludem a uma estrutura objetiva de garantias constitucionais. Liberdades protegidas diretamente possuem uma proteção substancial a fim de resguardar as relações que são mais suscetíveis de violações às liberdades, relações entre indivíduos em posições desiguais, em condição de hipossuficiência. A proteção das liberdades ocorre por meio de normas que conferem direitos subjetivos ou através de proteção objetiva não se conferindo direitos subjetivos (ALEXY, 2011).

Em síntese, o direito negativo de liberdade face ao Estado está na união da liberdade jurídica com o direito contra o Estado a um não embaraço e com a competência para questionar judicialmente a violação do direito. Por sua vez, a proteção positiva de uma liberdade em face do Estado se origina da soma de uma liberdade com um direito a uma ação positiva. A grande questão se refere aos casos em que a proteção à liberdade pode significar a ligação entre uma liberdade e um direito a uma prestação em sentido estrito, que torne faticamente possível ao portador do direito aquilo que lhe é juridicamente possível (ALEXY, 2011). A Constituição (BRASIL, 1988) inclui em seu texto os direitos sociais, que geram direitos a prestações por parte do Estado e as garantis fundamentais que também objetivam possibilitar a fruição, o real gozo daquilo que é permitido aos indivíduos.

Disto resulta que não se pode frustrar a vontade daquele que livremente decidiu pela recusa aos tratamentos que manteriam sua vida; é preciso que se reconheça sua autonomia respeitando-se a sua vontade e a visão da vida que almeja para si, cabendo ao Estado proteger a liberdade e autonomia dos indivíduos. A vida é considerada um valor em qualquer sociedade sendo respeitada de acordo com as concepções culturais de cada povo. Contudo, o que se discute na atualidade não é apenas o direito a vida, mas a possibilidade de uma vida digna.

A globalização deixou evidente a existência de diferentes concepções morais acerca do que seja uma vida boa e digna. Mas, mesmo dentro de um mesmo território nacional não existe um consenso moral. Diferentes grupos sociais possuem diferentes concepções acerca da dignidade, acerca do que significa viver e morrer dignamente. Para alguns o momento final da vida deve ser retardado ao máximo, para outros o inevitável deve ser aguardado em companhia daqueles que significaram algo durante sua vida. Na perspectiva atual de uma sociedade plural, em que não se pode afirmar a existência de uma unidade moral compartilhada por todos os grupos sociais, em que se reconhece igual valor às diversas concepções sobre o que é a vida e o que é viver dignamente, não é possível estabelecer uma visão que se sobreponha às demais. As concepções podem, a princípio, até mesmo colidir, mas não é possível estabelecer uma padronização, um conceito único que se aplique a todos os indivíduos em todas as comunidades a respeito do que é viver dignamente, sob pena de, ao se desconsiderar os outros conceitos morais, desclassificar aqueles que os adotam como inferiores (ENGELHARDT, 2011).

Em síntese, na medida em que se reconhece que todos possuem igual valor e que suas concepções sobre o que é ter uma vida digna são diferentes, mas que também possuem o mesmo valor; não se pode estabelecer um conceito de vida digna que se sobreponha às

demais. O objeto do direito a vida, inclusive, pode ser determinado por diferentes posições filosóficas como a da sagração da vida e a liberal (GANTHALER, 2006).

A doutrina da sagração da vida em sentido estrito determina que a vida é um bem indisponível que deve ser mantido a todo curso, utilizando-se de todos os meios disponíveis para impedir a morte. Muito menos se poderia intervir sobre ela a fim de causar a morte, ainda que sua qualidade esteja altamente prejudicada. O médico teria a obrigação de agir para manter a vida do indivíduo e nem mesmo este poderia se matar ou recusar o prolongamento de sua vida. Viver é tratado como uma obrigação, devendo se sobrepor a autonomia, ao bem-estar dos indivíduos e até mesmo sobre o princípio de sempre agir para o bem do paciente, não lhe causando dano. Contudo, uma versão moderada de tal teoria admite que, diante de certas circunstâncias, como sofrimento da vítima em estado terminal sem possibilidade de melhora, seria válido permitir que a morte se desenvolvesse em seu ciclo natural, sem a adoção de medidas extraordinárias para sua manutenção. Assim, seria aceitável a eutanásia passiva ou ortotanásia. Tal doutrina, independentemente do seu grau, considera a vida como um bem social, portanto indisponível pelo indivíduo (GANTHALER, 2006).

Para a teoria liberal, o direito à vida é um direito do indivíduo, portanto seria disponível por seu titular como consequência dos princípios da autonomia e dignidade da pessoa humana. A renúncia ao direito à vida seria possível em nome da autodeterminação do indivíduo e de sua compreensão de vida e morte digna. Algumas regras de restrição a direitos fundamentais são constitucionalmente estabelecidas, outras decorrem da existência de restrições imanentes, cláusulas de restrições não escrita ou limitações ao suporte fático. Estas limitações decorreriam do fato de que mesmo uma norma garantida sem reservas não pode atuar em toda a sua extensão de forma absoluta. Restrições imanentes lógico-juridicas, são restrições que advém dos direitos de terceiros, estes limites só são verificáveis quando se sopesa no caso concreto o direito fundamental a ser restringido e os direitos de terceiros que podem ser afetados; não há outra resposta possível, uma vez que todos são titulares de direitos fundamentais (ALEXY, 2011). A liberdade para dispor do direito se restringe a esfera individual, permanecendo dentro da esfera de autodeterminação não haveria colisão com direitos dos outros membros da sociedade não se justificando, portanto, a restrição à liberdade individual. Portanto, aqueles pacientes capazes de exercer sua autonomia por meio da recusa em receber determinados tratamentos médicos que apenas prolongam sua existência deveriam ter sua vontade respeitada. Nos casos em que a capacidade de se autodeterminar não estar mais presente o correto seria que se procedesse de acordo com meios que não resultem em sofrimento ou danos desnecessários para o indivíduo e de modo a se proteger o seu bem-estar

e qualidade de vida. Uma versão mais forte desta teoria considera aceitável o auxílio ao suicídio e a eutanásia ativa, em que se produz a morte diretamente, desde que respeitados alguns critérios como o paciente estar em estado terminal, vitimado por grave sofrimento, ter escolhido a intervenção sobre sua viva de forma livre e consciente e a prática ser efetivada por um médico (GANTHALER, 2006).

Para estas teorias, com exceção da sagração da vida na sua versão mais severa, o consentimento do paciente configura um requisito imprescindível, uma vez que é seu direito a liberdade que permite sua autodeterminação. A manutenção da vida é um direito do seu titular ao qual corresponde um dever da sociedade de proteção e respeito, contudo o desejo do indivíduo possui relevância para a manutenção de sua existência.

> Respeitar a autonomia do paciente capaz de juízo significa, nesse contexto, resumindo, reconhecer que o valor que a vida tem para ele deve ser avaliado de acordo com suas próprias medidas de valor e não segundo aquelas de outras pessoas. (GANTHALER, 2006, p. 177)

Apesar de sua essencialidade, o direito a vida admite exceções como a de pena de morte em caso de guerra declarada prevista no artigo 5º, inciso XLVII, alínea "a" da Constituição (BRASIL, 1988), e quando rivaliza com o direito de outro indivíduo nos casos de legítima defesa e estado de necessidade. A partir dessas exceções, não seria razoável negar ao próprio indivíduo decidir pela sua renúncia. A vida, assim como a liberdade de escolha, é um direito fundamental individual que permite a convivência harmônica dos indivíduos em sociedade incutindo uns nos outros o dever de proteção e de respeito. Assim, deve-se conceder ao seu titular o direto de dispor do seu bem mais precioso, ele deve ter o poder de renunciar ao bem que o define como sujeito de direito.

Normas de direitos fundamentais podem conter uma reserva simples, como restrição a sua incidência. O legislador competente para produzir normas que restringem direitos fundamentais também fica limitado pelo conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Ele atinge o conteúdo essencial de um direito fundamental quando cria restrições desproporcionais. A limitação da competência do legislador ao restringir direitos fundamentais realiza-se através de um sopesamento (ALEXY, 2011). Qualquer intervenção na seara dos direitos fundamentais, além de atender a requisitos formais, tem que ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Se o direito à vida é um direito fundamental do indivíduo, restrições ao seu livre exercício precisam ser fundamentadas com base nas máximas constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade. O que tal direito postula é a proteção à vida; portanto, a princípio, seria adequada uma medida que proibisse a sua

violação pelo próprio indivíduo, considerando-se apenas a dimensão biológica da vida tal meio seria o menos oneroso para atingir o fim constitucional, mas, com certeza, essa não é uma solução proporcional em sentido estrito, pois a violação aos demais direitos fundamentais da liberdade e autonomia é gravemente ofendida pela medida (MENDES, 2011).

As regras jurídicas são presumivelmente conhecidas por todos, diferentemente do que ocorre com as normas morais que não são passíveis de unificação. A base jurídica existe independentemente da realidade plural da sociedade. Mas, a existência de concepções diversas na sociedade acerca da ideia de dignidade e vida boa torna impossível que se extraia das normas de direito toda a moralidade de uma sociedade. Tais regras possuem um conteúdo muito mais amplo de forma a acolher as diferentes concepções por meio dos princípios, e as regras funcionam solucionando os conflitos entre os interesses que surgem a partir das concepções diferentes.

4 O DIREITO FUNDAMENTAL À AUTONOMIA

A Medicina contemporânea é caracterizada pela tecnologia, pelos novos mecanismos de cuidado, perdendo muito da sua característica humana. Isso compromete a relação entre médico e paciente como uma relação de confiança. O paciente busca o profissional apenas com o intuito de obter a solução do mal que lhe acomete. Embora os desenvolvimentos tecnológicos sejam resultado das demandas econômicas, as técnicas em si são neutras, mas não o são seus operadores e criadores. Os códigos de ética médica centrados nos princípios da beneficência, referente à todo o bem que os profissionais podem fazer para o paciente, e o paternalismo levaram o médico a assumir o papel de protagonista na relação com o paciente, que se submete sem questionar àquilo que o juízo técnico afirma. Códigos de ética mais recentes são calcados no princípio da autonomia do paciente, no consentimento informado do paciente a respeito das intervenções que está disposto a receber. A autonomia do indivíduo deve se estender até os seus momentos finais, tomando o paciente o papel de protagonista na relação com o profissional (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2010).

Hoje se fala em otimização da relação médico paciente (RÖHE, 2004). Prega-se uma atuação mais ativa do paciente que só é possível mediante sua informação e esclarecimento. A parte mais fraca dessa relação tem direitos que o protegem do paternalismo

e da autoridade daquele que detém os juízos técnicos. Mesmo aqueles que já não são capazes de gerir suas vidas possuem tais direitos, uma vez que seus interesses devem ser resguardados e promovidos por seus representantes. “O desenvolvimento de uma consciência democrática libertaria o indivíduo dos limites impostos pela doença, deixando de ser coadjuvante na relação traçada com o profissional” (RÖHE, 2004, p. 95).

É imprescindível a análise das circunstâncias em que se forma a vontade do paciente, devendo-se afastar, ao máximo, todos os fatores que possam interferir ou reduzir sua capacidade de compreensão e de livre decisão. No entanto, o que o paciente sabe de seu diagnóstico e prognóstico? Só pode exercer a autonomia de forma adequada a pessoa que possui o conhecimento dos fatos médicos ligados à sua doença. Para tanto, o acesso à verdade é essencial para possibilitar a formação de decisões conscientes que possibilitem o exercício da liberdade individual. O paciente é portador do direito à verdade, estabelecido no Código de Ética Médica, acerca do seu quadro médico e acerca das medidas que lhe são aplicáveis, ele deve ter conhecimento daquilo que se refere ao seu próprio corpo e sua saúde, pois o que mais limita a liberdade de escolha do paciente é sua ignorância. A partir da informação, ele será capaz de avaliar a validade do emprego das medidas oferecias a luz dos seus valores pessoais decidindo por aquilo que melhor protege seus interesses.

Entretanto, a disposição do paciente é polêmica, pois além da tendência natural de se aceitar todo e qualquer tratamento disponível, há a questão referente à capacidade do indivíduo de tomar suas decisões livremente quando suas faculdades mentais e psicológicas já foram alteradas pela doença. Nesses casos, é preciso o respeito às suas manifestações anteriores e àquilo que os membros da família, como aqueles que devem conhecer melhor os valores do paciente, determinam.

Neste contexto, a autonomia significa o consentimento livre e esclarecido para o recebimento dos tratamentos oferecidos. Em alguns casos, é utilizado como condição para que o indivíduo seja tratado, a despeito da presunção da vontade do indivíduo em aceitar os meios que lhe propiciem a recuperação. A disposição do indivíduo em relação ao tratamento que deseja receber decorre também do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o respeito às decisões pessoais do paciente, a respeito inclusive da recusa ao salvamento da própria vida, deriva da liberdade que é inerente à pessoa humana e sem a qual não há dignidade.

Os pacientes, enquanto indivíduos, possuem liberdade para avaliar acerca de quais tratamentos desejam se submeter. Isso porque as pessoas possuem concepções de vida diversas, e podem divergir a respeito das tecnologias que aceitam se submeter ou da

dependência de determinados aparelhos, quando a medida adotada dificulte ou inviabilize aquilo que elegeu como ideal de vida boa. Contudo, mesmo esses conceitos individuais podem sofrer mudanças devido a circunstâncias supervenientes que abalem suas convicções e desejos. É preciso que se possibilite que isso ocorra, para tanto é de extrema importância o cuidado e presença da família ao lado desse paciente, que mesmo na terminalidade da sua vida pode criar novos ideais, ou amadurecer antigos conceitos de forma a eleger novos bens como importantes.

A questão da autodeterminação torna-se mais controversa quando se está diante de um indivíduo menor de idade. Esses devem ser representados por seus pais que podem tomar decisões que divergiriam daquilo que se considera o melhor interesse clínico do menor, como no clássico caso da recusa dos pais Testemunhas de Jeová em permitir a transfusão de sangue quando existe o risco de morte para seus filhos em que deve prevalecer é o direito à vida sobre a liberdade de crença. De fato, os pais não poderiam impor suas convicções religiosas aos seus filhos menores, ainda mais quando se coloca em risco a vida dos menores. O menor, em decorrência da sua incapacidade, ainda não pode se autodeterminar a respeito daquilo que considera como um ideal de vida boa; portanto, deve-se proteger a possibilidade dele vir a se determinar no futuro, protegendo aquilo que lhe permitirá alcançar outros direitos posteriormente.

O último grupo de posições jurídicas fundamentais desenvolvido por Alexy (2011) quando estabelece o conceito de direito fundamental como feixe de posições jurídicas fundamentais refere-se às competências. Competência é o que confere ao seu titular a capacidade para criar ou alterar uma situação jurídica. Conforme Jellinek (*apud* ALEXY, 2011), a competência é um acréscimo à capacidade do indivíduo que lhe é conferida expressamente pelo ordenamento jurídico, de algo que ele por natureza não possui. Contudo, nem toda ação que altere posições jurídicas corresponde ao exercício de uma competência, existem também capacidades fáticas. Somente as ações institucionais, que pressupõem a existência de regras que lhes são constitutivas, referem-se ao exercício de uma competência. Essas regras constitutivas de competência criam a possibilidade de ações institucionais, de atos jurídicos, e por meio deles a capacidade de alterar posições jurídicas e o descumprimento de uma norma de competência implica na nulidade ou deficiência do ato e não na sua ilegalidade. Diferentemente de normas de conduta que não criam novas alternativas de ação, mas apenas qualificam ações estabelecendo obrigações, direitos a algo e liberdades e cujo descumprimento resulta na ilegalidade do ato.

Existem competências dos cidadãos protegidas por direitos fundamentais. A competência relaciona-se à liberdade de modo que se concebe a existência de direitos fundamentais *prima facie* a competências necessárias para a fruição de direitos de liberdade. Neste sentido, a teoria da garantia de institutos, desenvolvida por Schimitt (*apud* ALEXY, 2011), possui como núcleo a proibição do legislador de eliminar ou alterar substancialmente determinados institutos jurídicos de direito privado. Estes são formados essencialmente por normas de competência, assim a garantia de institutos uma proibição, endereçada ao legislador contra a eliminação de determinadas competências dos cidadãos.

Através do estabelecimento de competências, a margem de ação do individuo é expandida, o que significa um aumento da sua liberdade jurídica. O não reconhecimento ou eliminação de uma competência é um obstáculo para a liberdade, uma vez que a liberdade jurídica para realizar um ato jurídico pressupõe necessariamente a competência para fazê-lo. O reconhecimento de competências é uma das formas pelas quais o ordenamento pode ampliar a margem de ação dos indivíduos. Mas, para criar liberdade, o Estado precisa restringir liberdades. O exercício de competências leva à imposição de obrigações, a criação de normas de proteção restringe a liberdade de terceiros a fim de que não embaracem o exercício de alternativas de ação (ALEXY, 2011).

Em relação à competência do Estado, as normas de direitos fundamentais surgem como limitações à capacidade de ação do mesmo, restringindo a própria atuação estatal em relação aos direitos fundamentais por meio da introdução de cláusulas de exceção de competência. Normas de direitos fundamentais colocam o Estado em posição de não competência e os cidadãos em posição de não sujeição de forma a proteger os próprios direitos fundamentais e consequentemente os próprios cidadãos contra o Estado (ALEXY, 2011). A competência para determinar o destino de sua vida deve pertencer ao indivíduo, de modo a protegê-lo do arbítrio estatal.

Todos os indivíduos buscam a realização de suas aspirações, e cada cultura é uma expressão da percepção dos seus membros acerca do mundo em que se inserem. Apesar de apresentarem compreensões diferentes acerca do que seja vida e morte digna, nenhuma é detentora da verdade última que deve ser imposta aos demais, uma vez que cada uma representa uma compreensão do mundo em que se insere (ENGELHARDT, 2011).

A reapropriação da morte pelo doente significa a salvaguarda da sua qualidade de vida e seu direito de autodeterminação mesmo diante da morte. Protege seu direito à morte digna, por meio da recusa de submeter-se a tratamentos que apenas estendem a existência, e, consequentemente, a dor e o sofrimento. Impede, também, que a morte seja tratada como um

mero objeto de estudo e não como um momento determinante para um ser dotado de humanidade e detentor de direitos. O prolongamento artificial do processo de morte é alienante, retira a subjetividade da pessoa e atenta contra sua dignidade enquanto sujeito de direito. Portanto, a intervenção terapêutica contra a vontade do paciente é um atentado contra sua dignidade, contra sua liberdade e consequente autonomia, pois o priva de exercê-las nos momentos finais de sua existência. A Constituição (BRASIL, 1988) estabelece, no inciso III do artigo 1º, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro. Portanto, o fundamento jurídico e ético do direito à morte digna é a dignidade da pessoa humana. Esse princípio constitucional possibilita ao indivíduo exercer seus direitos e realizar suas escolhas conforme sua própria consciência, e, como um direito da personalidade, só cessa com a morte. Este, portanto, deve ter o poder de decidir pela submissão ou não aos tratamentos que lhe são apresentados, como também pela interrupção de tratamentos fúteis. Os limites às intervenções estabelecidos pelo paciente é uma forma de reconhecimento da morte como parte da vida, uma vez que é natural do homem ser mortal. Para alguns, seria mais humano morrer sem o recurso a meios artificiais que prolongam a agonia, e essa vontade deve ser respeitada, uma vez que o direito à vida é titularizado pelo indivíduo.

5 DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE

O conteúdo da dignidade humana varia conforme a concepção de vida das pessoas. Desta forma, pode abrigar percepções diversas e até mesmo opostas, podendo ser invocada para a defesa de posições opostas a respeito da prática ou não da eutanásia. “O conceito de dignidade carrega diferentes significados de valores éticos ao longo do tempo” (PESSINI, BARCHINFONTAINE, 2010, p. 91). Como exemplos de conceitos diferentes de dignidade, tem-se aquele dado por uma visão mais secularizada e outro por uma perspectiva cristã. Para a primeira, ocorre a valorização da liberdade e autonomia do paciente em sua morte. Essa autodeterminação permitiria ao indivíduo decidir pelo tipo de vida que deseja, pela qualidade da vida que tem disponível diante de si. A pessoa poderia escolher aquela vida que para ele merece ser vivida. Naquelas situações de dor e sofrimento, sem perspectiva de melhora ou alívio, de doenças incuráveis que deterioram progressivamente a capacidade do indivíduo, ele poderia optar pela morte, caso considere que seja melhor morrer do que viver sob tais circunstâncias. O princípio fundamental seria a qualidade de vida. Já na perspectiva

cristã de dignidade, a vida pertence a Deus, e somente Ele poderia intervir sobre ela determinando o seu fim. A dignidade humana é algo intrínseco ao ser humano por ser a imagem de Deus. O princípio fundamental é a inviolabilidade da vida. A dignidade não seria necessariamente diminuída pela dor e sofrimento, pois a dor é percepção da sensação e sofrimento é a resposta emocional do paciente a ela sendo pessoal, pois está ligada aos seus valores. Além das duas, o conteúdo da dignidade pode ser dado de diversas formas como através da referência a práticas concretas, que indicam as ações e limites que devem ser respeitados.

A afirmação de que uma vida sem qualidade não merece ser vivida e que isso justificaria a eutanásia não pode prevalecer sobre outras formas de pensamento, pois a realidade de diversos países subdesenvolvidos é a de falta de qualidade de vida da maior parte da sua população, o que não significa que tais vidas possuem um valor inferior em qualquer um dos seus estágios. O que se deve garantir é que os indivíduos possuam condições de buscar cada um o seu ideal de vida boa, bem-estar e portando de dignidade em todos os momentos de suas vidas. O Direito como Integridade de Dworkin (2003) propõe a ideia de Direito guiado pelos princípios de justiça, devido processo legal e equidade de modo a se aferir a melhor interpretação do direito de uma comunidade. O Direito como Integridade requer que o Estado assegure uma parcela de recursos a cada indivíduo a fim de serem usados por ele para buscar seu ideal de vida boa e bem-estar. É função do Estado promover as condições de desenvolvimento de uma vida digna pelos indivíduos, e não apenas garantir uma igualdade formal. Em uma perspectiva de proteção dos direitos individuais o Estado deve garantir condições iguais para que todos possam buscar seus projetos de vida, de acordo com suas concepções acerca do que seja viver e morrer com dignidade (DUARTE, 2011).

6 LIVRE DETERMINAÇÃO COMO EXERCÍCIO DA DIGNIDADE

No quadro da complexidade social contemporânea, diferentes concepções morais são possíveis, pois fruto da percepção de indivíduos com o mesmo valor intrínseco, convivem e colidem. Diante de questões que invocam essa subjetividade, pois só podem ser solucionadas mediante a valoração dos bens em conflito, faz-se necessário um meio idôneo, capaz de possibilitar a análise das concepções colidentes para se alcançar a solução do caso concreto. A Teoria da Argumentação Jurídica configura-se como uma metodologia que

confere racionalidade ao argumento decisório, funcionando como um instrumento de controle que confere cientificidade a atividade jurídica, por meio do discurso prático. Orienta-se por regras pragmáticas que, apesar de não garantirem a certeza do resultado, caracterizam-no como racional; é, portanto, capaz de solucionar os conflitos que surgem da pluralidade de concepções de vida e morte digna (ALEXY, 2011).

A argumentação jurídica busca possibilitar o controle racional da argumentação contida nas decisões jurídicas através de mecanismos que funcionem como limites e parâmetros para as valorações presentes na fundamentação da decisão jurídica. Sua objetividade está no respeito sistemático de uma série de condições ou regras de caráter formal por meio das quais os argumentos possam entrar na fundamentação de uma decisão. A obediência aos critérios lógicos de estruturação do discurso é o que confere racionalidade para a argumentação. Assim, mesmo um juízo que não compartilhe das mesmas concepções individuais acerca dos bens que o indivíduo elege como essenciais, terá que considerar seus argumentos como dignos de respeito, pois racionalmente fundamentados com base em critérios lógicos (ALEXY, 2011).

São estabelecidas regras e formas que quando adotadas são capazes de satisfazer a pretensão de correção do resultado fundamentado por meio da argumentação. Essas regras não determinam o resultado, apenas excluem da classe dos enunciados normativos possíveis os discursivamente impossíveis ao mesmo tempo em que impõem os discursivamente necessários. Essas regras não prescrevem as premissas das quais devem partir os participantes do discurso apenas indicam como se pode chegar a enunciados normativos fundamentados e racionais, sendo possíveis deferentes resultados. A neutralidade axiológica permite que se chegue a soluções sem que se estabeleça uma precedência *apriorística* de uma concepção sobre as demais presentes na sociedade. A Teoria do Discurso deve ser capaz de propor regras que sejam ao mesmo tempo fracas, a fim de possibilitar que diferentes concepções normativas possam estar de acordo com elas, e fortes, para tornar a discussão racional fundamentando racionalmente a decisão. Algumas dessas regras só podem ser cumpridas de modo aproximado, portanto, não se podem produzir certezas definitivas no âmbito do discursivamente possível (ALEXY, 2011).

Alexy (2011) elaborou uma Teoria da Argumentação Jurídica capaz de oferecer critérios para avaliar se um determinado juízo de valor é racionalmente justificável. As regras estabelecidas definem o procedimento que uma argumentação deve seguir para ser considerada racional. Tais regras são aplicáveis a todos os discursos práticos, servindo como parâmetro para a aferição de sua racionalidade. Essa é vista como uma faculdade universal,

portanto as regras deduzidas racionalmente possuem validade objetiva e universal (ALEXY, 2011).

A racionalidade de um discurso deriva da observância dessa série de regras predefinidas, e que são parte integrante de uma razão comunicativa. Apesar de a observância dessas regras não garantir que a concordância seja alcançada, sua observância aumenta "a probabilidade de alcançar acordo em assuntos práticos", formando consensos que sempre estarão abertos à revisão, nos termos das próprias regras do discurso. Não há a determinação de uma única decisão correta, mas a decisão que segue as regras da argumentação é, sob o ponto de vista formal, correta. A razão comunicativa é uma razão *a posteriori*, construída a partir de um consenso discursivamente estabelecido numa dimensão pragmática da linguagem. Desta forma há valoração, mas ela é racional, universal e objetiva, aplicando-se ao Direito Constitucional para justificar a restrição de direitos fundamentais quando ocorrem colisões entre princípios (ALEXY, 2011). **A determinação daquilo que irá reger os momentos finais do indivíduo pode ser discursivamente elaborado por meio da alusão a sua ideias e desejos sobre sua vida e seu fim, sem que isso interfira nas concepções dos outros indivíduos. Não se estabelece uma padronização moral, uma vez que todas são passíveis de serem discursivamente e racionalmente fundamentadas.**

Do reconhecimento de diferentes concepções sobre o que seja uma morte digna decorre que não se tem um valor único, compartilhado por todos, do que seja morrer dignamente. A partir dessa compreensão, deve-se assegurar o direito à vida mesmo na sua terminalidade através de garantias a serem fornecidas pelo Estado que possibilitem aos indivíduos tomar suas decisões da melhor forma possível, mas além das quais possam buscar sua própria compreensão do que seja vida e morte digna. Não se deve estabelecer uma solução que seja considerada "correta" para os todos os casos, mas criar a possibilidade de que as decisões sejam tomadas de forma correta. Assim, a opção pela eutanásia e pelo emprego das tecnologias disponíveis seria discursivamente analisada de acordo com as concepções dos indivíduos afetados no caso concreto: em primeiro lugar do paciente e se essa não for possível daqueles que melhor poderiam manifestar sua vontade, como a sua família.

Contudo, alguns parâmetros e limites devem ser estabelecidos a fim de que o exercício da autonomia não descambe para uma anarquia, garantindo-se que a vida, um bem de valor inestimável e condição necessária para o exercício dos demais direitos, possa ser também protegida. O papel do Judiciário seria o de buscar com imparcialidade a pacificação dos conflitos que surgem, ponderando as diversas concepções presentes na sociedade

brasileira, portanto sem estabelecer uma padronização do que deve prevalecer em todos os casos.

Dworkin (2011) chama a atenção para o fato de que as leis são objeto de interpretação. Para ele, existem aspectos gerais e abstratos a respeito do direito em que é possível estabelecer um consenso na sociedade; a partir desses conceitos, surgem as diversas concepções sociais. O papel do julgador é o de interpretar tais conceitos e concepções de forma a se alcançar a resposta correta para o caso concreto. O meio para se efetivar tal tutela é alcançado quando se considera a direito como integralidade. Diferentemente de Alexy (2011), ele considera que a solução dos conflitos de normas deve ocorrer através da aplicação de uma norma estabelecida *prima facie* e que conforme, da melhor forma possível, as diversas concepções relevantes para o caso, e não por meio da ponderação no caso concreto do grau de otimização dos princípios colidentes, pois isso configuraria a criação de normas posteriores ao fato (DWORKIN, 2011). Para a efetivação do Direito como Integridade, é necessário que os diversos princípios dos grupos sociais sejam reunidos em uma personificação da comunidade, que forma um agente moral. Os princípios que formam esse ente personificado possuem determinadas característica que os diferenciam dos princípios adotados pela maior parte da sociedade. O conteúdo desses princípios seria transcendente à moral individual, formando uma moral objetiva. Ao defender um sistema aberto de normas, Dworkin (2011) afirma que é preciso que o juiz realize um esforço argumentativo para colher os princípios referentes ao caso concreto, de forma imparcial, que determinarão também a interpretação das regras, dessa forma existiria uma única solução correta para cada caso controverso, mas que só seria alcançada ao se analisar as circunstâncias do caso concreto (SÁ, 2005). Assim, seria possível o respeito às diversas concepções existentes na sociedade sem se desviar para a arbitrariedade, ou se comprometer a segurança jurídica.

É preciso observar também que aquilo que muitos elegem como o seu bem maior nos casos de doenças incuráveis e em estado terminal é a vida, que, portanto deve ser preservada pelo seu valor intrínseco e também pelo respeito à vontade e livre determinação do indivíduo que a elegeu como o bem a ser protegido e alcançado.

O Estado deve ser capaz de respeitar a vontade daqueles que decidem de forma consciente não prolongar o processo de morte, ao mesmo tempo em que garante aqueles que decidem viver até as últimas consequências o acesso aos meios que lhes permita concretizar a sua vontade, isso dentro de uma razoabilidade estabelecida por parâmetros e por limites do possível. Assim, do mesmo modo que o exercício da autonomia encontra limites, como a capacidade jurídica de autodeterminação, o direito aos tratamentos médicos que possibilitem

o prolongamento da vida deve estar de acordo com a reserva do possível relativo aos limites financeiros do Estado.

Surge o problema acerca da capacidade de autodeterminação do paciente quando da sua recusa em receber terapêuticas que o juízo médico considera indispensável para a manutenção de sua vida. A vontade do paciente deve ser respeitada, desde que sua decisão não se encontre viciada pela perda da capacidade de discernimento ou pela discriminação ou desigualdade. Muitas vezes, a própria doença compromete a racionalidade do indivíduo, e decisões que comprometem a vida exigem a competência proporcional para tanto. Além disso, deve-se garantir que o indivíduo decida livre de pressões.

A vida é um direito que pode ou não ser satisfeito, não há como se falar em uma satisfação gradual de tal bem, diferentemente do direito à saúde que dela deriva. Dada a sua precedência sobre os demais bens jurídicos, decorrente de sua natureza de condição para a fruição dos demais, o direito à vida deve ser preservado e conjugado com o princípio da dignidade da pessoa humana. Se, antes, a preocupação central era o momento da morte, hoje, com as descobertas da Medicina, o que se discute é o processo de morrer. A morte é uma etapa da vida, sua etapa final, e como tal deve ser respeitada.

A *ortotanásia* volta-se para a saúde como um todo, não apenas como ausência de doença, mas como bem-estar físico, mental, social e espiritual do doente crônico ou em estado terminal (PESSINI; BACHIFONTAINE, 2010). A *ortotanásia* permite que se diferencie entre cuidar e curar, a morte assim pode ser vista como uma etapa da vida e não como um erro que não se foi capaz de sanar. Não se resume ao mero controle da dor, mas se constitui também pelo amparo que o paciente deve receber daquelas pessoas que adquiriram uma significação especial ao longo de sua vida. Dessa forma, pode promover-se a saúde mesmo no percurso final da vida.

A *eutanásia* pode ser considerada uma saída honrosa para os que estão diante de uma longa e dolorosa agonia. Os casos em que o paciente pudesse decidir sobre sua morte representariam a maximização do princípio da autodeterminação do indivíduo. Questões de saúde pública também são relevantes, como o custo de manter vivo um paciente sem chances de voltar à plena consciência. Mas, em sua essência, é um tema de forte subjetividade, haja vista existirem diversos conceitos morais envolvidos.

A *eutanásia* é, portanto, um fator criador de “dramas constitucionais”, como definiu Dworkin (2003). Segundo o autor, a autonomia das pessoas é, às vezes, cerceada por excesso de proteção, deixando-se de lado a vontade do indivíduo. Os direitos e garantias constitucionais não atentaram ou os legisladores foram omissos em não entender que o

homem domina seu corpo enquanto vivo, guardadas as devidas exceções, sendo, portanto, necessário o respeito aos indivíduos e às suas decisões.

> Um Compromisso absoluto com a santidade da vida domina também nossas preocupações com o outro extremo da vida: é o sustentáculo de nossas preocupações e perplexidades diante da eutanásia [...]. "Os que desejam uma morte prematura e serena para si mesmo ou para seus parentes não estão rejeitando a santidade da vida; ao contrário, acreditam que uma morte mais rápida demonstra mais respeito com a vida do que uma morte protelada. (DWORKIN, 2003, p. 341)

Entretanto, é necessário ponderar sobre o grau de autonomia jurídica que a pessoa tem quanto ao seu processo de morte. A autodeterminação no contexto de terminalidade da vida é necessária para a garantia da dignidade humana. Portanto, embora no Brasil, a eutanásia *lato sensu* e o auxílio ao suicídio sejam consideradas condutas ilícitas, não o é a ortotanásia. No entanto, deve-se compreender que a liberdade não é um conceito absoluto, passível de ser aplicado a todos os casos acima de qualquer outra medida, uma vez que é um princípio e como tal está *prima facie* em conflito ou colisão com outros princípios e regras. Uma vez colidindo com o direito a vida, é necessário que se pondere de acordo com as circunstâncias do caso concreto acerca daquilo que deverá prevalecer. Sem a consideração da diversidade e da complexidade da sociedade atual, o princípio da dignidade humana pode ser usado para a homogeneização dos indivíduos, para a negação da individualidade.

É necessário recuperar a ideia de vida para além da pura biologia, valorizando a pessoa, os seus valores e opções. O médico deve dar mais atenção ao doente e menos à cura em si. Tendo a consciência dos limites dos investimentos médicos na fase final da vida. Ao reconhecer um quadro incurável, a terapêutica curativa deve ser substituída pela paliativa. Deve-se dar maior atenção à dor e ao sofrimento do doente.

A obsessão pela imortalidade, que levou ao prolongamento da vida deve dar lugar à recuperação do conceito de morte como acontecimento natural e importante na existência de cada um. Isso é fundamental para que o doente possa readquirir o papel de protagonista no processo da sua própria morte, a fim de que possa optar por passa-lo em paz e na companhia de familiares e pessoas queridas.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma República que se funda sobre o valor da dignidade da pessoa humana tem o dever de preservá-la. Mas não lhe é possível determinar o conteúdo moral atribuído por todos os seus cidadãos ao conceito de vida digna. A tarefa que deve efetuar é muito mais complexa do que a regulamentação dos limites das intervenções sobre a vida. Como se buscou concretizar com a proposta do Projeto de Lei nº 125 (BRASIL, 1996), que pretendia instituir a possibilidade de realização de procedimentos de eutanásia diante de certas situações específicas, mas que foi arquivada (RÖHE, 2004) e em 2005, quando foi elaborado o Projeto de Lei nº 5.058 (BRASIL, 2005) proposta uma lei que proibia claramente a sua prática no território nacional, definindo-a, assim como o aborto, como crime hediondo e que também foi arquivada.

Ao Estado cabe, primeiramente, fomentar o desenvolvimento do ideal de vida digna aos seus cidadãos. Dessa forma, possibilitar o alcance da consciência necessária para o exercício da liberdade e autodeterminação em todos os momentos da existência humana. Só assim é possível o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos e a proteção a vida em todos os seus aspectos e não apenas os biológicos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica.** Zilda Hutchinson Schild Silva (Trad.). 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (Trad.). 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCHIFONTAINE, Chistian de Paul & PESSINI, Léo (org) **Problemas atuais de bioética.**São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Edições Loyola, 2010.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848,** de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.amperj.org.br/store/legislacao/codigos/cp_DL2848.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil,** promulgada em 05 de outubro de 1988.18ed. atual. e ampl. São Paulo, 2007.

_____. **Projeto de Lei nº 125**, de 05 de junho de 1996. Disponível em <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:senado.federal:projeto.lei;pls:1996-06-05;125>. Acesso em 17/mar/2013.

_____. **Projeto de Lei nº 5058,** de 13 de abril de 2005. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=281681>. Acesso em 17/mar/2013.

_____. **Resolução CFM nº1931**. Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90. Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173. Aprova o Código de Ética Médica.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DURAND, Guy. **Introdução geral à bioética. Historia conceitos e instrumentos.** 3ª Ed. São Paula: Edições Loyola,2010.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **A eutanásia no Direito brasileiro.** Artigo publicado no *Diário do Grande* ABC no dia 06/04/05. Disponível em: *<http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2005/81/ >* Acesso em: 10 dez. 2012.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e outras liberdades individuais.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **O Império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENGELHARD, H. Tristram, Jr. **Fundamentos da bioética.** (trad.) Hubert Lepargmeur. São Paulo: Loyola, 2011.

FRANCISCONE, Carlos Fernando Francisconi; GOLDIM, José Roberto. **Problemas de Fim de Vida: Paciente Terminal, Morte e Morrer.** Disponível em: *<http:/ /www.ufrgs.br/bioetica/morteres.htm#morte>*. Acesso em: 10 dez. 2012

GANTHALER, Heinrich. **O direito a vida na medicina.** (trad) Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia.** Disponível em: *<http://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>*. Acesso em: 10 dez. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

RÖHE, Anderson. **O paciente Terminal e o Direito de Morrer**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.