



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROPESQ – PRÓ-REITORIA DE PESQUISA
E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



**O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E
A TUTELA DA VONTADE DO PACIENTE TERMINAL**

RENATA OLIVEIRA ALMEIDA MENEZES

**Recife
2015**



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROPESQ – PRÓ-REITORIA DE PESQUISA
E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E A TUTELA DA VONTADE DO PACIENTE TERMINAL

RENATA OLIVEIRA ALMEIDA MENEZES

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.
Orientador: Prof. Dr. Silvio Romero Beltrão

**Recife
2015**

Catalogação na fonte
Bibliotecário Josias Machado da Silva Jr CRB/4-1601

M543d Menezes, Renata Oliveira Almeida
O direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a tutela da vontade do paciente terminal. – Recife: O Autor, 2015.
185 f.

Orientador: Sílvio Romero Beltrão.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ.
Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.
Inclui bibliografia.

1.Doentes terminais - Cuidado e tratamento - Aspectos morais e éticos. 2. Personalidade (Direito). 3.Dignidade (Direito) - Brasil.4. Decisões de vida e morte.5. Direito à morte.6. Eutanásia.7. Distanásia.8. Bioética.9. Direito civil.I. Beltrão, Sílvio Romero (Orientador). II. Título.

344.8104197 CDD (23. ed.)UFPE (BSCCJ2017-02)

Renata Oliveira Almeida Menezes

O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E A TUTELA DA VONTADE DO PACIENTE TERMINAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Silvio Romero Beltrão

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Roberto Paulino de Albuquerque Júnior (Presidente da Banca Examinadora/UFPE)
Julgamento: APROVADA. Assinatura: _____

Prof. Dr. Josimário João da Silva (1º Examinador externo/UFPE/CCS)
Julgamento: APROVADA. Assinatura: _____

Prof. Dra. Fabíola Albuquerque Lôbo (2º Examinadora interna/UFPE)
Julgamento: APROVADA. Assinatura: _____

MENÇÃO GERAL: APROVADA. _____

Recife, 21 de agosto de 2015.

Coordenador Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior

AGRADECIMENTOS

Por acreditar que os sonhos podem até ser individuais, mas as conquistas são coletivas, agradeço por ter conseguido concluir esta dissertação às seguintes pessoas:

A Deus, por sempre me inspirar a buscar soluções jurídicas para problemas sociais das pessoas que muitas vezes não têm voz;

A meu pai, Alvim Nicolau (*in memoriam*), por me ter ensinado a ser forte e a ter coragem, mesmo quando a vida está no limite;

A minha mãe, Maria do Socorro, por me ter estimulado a confiança na possibilidade de superação de todos os obstáculos;

A meu marido, Fernando Menezes, por me abastecer de serenidade a cada dia;

A meu orientador, Prof. Silvio Romero, pela infinita boa vontade em contribuir para o desenvolvimento desta pesquisa e pela humildade com a qual conduziu o trabalho, dando-me segurança nas decisões tomadas;

Aos professores Roberto Paulino, Larissa Leal, Torquato Castro, Fabíola Lôbo e Eugênia Barza, não exclusivamente pelos conhecimentos compartilhados, mas, principalmente, pela receptividade com a qual me receberam em suas aulas;

Aos colegas e amigos Hermann Dantas, Rafael Azevedo, Luis Lessa, Humberto Carneiro, Everilda Brandão e Juliana Melcop por terem tornado mais prazerosas as experiências compartilhadas no curso desse Mestrado;

Aos amigos Edil Batista, Arlindo Aguiar e Luciana Brasileiro, pelo incentivo a mim destinado desde o processo de seleção, com a permanente torcida pelo meu sucesso.

RESUMO

A revolução biotecnológica, ao buscar novos meios para a preservação e restauração da saúde humana, criou mecanismos que, quando não alcançam a cura, são capazes de prolongar o processo de morte, e, conseqüentemente, do sofrimento dos enfermos. Em um contexto psicossocial em que a autoridade da equipe de saúde constantemente se confronta com a liberdade individual dos pacientes, resta ao Direito o desafio de proteger estes últimos, respeitando-os como seres autônomos. O problema científico dessa pesquisa trata-se do questionamento sobre se a teoria do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, por ser compatível com os princípios e direitos fundamentais, serve de embasamento para o exercício dos direitos de liberdade do paciente terminal, para respeitar a sua vontade e proteger a sua integridade psicofísica e moral, servindo para pautar as disposições antecipadas na terminalidade. Constatou-se que, contanto que se faça uma aplicação ponderada desse direito, respeitando-se os limites impostos pelo constitucionalismo, ele protegeria a dignidade e a liberdade no fim da vida. Para tanto, utilizou-se o método descritivo-analítico, com consultas a textos legislativos, e fez-se uma pesquisa bibliográfica, tendo como marco teórico autores portugueses e brasileiros que tratam do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, dos direitos fundamentais, e da Bioética. A pesquisa contribui para o debate acerca da efetividade de proteção dos pacientes terminais; por traçar parâmetros para a aplicação da proporcionalidade nas situações existenciais, e por propor uma mudança na perspectiva da relação médico-paciente, ensejando o desafio de se perceber o enfermo como um sujeito de direitos, autônomo, e não como um mero objeto de estudo.

Palavras-chave: Livre desenvolvimento da personalidade; Integridade; Terminalidade; Autonomia privada; Ortotanásia.

ABSTRACT

The biotechnological revolution searching means of preservation or restoration the human health established mechanisms that when do not cure they are able to lengthen the process leading to death, what consequently cause patient great suffering. In the psychosocial context in which medical authorities many times go against individual freedom of the patient, Law has to protect this patient, beginning with the autonomy. The question for this research start from the theory of self-development of the personality, compatible with fundamental rights approach, basis that permits terminal patients to express his last will, as well as their psychophysical or moral integrity. The study concludes that the right to self-development can protect patient's dignity and liberty only if this principle be according the limits of constitutionalism. The descript and analytical method was used in the survey, consulting legal texts, having support Portuguese and Brazilian experts in fundamental rights, personality and bioethics. The intention of this study was to contribute to promote debates about effectiveness of terminal patient protection principles, about patterns of proportionality that can be applied in existential situations as well as to propose a change in the perspective of medical-patient relationship, which incentives to face the terminal patient as an individual with rights, autonomous, not an object.

Keywords: Free development of personality; Integrity; Terminality; Private autonomy; Orthotanasia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 – DA PESSOA, DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE, DA LIBERDADE	15
1.1 A PESSOA COMO FIM DO DIREITO E TITULAR DE PERSONALIDADE	15
1.2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A PROTEÇÃO DA PESSOA	23
1.2.1. Disposições gerais	23
1.2.2. Características dos direitos da personalidade	30
1.3 O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE	36
1.3.1 Liberdade e vontade	36
1.3.2 Conceito e embasamentos do direito ao livre desenvolvimento da personalidade	43
1.3.3 Direito geral da personalidade e o confronto com a classificação dos direitos da personalidade	49
1.3.4 Liberdade geral de ação	53
2 – A CAPACIDADE DO PACIENTE TERMINAL E O SEU DIREITO DE ESCOLHA COM BASE NO CONSENTIMENTO INFORMADO	57
2.1 A NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE	58
2.2 ANÁLISE DA CAPACIDADE DO PACIENTE TERMINAL	66
2.3 CONSENTIMENTO INFORMADO E ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO	73
2.4 O LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E OS PRINCÍPIOS BIOÉTICOS	82
2.5 CONFLITOS ENTRE A VIDA E A MORTE	92
2.6 AS DIRETIVAS ANTECIPADAS E O EXERCÍCIO PREVENTIVO DA AUTONOMIA	102
3 – AUTONOMIA COMO FUNDAMENTO PARA O RESPEITO À MORTE E À INTEGRIDADE DO PACIENTE TERMINAL	110
3.1 A INTEGRIDADE COMO DIREITO DA PERSONALIDADE	110
3.1.1. Direito à integridade psicofísica	110
3.1.2. Direito à integridade moral	121
3.2 DELIMITAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO AO LIVRE	129

DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE AOS CONFLITOS DO PACIENTE TERMINAL	
3.2.1. Os limites ao livre desenvolvimento da personalidade e à vida	129
3.2.2. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais	140
3.2.3. A proporcionalidade aplicada aos direitos à vida e à liberdade: em prol da solução de dilemas na terminalidade	143
3.3 O DIREITO DE MORRER COM DIGNIDADE COM BASE NA AUTONOMIA: ANÁLISE SOB O PRISMA DA PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE	152
CONSIDERAÇÕES FINAIS	163
REFERÊNCIAS	167

INTRODUÇÃO

O problema científico sobre o qual se debruça esta pesquisa reside no questionamento acerca de se a teoria do direito ao livre desenvolvimento da personalidade serve de embasamento para o exercício dos direitos de liberdade do paciente terminal, como meio de respeitar a sua vontade e de proteger a sua integridade psicofísica e moral, podendo, inclusive, pautar as suas disposições sobre o seu processo de morte; e, em caso afirmativo, este trabalho questiona como se demarcam os limites desse exercício libertário.

Trata-se de tema inserido na perspectiva de Direito Civil-Constitucional, condizendo, mais especificamente, com os direitos fundamentais e direitos da personalidade. Enquadra-se na área de concentração da Teoria e Dogmática do Direito, do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, e dentro dessa área geral, filia-se à linha de pesquisa “transformações nas relações jurídicas privadas e sociais” – já que se preocupa com os riscos à dignidade causados pelas mudanças ocorridas no curso de vida e processo de morte após a revolução biotecnológica e seus efeitos em relação à aplicação do Direito – , no grupo de pesquisa concernente à “constitucionalização do direito privado”. Seu recorte é essencialmente voltado ao estudo do pós-positivismo jurídico aplicado ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, às diretivas antecipadas e à ortotanásia, sob a perspectiva da proteção dos pacientes terminais.

A presente dissertação parte da premissa de que, como os direitos da personalidade se estendem até a morte, os pacientes, mesmo que terminais, continuam sendo sujeitos de direitos, de modo que questiona se a constatação da sua fragilidade é argumento para defender o exercício da sua autonomia, quando esta é de possível execução, apesar da sua debilitação da saúde; ou se remete ao profissional de saúde o dever de atuar, de forma paternalista, nas decisões no fim da vida.

Como hipótese a ser verificada tem-se que os pacientes que adentram na última etapa da vida possuem uma vulnerabilidade fática e multifacetada, pois além dos sintomas físicos e psicológicos causados pelas enfermidades que os acometem, enfrentam o desafio de se verem reconhecidos como sujeito de direitos, e, conseqüentemente, terem as suas autonomias respeitadas no âmbito hospitalar, justificando-se a necessidade de se aplicar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, para que haja a proteção da sua dignidade, e conseqüente preservação da sua integridade.

Ademais, esta pesquisa parte do pressuposto de que uma análise teleológica e sistêmica do direito fundamental à vida e dos direitos da personalidade, em especial do direito à integridade, à luz dos princípios fundamentais da dignidade e da isonomia, conjuntamente com os princípios bioéticos da autonomia e da não maleficência, seria suficiente para legitimar a prática da ortotanásia, independentemente da existência de sua posituação expressa, aplicando-se a horizontalização dos direitos fundamentais, permeados por uma leitura pós-positivista do fenômeno jurídico, de modo que se poderia afirmar que o exercício libertário do enfermo engloba a capacidade de se posicionar sobre o seu processo de morte.

Tem-se que a obstinação terapêutica em desacordo com a vontade do enfermo ou do seu representante contraria a característica da inviolabilidade dos direitos da personalidade, em especial dos direitos à integridade e ao livre desenvolvimento da personalidade, justamente no momento em que o enfermo necessita de maior tutela. Acredita-se que essa obstinação, que resulta no prolongamento do seu sofrimento e do seu processo de morte, macula o princípio que se encontra no núcleo do constitucionalismo.

Como o exercício de liberdade deve obedecer a limites, aplicando-se o princípio da proporcionalidade poder-se-ia defender que as condutas de eutanásia e de suicídio assistido violariam o valor essencial dos direitos fundamentais.

Para tanto, a presente dissertação contará com três capítulos, além desta seção introdutória. O capítulo inicial é concernente à pessoa, aos direitos da personalidade e à liberdade. Nele se verificará a evolução do conceito de “pessoa” até se chegar à concepção de que a pessoa é o fim do Direito, e serão analisados os conceitos correlatos, a saber, os de “ser humano” e de “sujeito de direitos”, para se compreender em quais definições se enquadram os pacientes que adentram na terminalidade.

Em seguida, discorrer-se-á sobre o conceito e a importância dos direitos da personalidade em prol da proteção da pessoa, dedicando-se uma atenção especial às suas características, principalmente em relação à indisponibilidade, pois será de grande importância para o debate acerca de se o paciente que opta pelo não prolongamento da manutenção da vida artificial estaria dispondo da sua vida e dos seus direitos de integridade.

No mesmo capítulo se discorrerá sobre o direito à liberdade, enquanto direito fundamental, e o correlacionando à vontade, estendendo a sua aplicação e as suas especificações no âmbito privado. Ademais, apresentar-se-á a teoria do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, eixo central teórico da pesquisa, analisando-se seus

conceitos e suas duas dimensões: a liberdade geral de ação e o direito geral da personalidade, para que se constate se o reconhecimento da individualidade, da diferença entre as pessoas e das suas autonomias é capaz de contribuir para a livre ação do enfermo submetido a uma equipe de saúde.

O segundo capítulo tratará da capacidade do paciente terminal e do seu direito de escolha com base no consentimento informado. Iniciará perquirindo-se sobre a natureza jurídica da relação médico-paciente, para que se delimite qual ramo do direito deve ocupar-se especificamente do assunto. Também se fará a distinção entre capacidade jurídica negocial e capacidade para consentir, de modo que se estimule a aferição da competência dos pacientes em relação à compreensão das manobras terapêuticas aplicadas ou aplicáveis ao seu corpo.

No mesmo capítulo, esboçar-se-á o contexto social em que o enfermo se insere, após o seu internamento em unidades de saúde, sustentando a sua incurabilidade, progressividade do quadro clínico e submissão à equipe hospitalar. Figura, assim, em uma relação em que *a priori* se encontra em situação menos privilegiada e passível de desrespeito quanto aos seus direitos da personalidade. É nesse contexto que se abordará a necessidade de se fornecer a informação adequada sobre o seu estado de saúde, e opções de tratamentos disponíveis, para que haja o correto exercício da sua autonomia.

Devido à interdisciplinaridade do tema, se fará uma análise dos princípios da Bioética – ramo ético aplicado às ciências da vida – em conjunto com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, para se compreender se há correspondência entre os seus ideais libertários e o direito da personalidade em questão. Analisar-se-á, ainda, se os princípios podem contribuir para que tal direito alcance a eficácia social na relação médico-paciente.

Ademais, como forma de distinguir as condutas ilícitas acerca do fim da vida daquelas que ostentam a legítima expressão dos direitos de liberdade e da preservação da dignidade, será feita uma comparação entre os institutos da eutanásia, distanásia, ortotanásia, mistanásia e suicídio assistido; e se abordarão os requisitos e as hipóteses em que o testamento vital e as diretivas antecipadas de vontade são cabíveis, bem como se verificará se tais instrumentos servem para a preservação dos direitos do paciente terminal.

No último capítulo, se perquirirá sobre a autonomia como fundamento para o respeito à morte e à integridade do enfermo. Um primeiro tópico se ocupará da integridade como direito da personalidade, e se suscitarão as formas de proteção oferecidas pelo Código Civil

brasileiro para a proteção da incolumidade das pessoas, em especial, no tocante aos riscos aos quais se submetem os enfermos sob a autoridade hospitalar.

Consecutivamente, propiciando o corte epistemológico transversal entre o Direito Constitucional e o Direito Civil, serão discutidos os limites ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade e ao direito à vida, iniciando-se uma abordagem com base nos direitos fundamentais, para posteriormente se verificar as limitações em relação aos direitos da personalidade.

Procurar-se-á definir o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, na qualidade de limites para restrição, para, em seguida, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, verificar-se como deve ser feita a ponderação entre grandezas fundamentais ante os conflitos inerentes à terminalidade.

Por fim, a pesquisa se ocupará de discorrer sobre a existência ou não de um direito de morrer com dignidade, pautado na autonomia, como instrumento de proteção da integridade moral e psicofísica do paciente terminal. Será feita uma análise inserindo-se o enfermo na qualidade de sujeito de direitos, considerando-o autônomo, apesar da sua fragilidade de fato, e pautando-se na esfera de amplitude dos seus direitos de liberdade, considerando-se as limitações impostas pelo ordenamento jurídico em vigor.

Tendo por base os objetivos propostos e as questões que orientam a investigação, utilizando-se como marco teórico a doutrina dos professores Paulo Mota Pinto, Robert Alexy e Jorge Reis Novais, acerca do livre desenvolvimento da personalidade, se usará o método de estudo qualitativo, com o intuito de compreender os fenômenos de forma holística no seu contexto, por meio da observação, colheita e análise dos dados acerca da violação dos direitos da personalidade dos pacientes terminais no âmbito interno hospitalar, dando-se ênfase aos direitos à integridade física, moral e psíquica.

Tratar-se-á de pesquisa exploratória, pois se pretende conhecer mais a realidade dos leitos e unidades de cuidado intensivo dos hospitais, em relação ao nível de sofrimento dos enfermos, em face dos abusos terapêuticos, por meio de pesquisa bibliográfica de autores especializados em Bioética, Psiquiatria e Filosofia, utilizando-se como critério de inclusão a análise do contexto psicossocial dos pacientes com internação hospitalar e da incurabilidade da enfermidade.

Também será uma pesquisa descritiva, já que explicitará a realidade legislativa brasileira acerca da preservação dos direitos de liberdade, sobre a previsão das diretivas

antecipadas de vontade e sobre o posicionamento acerca do processo de morte, e analisará o grau de adequação em prol da proteção dos vulneráveis, diante das mudanças provocadas pela revolução biotecnológica aplicada à manutenção da vida artificial.

Será feito uso do método hipotético-dedutivo, já que se confrontará o conceito clássico de “vida” e o conceito de “vida sem valor de vida”, para se verificar se há a compatibilidade entre a ortotanásia e a indisponibilidade dos direitos fundamentais; e se colocará em confronto a inviolabilidade do direito à integridade face à prática da distanásia.

As técnicas de pesquisa a serem usadas para o levantamento bibliográfico serão a observação sistemática e a análise de conteúdo. A pesquisa bibliográfica será descritiva e explicativa, de modo a aprofundar o conhecimento sobre a realidade do tratamento dos enfermos nos hospitais, bem como acerca dos fatores capitalistas e sociais que eventualmente impedem a preservação da dignidade e da integridade.

A fim de executar a pesquisa em enfoque, será utilizado o método descritivo-analítico, com abordagens por meio de consultas à Constituição Federal de 1988, ao Código Civil, aos Enunciados das Jornadas de Direito Civil, às Resoluções do Conselho Federal de Medicina, ao Código de Ética Médica, e a outros textos legislativos e bibliografias, brasileiros e oriundos de outros países, em especial de Portugal, pertinentes aos eixos temáticos deste assunto.

A pesquisa terá um caráter interdisciplinar, com desdobramentos em áreas da Bioética, do Direito Constitucional, Civil e Médico – além dos direitos humanos. O corpo da pesquisa pretende aproveitar essa abrangência numa construção voltada para a compreensão jurídica do fenômeno estudado, enfrentando o desafio da variedade de fontes através da direção unívoca que levam para a formação da estrutura legal, para fundamentar o exercício da liberdade do paciente terminal.

1 – DA PESSOA, DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE, DA LIBERDADE

“Sê uma pessoa e respeita os demais como pessoas.”

Kant

1.1 A PESSOA COMO FIM DO DIREITO E TITULAR DE PERSONALIDADE

Ao se partir do pressuposto de que a pessoa natural é aquela em que habita a vida, independentemente de quanto tempo de existência lhe reste, há de se entender que o paciente que se encontra na terminalidade, ou seja, na última fase da vida, é não somente um sujeito de direitos, um ser autônomo— como são todos os demais seres humanos —,mas também é fim do Direito, e que, devido à sua condição de fragilidade de saúde, demanda uma atenção especial para que sua liberdade não lhe seja tolhida por arbitrariedades propensas a ocorrer em ambiente hospitalar. O agravamento da saúde não lhe retira direitos, apenas requer que seus exercícios diretos ocorram de acordo com a sua capacidade para consentir.

Nesse sentido, a mudança mais importante da perspectiva na criação e interpretação do Direito ocorreu a partir da marcha histórica em prol da sedimentação dos Direitos Humanos, em âmbito interno e externo, passando a figurar a pessoa no cerne dos Ordenamentos Jurídicos, e a se adotar a dignidade como axioma homogeneizador, como vetor de interpretação sistêmica, por dela decorrerem e por ela concorrerem os direitos fundamentais e da personalidade.

Por mais que na realidade atual pareça evidente a definição de “pessoa” e a afirmação de que a ordem jurídica é estabelecida visando à tutela do ser humano, essa proclamação do óbvio mostra-se necessária quando da análise histórica das atrocidades cometidas contra os bens mais íntimos pessoais, e quando se interpreta a profundo os primeiros diplomas que proclamavam os direitos humanos, que se tornaram a gênese dos direitos da personalidade, mas que excluía do rol de sujeitos os negros e os índios, por exemplo, por não considerá-los pessoas.

A universalidade, característica que hoje é indiscutivelmente inerente aos direitos humanos e aos seus decorrentes, é uma das maiores conquistas em relação ao reconhecimento da dignidade proveniente do simples fato de ser humano. O direito privado, que muito tempo orbitou sobre o direito à propriedade, mudou de perfil, gerando novos desafios no concernente

à readaptação do pensamento jurídico, vestindo-o de um caráter mais humanitário. Quando da análise da evolução dos direitos humanos, verifica-se que durante muito tempo o direito à propriedade teve importância equiparada aos direitos concernentes às qualidades pessoais dos sujeitos, situação que não se mostra mais atual.

Esse caráter humanitário necessita estar presente desde a fase embrionária do ser em gestação até a fase em que o sujeito perpassa por seu último estágio, o processo de morte, para que então se possa afirmar que efetivamente os direitos essenciais são universais. Por tal motivo, faz-se imprescindível a delimitação do conceito de “pessoa” e a pormenorização das definições afins, a saber, “homem”, “ser humano” e “sujeito de direitos”, para que haja a correta interpretação e aplicação desse Direito, criado por pessoas e destinado à regulamentação do cotidiano delas.

A delimitação conceitual é importante não apenas no plano abstrato, mas, principalmente, sob o prisma prático, pois serve para que se identifiquem quais são os sujeitos dos direitos da personalidade e para que se constate a importância de se enquadrar os pacientes terminais nesse rol de titulares.

Apesar de o vocábulo “pessoa” nos remeter à ideia de “homem”, este último é um conceito eminentemente biológico e arqueológico e se pauta nos traços distintivos do ser humano em relação aos demais animais, e na sua evolução como espécie. No entanto, apesar dos esforços classificatórios, o homem, em si, é diferente dos demais da mesma classe, como pondera Rahner (1973, p. 27), ao afirmar que o ser humano é substancialmente uno, de modo que esta unidade antecede e domina ontologicamente a pluralidade autêntica, real e irreduzível que há na estrutura do seu ser, devido à sua origem, à sua existência e à sua determinação definitiva.

Mesmo diante das peculiaridades de cada ser humano em separado, são os pontos de intersecção entre eles que serão utilizados para a qualificação do que é ser pessoa, ao passo que os pontos de confronto, de diferenciação, serão importantes para se detectar aqueles que necessitam de tutela específica do Direito nas relações sociais.

Em síntese, pode-se afirmar que o conceito de pessoa não é conhecido pela Biologia, já que, por não fazer parte do seu vocabulário técnico, ela não traça critérios científicos para verificar sua existência. Na verdade, trata-se de termo de valorização cultural, decorrente da Ética e dotado de pressupostos sociológicos (LEPARGNEUR, 1996, p. 108). Tais pressupostos serão considerados para que se chegue à conceituação utilizada no âmbito

jurídico, para que se considere o ser humano a partir de uma visão que ultrapasse a mera aceção do que é ser gente, efetivando a sua proteção nas relações interpessoais.

Conforme pontua Sousa (1995, p. 29):

Seja como for, quer o homem primitivo tenha vivido ou não num estado de liberdade e de igualdade naturais anterior ao chamado contrato social, parece ser de induzir que a discriminação baseada em estatutos sócio-jurídicos entre homens é algo de exterior à constituição interna e à origem comum de todos os homens e que foi imposta ulteriormente por virtude das específicas características que assumiu a contingência o percurso histórico do homem.

Em outros termos, pode-se afirmar que a essência dos seres humanos é similar, mas que é na dinâmica social que aos poucos se vão esboçando traços diferenciadores, que se sedimentam ao longo do tempo, como expressão cultural, e ironicamente, após essa progressão, faz-se necessário o retrospecto da visão anterior, em busca da igualdade, em busca do que faz todos serem titulares dos direitos de liberdade.

Esse olhar voltado à essência dos seres humanos deve-se ao fato de que, ao mesmo tempo em que seforam estabelecendo distinções entre eles, muitas vezes esses critérios mostraram-se discriminatórios, no sentido pejorativo da palavra, o que leva à necessidade de reconhecer a existência da pessoa nas entranhas dos rótulos de “saudável e enfermo”, “de rico e pobre”, de “educadamente instruído e analfabeto”, entre outros.

Sob esse prisma, para que o contrato social seja mantido, a definição de pessoa, mais específica que a de ser humano, torna-se um instrumento para o controle das tendências individuais egoístas inerentes à natureza humana, de modo que o ideal de justiça inerente ao Direito seja alcançado. É por tal razão que Kant (2013, p. 40) expressa que pessoa consiste no sujeito cujas ações lhe podem ser imputáveis. Ora, ao tratar de imputabilidade, evidencia-se a preocupação em controlar as ações humanas em sociedade, nas mais diversas comunidades, inclusive em âmbito hospitalar.

A esse respeito, por ser o homem naturalmente um ser social, efetua uma busca, com a sujeição a normas, de engrandecimento de seu estágio de desenvolvimento, criando condições para que seja preservada a sua existência (ALARCÓN, 2004, p. 45), cabendo à ordem jurídica o desafio de promoção de condições básicas para que a sociedade funcione e para que a pessoa natural possa desenvolver todo seu potencial criador (NADER, 2013, p. 159).

Nesse sentido, o termo “pessoa” perde sua característica eminentemente descritiva para ser tomado sob a ótica ideológica, transpondo as dimensões físicas do ser humano. Se for considerado como ser ontologicamente estático e definido, conseqüentemente seus direitos terão que ser considerados da mesma forma, componentes de um catálogo invariável. No entanto, ao tomar-se esse conceito como ser em constante mudança, em decorrência se admite que seus direitos sofrem modificações e necessitam de aperfeiçoamento (RUSSO, 2009, p. 101).

A área incólume para o desenvolvimento da pessoa modifica-se conforme o âmbito em que ela está inserida. Desta forma, ao delimitar o conceito de pessoa, o Direito evidencia a sua função precípua de protegê-la e reconhecê-la nas mais diversas situações. Os desafios jurídicos para a proteção da pessoa portadora de enfermidade são bem mais específicos se comparados com os das saudáveis, e a segmentação das Ciências Jurídicas e sua interface com a Bioética se fazem necessárias para que se entenda quais os riscos aos quais se submetem os enfermos internados em hospitais.

Nesse diapasão, conforme ocorrem as transformações sofridas pelo convívio dos homens entre si, há a variação do conceito de pessoa. A vida modifica-se à medida que as relações em sociedade se aprimoram e sofrem mutações, seja como decorrência das novas tecnologias, seja como consequência dos avanços científicos, seja com as diferentes relações hierárquicas estabelecidas, entre outros fatores.

O homem é revelado à medida que passa a compreender seu ser, já que essa compreensão é capaz de situar tudo que o cerca e a ele mesmo (SILVA FILHO, 2003, p. 170). Fundando-se nessa racionalidade, pode-se afirmar que compreender a si mesmo é pressuposto para a execução dos direitos de liberdade, já que só há ação livre quando ela provém de escolhas esclarecidas.

As mudanças do Direito, da práxis penais, e a gênese dos direitos humanos no final do século XVIII expressam um deslocamento cultural amplo, mediante o qual a própria pessoa se transforma em objeto sagrado (JOAS, 2012, p. 79). O valor fonte do Direito é a própria pessoa humana, único ente no mundo cujo ser é valor, baseando-se no intuito de aprimoramento de sua espécie (ACKER, 1977, p. 398-399).

Nessa perspectiva, a pessoa passa a ser considerada a noção mais transcendental da ordem jurídica, garantidora de sentido para as outras instituições do Direito, já que este nasce para aquela (GUILLÉN, 2003, p. 4), independentemente da relação jurídica ou da forma de

sistematização adotada no Código Civil, já que o Direito, por ser obra humana, existe para pessoas (DRAY, 2006, p. 16). Essa noção de sacralidade da pessoa não somente modifica os textos legislativos, mas norteia a interpretação dos diplomas já existentes, readaptando o sentido dos seus conteúdos.

A necessidade de se ter a pessoa no centro do ordenamento jurídico pode ser verificada na seguinte afirmação de Gomes (1963, p. 35):

Os Códigos individualistas, voltados inteiramente para o indivíduo, esqueciam a pessoa, omitindo-se diante de direitos sem os quais a personalidade do homem não encontra terreno propício à sua livre e necessária expansão. Alguns desses direitos, protegidos constitucionalmente, não tinham a sua tutela completada pela organização de um sistema de defesa contra possíveis atentados e particulares; tanto mais quanto se ampliaram, adquirindo novos aspectos e conteúdo novo, tais como o do direito à vida, ao trabalho, à educação e tantos outros.

Desta forma, no cerne de todas as relações jurídicas passa a figurar a pessoa, como fim do Direito, sujeito do Direito, e como fundamento no qual se baseia a dignidade, valor essencial, princípio interpretativo prioritário na interpretação e aplicação do Direito. Desse modo, é para corrigir o individualismo que a tendência é a análise dos códigos e das demais leis de forma sistemática, remetendo o raciocínio ao disposto nas constituições, fazendo-se a exegese teleológica, levando-se em consideração quais valores de proteção ao ser humano estão dispostos no ordenamento.

Sobre a diferenciação entre os termos correlatos, pode-se afirmar que “ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito. Ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito [...] Se alguém não está em relação de direito não é sujeito de direito: é pessoa” (MIRANDA, P., 1983, p. 153). Sujeito de direito é a pessoa detentora do direito e que o exerce e dele dispõe (RÁO, 2013, p. 226). De outro modo, pode-se afirmar que ser pessoa é ser quem a ordem jurídica possibilita a aquisição de direitos e a contração de obrigações (HOEPPNER, 2008, p. 480).

Sob essa perspectiva, Lopes e Silva (2014, p. 9-10) acrescentam que:

Dentre tantas outras existentes, a definição de pessoa como mera abstração legal é a mais abrangente e irrestrita, uma vez que permite a inclusão de animais, fetos, novas tecnologias (como formas de inteligência artificial), ou o meio ambiente. Assim, não cabe ao homem fixar a personalidade em uma única classe de entes, mas sim encontrar a sua justa medida dentro do universo legal: nem demasiada excludente, nem imoderadamente includente.

Independentemente da concepção de pessoa, nenhuma concepção poderá ser excludente o suficiente para não incluir os enfermos, especialmente os terminais, no qualitativo de pessoas e de sujeitos de direitos, pois a eles se destinam tanto os direitos pessoais gerais como os que especificamente lhes competem.

Ademais, há outro conceito afim ao de pessoa, o de “personalidade”, mas esses conceitos não se confundem. Personalidade, na acepção jurídica, é um atributo da pessoa, é a aptidão genérica necessária para que o homem seja titular de direitos e contraia obrigações. Tais direitos e deveres, ao se localizarem concretamente em um ente, formam a pessoa, sendo por essa razão a personalidade um atributo jurídico, e não civil.

“A personalidade traz consigo a ideia de individualidade, particularidade e singularidade, exteriorizando, assim, as características próprias de uma pessoa, tudo o que lhe é exclusivo e essencial, distinguindo-a de outra” (CATÃO, 2004, p. 101-102). Acredita-se ser o elemento determinante da individualidade de uma pessoa moral; refere-se ao elemento estável da conduta de um ser humano (HOEPPNER, 2008, p. 479). É o reconhecimento de que, apesar da essência de intersecção entre os seres humanos, há os traços distintivos que devem ser considerados quando da valoração das suas condutas e do estabelecimento de normas de proteção, para que a generalidade dos direitos humanos seja alcançada.

Trata-se a personalidade de “conceito básico da ordem jurídica, que se estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade” (DINIZ, 2012, p. 57). É a soma de aptidões da pessoa, resultando naquilo que a pessoa é, no plano corpóreo e social (TARTUCE, 2014, p. 118); não é direito, mas, sim, qualidade que possibilita estar nas relações jurídicas como de sujeito de direito (MIRANDA, P., 1983, p. 153), e que implica o “reconhecimento de direitos que tocam somente ao ser humano, expressão de sua própria existência” (RODRIGUES, 2002, p. 3). Desse modo, negar a determinados seres humanos o gozo da sua personalidade implica negar-lhe a condição de ser pessoa, implica desconsiderar todo o avanço teórico do Direito nesse sentido.

Ao se comparar o conceito de personalidade no âmbito moral e no âmbito psicológico, tem-se que, na primeira acepção, trata-se da liberdade de um ser racional ser submetido às leis morais; já a personalidade psicológica é a faculdade inerente ao ser de ter consciência de si mesmo nos diferentes estados da identidade de sua vida (KANT, 2013, p. 40). Ambas as noções se fazem importantes quando se trata de enfermo terminal, pois, em relação aos seus atos de vontade devem incidir as normas éticas e jurídicas, por eles serem dotados de

personalidade moral; e devem ser estimulados a compreender o estado em que se encontram, com o máximo de embasamento médico.

Dotando-a de caráter mais abstrato, Perlingieri (2007, p. 155-156) afirma que a personalidade trata-se do valor fundamental do ordenamento, que embasa uma série aberta de situações inerentes à existência humana, demandando uma mutável exigência de tutela, sendo, pois, o seu objeto da tutela sem limites o valor da pessoa. Tal posicionamento mostra a importância de se flexibilizarem os conceitos fechados, para garantir a persecução dos objetivos dos direitos.

Em Roma, a personalidade era restrita apenas àqueles que reunissem *status* – condição civil de capacidade –, pois ela era considerada um privilégio (CRETELLA JÚNIOR, 1997, p. 84). No Direito brasileiro, mesmo no tempo da escravidão, adotou-se a noção de que a personalidade é inerente a todos os seres humanos, apesar de diferenciar-se o regime jurídico do escravo em relação ao do homem livre. Atualmente, é reconhecida a universalidade dos direitos da personalidade, ou seja, considera-se que todo homem é dotado de personalidade (PEREIRA, 2010, p. 181).

Observa-se, pois, que a correlação do vocábulo *persona* com o conceito atual de “pessoa” não é condizente, pois se rompeu a continuidade do conteúdo etimológico do vocábulo frente às mudanças sociais e valorativas. Nesse contexto, “pessoa”, como a pura representação jurídica de cada homem, deixa de figurar como um paradigma absolutamente válido, visto que a posição central assumida pelo homem no ordenamento o traz, em toda sua realidade e complexidade, para o epicentro deste, devendo a norma adaptar-se ao homem, e não este àquela (DONEDA, 2005, p. 71). É essa lógica que pauta a mudança na perspectiva do Direito, e a sua necessidade de atualização à medida que mudam as pessoas.

Para Heirenh Hubmann (1967, apud SZANIAWSKI, 2005, p. 114), a personalidade humana é composta pelos elementos: dignidade – indicador da localização do homem no Universo; individualidade – unidade indivisível do ser humano; e pessoalidade – indicador da relação do ser humano com o mundo exterior, com a sociedade e com seus valores éticos. Tais elementos, em conjunto, fazem com que o indivíduo possua caráter próprio e uma força protetora que o permita se desenvolver e evoluir, transcendendo seus limites internos, com o objetivo de se autorrealizar como ser, humano e espiritual.

O artigo 2º do Código Civil refere-se à “personalidade civil do homem”, quando na verdade a denominação corretamente técnica seria a de “personalidade jurídica”, pois a

terminologia conforme está expressa desprotege tal atributo contra uma inferência equivocada, abrindo a possibilidade de se interpretar que se refere apenas a um determinado ramo do Direito, quando na verdade a personalidade é extraída de toda a ordem jurídica. A terminologia deixa margem, também, para estagnar a ideia ultrapassada de ramos jurídicos totalmente independentes, destoante da tendência de constitucionalização do Direito Civil.

Ainda em relação ao segundo artigo, nele há a disposição de que a personalidade inicia-se com o nascimento com vida, ressaltando, porém, que os direitos do nascituro serão protegidos por lei. O Conselho Nacional de Saúde, ao tratar de pesquisas em saúde, na sua Resolução 01 de 1988, artigo 29, inciso VI, conceituou que nascer com vida trata-se da “expulsão ou extração completa do produto da concepção quando, após a separação, respire e tenha batimentos cardíacos, tendo sido ou não cortado o cordão, esteja ou não desprendida a placenta”.

Esse posicionamento acerca do início da personalidade, adotado pelo Código Civil, trata-se da teoria natalista. Entretanto, há corrente doutrinária que defende o início da personalidade a partir da concepção, o que ensejaria em se considerar que o nascituro é dotado de personalidade; e há ainda outra corrente que assevera que a personalidade se iniciaria a partir do segundo mês de gestação, a partir do momento da formação do sistema nervoso, teoria suscitada para fundamentar o abortamento antes desse período, por exemplo.

O fim da personalidade ocorre com a morte, causando, pois, a extinção das relações personalíssimas do titular. Os direitos que não tiverem tal característica serão transmitidos aos seus herdeiros, devendo-se, pois, ressaltar que há a proteção de bens de valor pessoal que se estende após o evento terminal, a exemplo da proteção da honra.

Porém, um conceito tão simples como a morte vem tendo sua perspectiva modificada ao longo dos avanços científicos. A título de exemplificação, o conceito de morte cardíaca foi superado quando da possibilidade de transplante de coração. Hoje em dia, adota-se o conceito de que há morte quando não há mais atividade cerebral, de modo que se verifica que, ao mesmo tempo em que os avanços biotecnológicos ensejam melhorias para a existência humana, demandam das ciências a adequação de seus preceitos. Resta, pois, ao jurista o desafio de verificar se já se pode considerar o início da morte o diagnóstico de que o paciente é terminal, e, mais, se nesse contexto ainda lhe restam preservados os direitos inerentes à sua personalidade.

Em sede constitucional, encontram-se princípios e direitos fundamentais que objetivam a promoção e defesa da personalidade, destacando-se o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); os direitos à vida, à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*), bem como os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X).

O embasamento do Código Civil encontra-se nos princípios da eticidade, socialidade e operabilidade, o que demonstra uma nova estrutura cultural formada por novos valores sociais e marcada por avanços científicos e tecnológicos, em contraste com a realidade essencialmente patriarcal e agrária característica quando da criação do Código Civil de 1916. A nova Lei Civil “é toda uma nova atmosfera normativa que surge no mundo do Direito, com paradigmas de renovado humanismo existencial” (REALE, 2002a, s/p).

Desta feita, pode-se asseverar que, no ordenamento jurídico brasileiro, estão-se procurando utilizar as leis em prol do benefício das pessoas, e que, quando as leis não se coadunam com esse pensamento, passam a ser modificadas, para que o ideal de justiça existencial seja alcançado.

O indivíduo não deve ser considerado como valor pré-social; há de se considerar a tutela da personalidade além dos interesses individuais do sujeito, no seu precípua e exclusivo interesse; devem-se abarcar os direitos individuais sociais, dotados de solidariedade, como instrumentos para a construção de uma comunidade (PERLINGIERI, 2007, p. 38). É nessa perspectiva que serão abordados os direitos da personalidade, servindo de embasamento para a análise da tutela do ser humano na comunidade hospitalar.

1.2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A PROTEÇÃO DA PESSOA

1.2.1 Disposições gerais

Ao ser humano é possível estabelecer um hiato entre sua identidade e sua ação, já que não age simplesmente conforme o que é, nem se define necessariamente por suas ações, por ser capaz de decidir, de planejar o direcionamento da sua ação. Quando o agir não condiz com o que se espera de um ser humano, verifica-se a presença de um problema que pode residir na ação que contradiz a realidade humana ou na própria consciência do que significa ser humano (SANCHES, 2004, p. 9). Para a garantia de que a ação humana não atente contra a moral preestabelecida nem contra os preceitos normativos sedimentados no ordenamento jurídico,

ou inatos à pessoa humana, faz-se imprescindível o papel do Direito, como norte guiador para as decisões.

Numa concepção ideal, espera-se que, na decisão anterior ao agir, o homem considere os direitos e os princípios morais, de modo que garanta a obediência prática aos mesmos. Como na realidade tal conduta nem sempre ocorre, mostra-se da maior relevância o estabelecimento de direitos capazes de resguardar a personalidade dos seus titulares, para reprimir qualquer ato que atente contra o ente que figura no cerne do nosso ordenamento jurídico: a pessoa humana, visando à manutenção do seu conceito e essência.

É nessa perspectiva que se mostra necessário analisar o papel dos direitos subjetivos, como instrumentos protetivos da pessoa e da sua personalidade no vigente ordenamento jurídico.

Partir-se-á, nesta pesquisa, da concepção de que os direitos subjetivos tratam-se de prerrogativas que os indivíduos possuem para a tutela dos seus interesses particulares, e uma proteção diante das interferências de terceiros, implicando o exercício de liberdade dotado de limitações (LÓPEZ, 2012, p. 201). Os direitos subjetivos são uma faculdade incorporada à esfera jurídica do sujeito, originada de um direito objetivo, implicando a faculdade de realizar uma ação ou omissão, ou de exigi-la de outrem (DONIZETTI; QUINTELLA, 2013, p. 4).

Esses direitos são compostos por: titular da faculdade ou direito; objeto sobre o qual recai a faculdade ou sobre o qual é exercida; reação ou ação do sujeito face ao objeto; poder de requerer a proteção assegurada pelo direito (RÁO, 2013, p. 226). Rivadeneira (2012, p. 304) propõe que um conceito bem desenvolvido de direito subjetivo é aquele que o toma como uma posição normativa embasada em argumentos válidos e suficientes, cujo não reconhecimento injustificado causa dano ao seu titular.

Dentre os principais direitos subjetivos concretos encontrados como instituições na realidade específica das normas jurídicas figuram os direitos da personalidade (LÓPEZ, 2012, p. 159), tratando-se, pois, de categoria autônoma inerente ao sistema de direitos subjetivos, devido ao seu caráter de essencialidade e da configuração particular do seu objeto (CUPIS, 2008, p. 38).

Considerando que o âmbito de atuação do direito civil se projeta desde a concepção da criatura, início de existência da pessoa, até a sua morte, tratando também das consequências desse fato jurídico, verifica-se que compreende o homem em si mesmo, em suas relações familiares, em seus vínculos obrigacionais, em seu relacionamento com objetos ou coisas, e

no tocante à morte e seus efeitos sucessórios (CIFUENTES, 1999, p. 4). Dessa forma, os direitos da personalidade se inserem no campo civilista, ocupando-se da parte mais essencial para a conservação da vida humana: a personalidade.

Os direitos da personalidade são naturais por decorrerem da ordem natural das coisas, e se expressam pela participação em conjunto da experiência e da razão (NADER, 2013, p. 185). Transcendem o ordenamento jurídico positivo, devido ao fato de serem ínsitos na própria natureza do homem, e possuem proteção jurídica independentemente de relação imediata com o mundo exterior ou com outra pessoa (BITTAR, 1995, p. 11). Ou seja, pelo simples fato de existir, a pessoa já é titular dos direitos da personalidade, independentemente do seu grau relacional com as demais. O reconhecimento pela ordem positiva desses direitos serve apenas para ratificar as suas existências e para dotá-los de maior coercibilidade.

Essa concepção de que tal classe do direito é inata ao ser humano decorre da reação contrária ao absolutismo estatal durante a Revolução Francesa, já que se objetivava o reconhecimento de um direito preexistente ao Estado, e na atualidade se fundamenta no fato de serem direitos naturais, imprescindíveis à pessoa humana (BELTRÃO, 2005, p. 24-25). A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa tinha como cerne proclamar direitos naturais, inalienáveis e sagrados, com o intuito de criar um critério supratemporal para apreciar instituições e ações do Estado. A sua efetividade liga-se ao caráter inconcluso e indeterminado das formulações em relação a quais são os direitos e quais são seus detentores (JOAS, 2012, p. 34 et36).

O conceito de “direitos da personalidade” não foi abordado pelo direito romano, porém protegia-se de forma efetiva a dignidade por meio da ação de injúrias ou mediante a ação da lei *Áquila*; a liberdade de ir e vir era tutelada; encontrava-se a *actio iniuriarum*, precedente para a reparação por dano moral, por resguardar a honra e o recato; ademais, a integridade física foi tutelada por Ulpiano, como um bem em si, desvinculado do caráter patrimonial (MARCHI; RODRIGUES; MORAES, 2013, p. 32-33).

Foi por meio do Direito Público que os direitos da personalidade, procurando proteger o homem, principalmente em face do Poder, adentraram nos ordenamentos jurídicos, recebendo, nesse contexto, a designação de liberdades públicas. As principais declarações que trataram do tema, em ordem cronológica, foram: a Magna Carta (1215), o *Bill of Rights* (1689), a Declaração americana (1776), a Declaração francesa e a Declaração Universal da ONU (1948) (FIUZA, 2010, s/p).

O fato de os sistemas jurídicos haverem, por muito tempo, exclusivamente tratado dos direitos da personalidade sob a ótica do direito público, apesar de constituir uma lacuna, serve para evidenciar a sua importância, por integrarem as Declarações de Direito que servem para proteger os cidadãos contra as arbitrariedades do Estado (FRANÇA, 1999, p. 936). Nessa acepção, pode-se dizer que, para a positividade de cada um dos direitos privados da personalidade, existe implícito um direito negativo em relação ao dever de abstenção do Estado na esfera particular, ao mesmo tempo em que a este incumbe um dever positivo de proteção.

Com a evolução do capitalismo industrial, as repercussões da Segunda Guerra Mundial, o desenvolvimento da tecnologia e a massificação, houve a substituição do Estado Liberal pelo Estado Social Intervencionista, destinado a proteger os mais fracos, fazendo com que os direitos da personalidade passassem a integrar a esfera privada, ou seja, protegessem o indivíduo contra a ganância e o poderio dos mais fortes (FIUZA, 2010, s/p).

A exploração do homem contra ele mesmo e todos os atos de violência presenciados nas guerras ocorridas durante a história da civilização evidenciaram que o liberalismo nem sempre alcança a justiça, fim primeiro do Direito, demonstrando que nem sempre a ameaça provém de uma relação vertical, mas pode originar-se, até de forma mais costumeira, da relação entre iguais.

Em relação aos direitos da personalidade, têm-se que “atinentes à própria natureza humana, ocupam eles posição supra-estatal, já tendo encontrado nos sistemas jurídicos a objetividade que os ordena, como poder de ação, judicialmente exigíveis” (PEREIRA, 2010, p. 202). Nesse contexto, passaram-se a reconhecer novas figuras como liberdades públicas, havendo a sedimentação dos direitos provenientes de condições da sociedade, quais sejam, direitos sociais, econômicos e políticos (BITTAR, 1995, p. 20).

A dificuldade em se delimitar o conceito e o conteúdo de cada um dos direitos da personalidade é tanta que nem as constituições nem os textos internacionais trazem uma caracterização suficientemente clara, mas tal desafio deve-se também ao fato de que, diante do condicionamento desses direitos pelo contexto histórico, social, cultural e jurídico em que se enquadram, é difícil se chegar a um conceito definitivo e exato (ÁLVAREZ, 2012, p. 29). Não há como se traçar uma verdade suprema, um conceito fechado e definitivo devido ao fato de que, como esses direitos estão intrinsecamente ligados aos seres humanos, e como tais seres encontram-se em constante mutação, as formas de proteção também se modificam.

Antes da revolução biotecnológica, por exemplo, não havia que se pensar em meios de proteção do ser humano que se encontrava em estado vegetativo, devido às práticas de obstinação terapêutica, pois esta realidade não existia. Hoje, trata-se de um novo rótulo para pessoas, trata-se de uma nova demanda e um novo desafio para os direitos da personalidade.

Já que pode ser considerada como a missão de maior importância do jurista o reconhecimento e a proteção da personalidade (PINTO, P., 2000, p. 149), para tanto se usam os direitos da personalidade, expressão utilizada para aludir aos atributos humanos que demandam proteção especial nas relações privadas, fundamentados na constituição e protegidos nacional e internacionalmente (SCHREIBER, 2013, p. 13), que possuem como objeto o modo de ser físico ou moral do indivíduo, ensejando a proteção dos aspectos psíquicos, da integridade moral, física e intelectual (TARTUCE, 2014, p. 145).

São aqueles que protegem a essência moral e física das pessoas, garantindo aos seus detentores o direito de reivindicar a plenitude de valores advindos dos seus *status* como seres humanos, independentemente da classe econômica, mas embasados na dignidade inerente a todos (GUILLÉN, 2003, p. 5-6). Tais direitos encaram, pois, a individualidade do ser humano em uma visão além da corporal, e considera suas necessidades além das concretas, levando em conta todo o subjetivismo que lhe é inerente, em busca de uma proteção plena.

Dessa forma, o objeto dos direitos da personalidade é a tutela da pessoa que é o sujeito titular de direito e ponto objetivo de relação. Essa tutela apresenta-se como problema unitário, devido à unidade do valor da pessoa (PERLINGIERI, 2007, p. 155), de modo que cada uma das espécies dessa classe de direito visa ao mesmo fim, e, muitas vezes, para a proteção de uma, conclama a tutela de todas.

“Os Direitos da Personalidade constituem-se, por excelência, no instituto vinculado à pessoa, razão pela qual está no centro do Direito Civil e ocupa lugar essencial na pauta constitucional” (ANDRADE, F., 2013, p. 124), consistindo em direitos não patrimoniais que concretizam a dignidade no âmbito civil, tratando-se, pois, de espécies de direitos fundamentais (LÔBO, 2009, p. 137). Nesse diapasão, pode-se asseverar que:

La Parte General del Derecho Civil es el ámbito de construcción básica de la noción de persona, como repartidora y beneficiaria. La complejidad de la persona en el Derecho Privado se manifiesta, en diferentes grados, en la referencia a la individualidad de la persona física y a distintos tipos de complejidad de las personas jurídicas, con diversos niveles de cohesión entre los sujetos incluidos (CALDANI, 2001, p. 40).

As normas de direitos humanos, enquanto adstritas a essa classe, têm comportamento de *soft law*, possuindo grau mínimo de coercibilidade e de eficácia social, diminuindo suas limitações nas hipóteses em que são absorvidas por acordos e tratados internacionais. Quando o conteúdo de direitos humanos é incorporado por texto constitucional, emergem os direitos fundamentais, de igual importância por compartilharem o mesmo cerne, servindo como vetor-base para garantir que todo o ordenamento jurídico a ele subordinado seja interpretado e aplicado com base na proteção da pessoa. Ao se permear o direito privado com o conteúdo humanístico, há o estabelecimento dos direitos da personalidade, que pormenorizam a tutela da pessoa e ensejam reparação em diferentes graus, quando houver desobediência a esses preceitos.

Não se intenciona dizer que a simples posituação específica seja capaz de, por si só, garantir a dignidade a todos, mas inegável é o fato de ser de grande auxílio, e que cada etapa da sua consagração constitui grande desafio. Nesse sentido, pode-se constatar que

é mais fácil endossar os direitos humanos do que os impor. O fluxo constante de conferências e convenções internacionais contra o genocídio, a escravidão, o uso da tortura e o racismo, e a favor das crianças e das mulheres e minorias mostra que os direitos humanos ainda precisam ser resgatados (HUNT, 2009, p. 210).

Em direito privado pátrio, o advento da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, originou o vigente Código Civil, que cuidou de positivizar os direitos da personalidade, em capítulo próprio, composto por onze artigos, com posição topográfica de destaque, já que se delinea do artigo 11 ao 21, refletindo parte de um ordenamento cujo objetivo central é a proteção da pessoa humana.

Dessa forma, há de se reconhecer que as normas do diploma civil são suficientes para fornecer os meios primários para a vinculação dos particulares, sendo, pois, desnecessário se recorrer constantemente à Constituição para que haja a sua concretização (MIRANDA, J.; RODRIGUES JÚNIOR; FRUET, 2012, p. 17). Em sentido contrário, para Mazur (2012, p. 62), a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas ocorre geralmente por meio das regras de direito privado, com a exceção de quando concernir a conteúdo essencial de direitos fundamentais, extraído pela dignidade humana, já que nesses casos se tem a aplicação imediata e a dispensa de intermediação normativa.

Do ponto de vista prático, é difícil se operacionalizar a aplicação imediata da tutela da dignidade. Se não fosse essa dificuldade, não seria necessário o estabelecimento dos direitos

da personalidade e dos seus desdobramentos normativos e doutrinários. Acredita-se que o fato de haver a convergência de valores no centro das suas classes de direitos não faz com que a parte do direito privado possa ser dispensada, já que esta é capaz de dotar de eficácia social nas relações particulares a abstração contida na Constituição Federal, não havendo, pois, como se conceber direitos da personalidade que não possuam conteúdo elementar de direitos fundamentais.

Da mesma forma, não se pode conceber que os direitos dos homens são indivisíveis, já que essa tese se revela dificilmente compatível com as complexas e sucessivas exigências, nomeadamente no nível das múltiplas diferenciações a estabelecer, que são postas em prol da realização dos direitos da pessoa humana, nos âmbitos interno e internacional (ALEXANDRINO, 2010, p. 20). A generalidade demasiada de direitos tende a comprometer suas eficácias e a obscurecer as suas limitações.

Como subsídio para o posicionamento adotado, têm-se as palavras de Fachin (2008, p. 5), ao expressar que o Direito Civil brasileiro contemporâneo adotou como norma vinculante os princípios constitucionais, o que o salvou da morte por asfixia, com a abertura além da neoexegese, contrastando-o com os civilistas tradicionais. Da interpretação do disposto acima, não há como negar a similaridade de conteúdo dos direitos da personalidade em relação aos direitos fundamentais, já que ambos estão pautados nos mesmos princípios. Em acréscimo, Álvarez (2012, p. 47) assinala que os direitos fundamentais não são autossuficientes, que sua previsão constitucional não é capaz de satisfazer a todas as necessidades e vicissitudes, sendo, pois, necessário o desenvolvimento legislativo, nos limites da jurisdição nacional e internacional.

Há três fatores que se destacam para explicar o porquê de ainda restar carente de maior aprofundamento da matéria por parte dos civilistas: a identificação do direito privado com as situações de cunho patrimonial, o fato de se identificar a juridicidade com específico momento coercitivo, e se adotar a juridicidade como a mera tutelabilidade do interesse ante ao processo, mesmo havendo uma pluralidade de normas de direito substancial acerca das técnicas de atuação desses direitos. Sabendo-se que o processo tem como intuito materializar direitos substancialmente individuados, faz-se necessário analisar os direitos da personalidade relacionando-os com as situações que são influenciadas por eles, evitando-se, assim, conduzir-se a investigação sobre a sua coercibilidade em abstrato (PERLINGIERI, 2007, p. 156-157).

Em sede constitucional, os direitos da personalidade são garantidos e reconhecidos como liberdades públicas, obrigando o Estado a concretizar a proteção necessária aos interesses dos seus titulares, e impondo, no âmbito privado, uma conduta negativa por parte das demais pessoas, proibidas de violar tais direitos personalíssimos (LISBOA, 2008, p. 38-39). Não se pretende afirmar, com isso, que o Estado é o único definidor e identificador dos direitos, mas incumbe ressaltar a sua competência em reconhecer os direitos mostrados pela consciência popular e pelo direito natural (BITTAR, 1995, p. 8), e a importância da sua atuação, havendo ingerência na esfera privada, em prol de assegurar que não haja desrespeito.

Diante da especificação do direito, ao determinar sujeitos titulares dos direitos, surge a diferenciação entre os direitos da infância e os direitos da velhice, visto que, em relação aos estados normais e excepcionais, passou a haver a exigência de reconhecimento de direitos especiais aos doentes (BOBBIO, 2004, p. 58-59). Os enfermos, além de serem sujeitos dos direitos da personalidade, quando adentram na terminalidade, por ainda haver resquício de vida, ainda possuem os direitos à intangibilidade da sua integridade física e moral.

A positivação dos direitos da personalidade os torna exigíveis por todas as pessoas e demonstra a independência dos mesmos, frente aos direitos patrimoniais – dotados de conotação econômica –, evidenciando a priorização da dignidade, independentemente da condição econômica, social ou de saúde do sujeito. A importância dos direitos da personalidade reside na supremacia dos seus objetos de tutela, os quais são as características de maior relevância da personalidade. Para tanto, é assegurada, por força do artigo 12 do Código Civil, tanto a tutela jurisdicional inibitória ou preventiva, quanto a tutela ressarcitória.

1.2.2. Características dos direitos da personalidade

Da exegese do artigo 11 do Código Civil se tem que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, e ressalta-se, ainda, a impossibilidade de eles sofrerem limitação voluntária. No entanto, esse rol de adjetivos é meramente exemplificativo, já que, como os direitos da personalidade são inatos à pessoa, nos aspectos moral, mental e físico, são dotados de outras mais características peculiares e particulares, que asseguram o destaque e a diferenciação de tal classe, em meio aos demais direitos subjetivos privados.

Sobre a iniciativa do legislador, no sentido de cristalizar várias características para os direitos da personalidade, questiona-se se não se constitui em um propósito quimérico,

considerando ser seu exercício moldado essencialmente pela concretização jurisprudencial (ANDRADE, F., 2013, p. 102). Ora, na verdade há que se ater aos objetivos do legislador; o fato de os seus anseios serem de difícil aplicabilidade prática não deve desestimulá-lo a elencar as características dos direitos da personalidade. O contrário deve ocorrer: deve demandar-se um maior delineamento delas e uma maior atenção do Direito para coagir as suas transgressões.

A característica da intransmissibilidade é decorrente da infungibilidade mesma da pessoa e da irradiação dos seus efeitos, fazendo com que não seja possível qualquer sub-rogação pessoal, nem poderes contidos em cada direito e personalidade, tampouco seu exercício pode ser transmitido ou outorgado (MIRANDA, P., 2012, p. 60). Infere-se, então, a ideia de que, assim como cada pessoa tem sua própria personalidade, a cada um são legados seus próprios direitos decorrentes dela, sendo injustificável, em tese, a transmissão.

Por terem ligação íntima com a personalidade e por resultarem em eficácia imediata desta, os direitos da personalidade são irrenunciáveis (MIRANDA, P., 2012, p. 61). Em outros termos, pode-se afirmar que não podem sofrer mutação subjetiva e não podem ser abdicados, rejeitados ou recusados pelo seu titular (MELLO, 2013, p. 98).

Em ambas as características mencionadas, intransmissibilidade e irrenunciabilidade, verifica-se a preocupação do legislador pátrio em garantir que, por qualquer motivo escuso, o titular dos direitos da personalidade não se veja tolhido destes que garantem a aplicabilidade do mínimo intocável abstrato constitucional, que é a dignidade, realçando ainda mais a peculiaridade da classe de direitos em estudo.

Partindo-se do pressuposto de que cada pessoa é dotada de sua própria personalidade, e que há de prevalecer a igualdade perante a lei, em tese não se justificaria a transferência de qualquer direito para outrem, detentor dos mesmos direitos particulares. Mas tal realidade é mitigada em relação aos direitos autorais e de imagem, já que podem ter o seu uso cedido para fins comerciais, mediante contraprestação pecuniária, com fundamento no fato de que a cessão desses direitos não afeta os objetivos de proteção da personalidade, diferentemente do que ocorreria caso houvesse a possibilidade de se renunciar à integridade moral.

A exceção expressa acima não faz com que os direitos da personalidade sejam considerados patrimoniais, pois, contrariamente, por serem indetacháveis à pessoa, não admitem avaliação pecuniária ou penhora, embora a ofensa a tais direitos resulte em compensação econômica. Sabe-se que a conversão em perdas e danos, prevista no artigo 12

do Diploma Civil, é uma maneira de minimizar o prejuízo das transgressões. O fato de não ser possível voltar no tempo e desfazer a lesão não significa quantificar valores inestimáveis.

Corroborando com o entendimento explanado, Nader (2013, p. 186) acrescenta que, implicitamente, os direitos da personalidade estão fora do comércio, sendo nulo de pleno direito o negócio jurídico que vise à alienação de uma peça anatômica, por exemplo.

O Código Civil, ao impedir a mudança de titular de direito, em outros termos, desestimula as práticas que visem à exploração do homem pelo homem, desaguando em uma característica implícita – o absolutismo ou a universalidade –, segundo a qual todas as pessoas, sem discriminação alguma, são sujeitos de direitos da personalidade, independentemente de qualquer outro qualitativo.

Conforme Mello (2013, p. 5), os direitos da personalidade são direitos subjetivos absolutos, por serem oponíveis *erga omnes*. Pontes de Miranda (2012, p. 58) esclarece que tais direitos possuem sujeitos passivos totais, estando nesse rol o Estado. Desta forma, o fato de alguma ofensa ser proveniente de uma autoridade pública não relativiza os direitos, demonstrando nesse posicionamento o fato de que a evolução política e jurídica fez com que o Estado fosse considerado pessoa, dentro dos limites do direito das gentes, da Constituição e das demais leis.

De forma correlata às características da intransmissibilidade e da irrenunciabilidade, enxerga-se nos direitos da personalidade a indisponibilidade, a exemplo da proibição de automutilação, quando não proveniente de exigência médica.

Nessa perspectiva, Lôbo (2009, p. 140) assevera que “a renúncia a qualquer direito da personalidade afetaria sua inviolabilidade e significaria renunciar a si mesmo”. Devido ao fato de o objeto dos direitos da personalidade estar relacionado com os bens mais elevados da pessoa, pode-se afirmar que o objeto é inseparável do originário sujeito, não podendo o ordenamento jurídico consentir o despojamento desses direitos (CUPIS, 2008, p. 54-55).

Trata-se, pois, de um limite à liberdade de exercício dos direitos da personalidade. O sujeito desses direitos não pode abdicar deles, já que, por serem direitos inerentes à condição de ser humano, qualquer abdicção implicaria renúncia a sua própria existência. Essa característica demonstra a preocupação do Direito em evitar que motivos econômicos ou sociais, por exemplo, causem uma disposição dos direitos, legando a apenas a parcela favorecida da sociedade os benefícios da posituação.

Diniz (2012, p. 82-83), porém, elenca os seguintes casos em que se pode verificar a disponibilidade desses direitos: direito de imagem, em relação à proibição de negar-se a aposição de foto em carteira de identidade e em relação ao recebimento de remuneração por vinculação em campanha publicitária, de imagem de pessoa famosa; direito autoral; e direito à integridade física, no tocante à doação de órgãos e tecidos, com finalidade altruística e terapêutica.

Com o objetivo principal de proteger o ser humano em qualquer circunstância, a previsão de que o exercício dos direitos da personalidade não pode sofrer limitação voluntária tem o intuito de coibir tanto a sua violação quanto a disfarçada limitação, visando evitar a repetição de fatos já ocorridos, como a violação da privacidade pautada em razões de Estado, as transgressões ocorridas no período ditatorial no Brasil, a invasão dos direitos da pessoa via meios eletrônicos, entre outros (COSTA, 2003, p. 37-38).

Não raros são os exemplos de momentos históricos em que algum poderio superior forçou os vulneráveis e/ou hipossuficientes a dispor de atributos indisponíveis, simulando um ato de vontade autônoma, quando, na verdade, seus posicionamentos foram resultados de coação. A título ilustrativo, podem-se mencionar os casos de testes de medicamentos em presidiários e a assinatura de termo de liberação de paciente que não tenha indicação de alta, devido à coação da equipe gestora do hospital público ou da equipe de saúde, devido à insuficiência de leitos, entre outros.

O enunciado número 4, extraído da I Jornada de Direito Civil, ao interpretar o artigo 11, defende a possibilidade de limitação, desde que não seja permanente, nem geral; em complemento, o enunciado 139 da III Jornada admite a possibilidade de haver limitações, mesmo que não estejam previstas em lei, contanto que não haja abuso de direito do seu titular, ou não contrarie a boa-fé objetiva ou os bons costumes.

Nessa perspectiva, considerando-se o enquadramento dos direitos da personalidade no rol dos direitos subjetivos, pode-se asseverar que

o exercício dos direitos subjetivos é a utilização, o gozo das vantagens que eles proporcionam ao seu respectivo sujeito. Tal exercício não é ilimitado, mesmo quando se trata de direito oponível erga omnes, as limitações são balizas que se impõem ao exercício, que podem ser provenientes da própria medida do direito, declarada no ato jurídico; ou oriundas da necessidade de não desrespeitar direito alheio; ou, ainda, pertinentes aos interesses da ordem pública (FRANÇA, 1999, p. 163-164).

Como bem pontua Schreiber (2013, p. 28-29), qualquer limitação a um direito da personalidade deve atrelar-se a um interesse direto e imediato do titular e o legislador deveria ter especificado os parâmetros a serem seguidos para guiar o controle de legitimidade das limitações, considerando o alcance, a duração, a intensidade e a finalidade da autolimitação. Como não está presente tal especificação, cabe ao intérprete e ao magistrado suprir essa omissão legislativa.

Em outros termos, verifica-se que, por mais contraditório que isso aparente em uma análise rápida, limitam-se, mesmo que via construção interpretativa, os direitos da personalidade, para evitar o despojamento não comedido e pressões externas para tanto.

Em comentário ao enunciado da III Jornada, Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Daniel Queiroz Pereira esclarecem que, apesar de a liberdade ser essencial à personalidade, a autonomia privada deve ser restringida, nas hipóteses em que forem extrapolados os limites impostos pelo fim social ou econômico desse direito. Nesse diapasão, alerta Ascensão (2005, p. 34):

O abuso do direito não se detecta, pois, apenas na abstração normativa, mesmo considerando as funções que esta incorpora, mas exige uma valoração posterior à luz daquelas orientações. É a aplicação que o realiza, iluminando as circunstâncias do caso pelas orientações que a interpretação revelou. [...] é a aplicação que permite apurar se as finalidades ou funções da lei toleram ou não aquele tipo de conduta. Se a resposta for negativa, dir-se-á que há abuso do direito.

É confessada a impossibilidade de o legislador prever todas as limitações plausíveis, diante das mudanças sociais, por exemplo. Não há que se exigir que o legislador seja onisciente, ou, mais grave ainda, que preveja todos os avanços no campo biotecnológico a acontecerem no futuro, e já delimite as restrições que poderão ser aplicadas. Entretanto, quando se lega ao momento de aplicação dos direitos a análise do abuso de direito, corre-se o risco de a justiça se concretizar apenas na forma de repressão, e não de prevenção, como ideal seria. É um paradoxo que evidencia que a função do Direito é proteger o ser humano nos limites das suas possibilidades teóricas e práticas.

Perlingieri (2007, p. 121-122) frisa que os limites externos dos direitos subjetivos nascem juntamente com os próprios direitos, já que o ordenamento só mantém a tutela do interesse enquanto atender às suas razões, inclusive coletivas, contribuindo para a identificação de sua essência; já quanto às limitações intrínsecas, afirma que estas se fazem presentes principalmente em relação às cláusulas gerais.

A interpretação dos ditames do Código Civil expressa nos enunciados do Conselho da Justiça Federal, oriundos das Jornadas de Direito Civil, demonstra o desapego ao positivismo absoluto, e a predileção à interpretação teleológica e sistemática dos direitos da personalidade, legando aos juristas o desafio de identificar os limites subjetivos propostos, fazendo com que se tenha uma indisponibilidade relativa dos direitos da personalidade.

Nesse sentido, mister é restringir as limitações à manutenção do conteúdo essencial da personalidade, verificando se nos casos de limitação voluntária ocorre a violação do princípio geral da dignidade e o respeito ético da pessoa humana, ou seja, violação à cláusula geral da personalidade (BELTRÃO, 2014b, p. 21).

A aparente contradição verificada entre a característica da indisponibilidade e a quantidade de casos concretos que podem se enquadrar nas permissões de limitação se resolve quando se coloca no cerne o propósito das normas: dotar de eficácia social os preceitos ali contidos. Nesse diapasão, o reconhecimento da ambivalência desses direitos não descarta a principal característica contrastante com os direitos patrimoniais, mas garante a aproximação da abstração normativa à realidade social.

Afora os atributos assinalados, há de se frisar que os direitos em questão, por serem inatos à natureza humana, são vitalícios e, em regra, imprescritíveis. Nesse sentido, Álvarez (2012, p. 29) defende que:

Respecto de la imprescriptibilidad de estos derechos de la personalidad, ésta se deriva lógicamente del carácter inherente de los mismos, que los hace irrenunciables y, por ende, su dejación no puede suponer su pérdida. Únicamente podrá darse la extinción de los derechos de la personalidad con la muerte de la persona titular. No obstante, hay supuestos en los es posible la transmisibilidad mortis causa de los derechos de la personalidad, como por ejemplo el caso del right of publicity.

Esse raciocínio obedece à lógica de que os direitos devem durar enquanto duradoura for a personalidade, entretanto, conforme Beltrão (2014b, p. 14 et. 18) ressalta, é possível haver o prolongamento de alguns direitos da personalidade, mesmo após a morte do seu titular, com o intuito de se proteger a memória e os aspectos que representavam o morto. Desse modo, a respeito da proteção da pessoa morta, entende-se que os interesses desta se prolongam após a morte, não havendo, pois, a transmissibilidade para seus herdeiros, apesar de estes últimos terem legitimidade para requererem as providências necessárias para a tutela dos interesses do falecido.

No contexto da terminalidade em relação à vida, a sedimentação das características dos direitos da personalidade é de suprema importância para a busca de soluções dos dilemas éticos passados pelos pacientes e pelos profissionais da saúde, quando se deparam com as decisões a serem tomadas sobre o prolongamento ou não da vida, por meio artificial, pois nesse contexto é preciso analisar se há disponibilidade de um direito da personalidade ou, pelo contrário, legítimo exercício deste.

1.3 O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

1.3.1 Liberdade e vontade

A ideia de liberdade remete ao conceito de independência, seja em relação ao Estado e seus representantes, seja no tocante aos particulares. Quando se trata de paciente terminal, lida-se com a independência das suas decisões em relação à política do hospital, à ética particular de cada profissional de saúde que naquele âmbito atue, às opiniões dos familiares. O direito à liberdade é direito fundamental, por ter a incumbência de proteger a dignidade e, como tal, é dotado de universalidade. Ao se respeitar as escolhas das pessoas, protegem-se as suas individualidades, e se reconhece que não há uma certeza absoluta sobre o que é correto ou benéfico para alguém.

Devido à sua natureza, o homem é livre e racional, já que a liberdade e a consciência constituem atributos essenciais à pessoa humana, e é por meio deles que o homem tem capacidade de escolher suas atividades e avaliar as conseqüências advindas dos seus atos. Sob o ponto de vista axiológico, é possível afirmar que o homem é capaz de apreciar valores, econômicos, éticos, utilitários ou religiosos, e a partir de tais, consegue autodeterminar-se (GURGEL, 2006, p. 10-11).

O princípio social do individualismo expressa que o ser humano não é individual por natureza, mas que é a sua autonomia e independência face aos demais que o fazem humano. Dessa forma, as sociedades não são naturais aos seres humanos; suas existências são produtos da vontade (RANGEL, 2008, p. 75).

Assim, a convivência com os demais, o gregarismo, acaba por ser pressuposto para a sobrevivência. Um recém-nascido, por exemplo, apesar de ser pessoa distinta da sua genitora, necessita de cuidados externos dos outros para que sua vida se prolongue, e ao longo do seu

desenvolvimento, mesmo chegando à vida adulta, a codependência não deixa de existir, aumentando mais ao adentrar na velhice, ou quando do acometimento de alguma enfermidade. Nessa acepção, pode-se afirmar que, como conviver com os outros é necessário e inevitável, faz-se necessário se proteger a liberdade individual, para que a interferência dos outros não a comprometa, não atinja a individualidade característica dos seres humanos.

Porém, há de se destacar que esse individualismo liberal não é imperativo na atualidade. Ele pode ter motivado a gênese da vida social, mas não se pode afirmar que haja o encontro de vontades individuais em cada relação de alguém com os demais. Há convivências que simplesmente não foram escolhidas, como, por exemplo, quando um paciente é internado em um hospital público. Na maioria das vezes, ele não o fez por força do exercício da sua vontade, por escolher exatamente aquele médico para tratá-lo, mas, sim, por necessidade. Também não se pode asseverar que a invasão de terceiros e do Estado na sua vida privada seja de fácil controle. Gera-se, na verdade, a necessidade de se implementar o direito à liberdade individual e seus correlatos.

Os direitos de liberdade englobam: da liberdade pessoal à liberdade de consciência; da liberdade de pensamento aos direitos de autonomia civil e política; direitos à afirmação; à tutela; e à valorização de todas as diferenças de identidade (FERRAJOLI, 2002, p. 105). A liberdade pode ser um sentimento uno, mas a sua estratificação em classes contribui para a sua efetividade.

A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, dispunha, em seus artigos I e II, que a liberdade era um dos direitos que deveriam ser garantidos pelo governo, e frisava que ela se tratava de um direito natural e imprescritível. A liberdade de locomoção era prevista no artigo sétimo; a de opinião, no décimo; a de expressão, no décimo primeiro; a liberdade de dispor e de usar os bens apropriáveis constava nos artigos primeiro e décimo sétimo. O terceiro artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, dispõe que “todo ser humano tem direito à vida, à *liberdade* e à segurança pessoal” (grifo nosso). A Convenção Americana de Direitos Humanos, que deu ensejo ao Pacto de San José, em 1969, defendia, dentre outros direitos à liberdade, o da liberdade individual.

No caput do art. 5º da Carta Magna brasileira, encontra-se a disposição normativa que garante a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos principais direitos e, nesse rol, encontra-se a proteção à liberdade. Desta forma, pode-se

verificar que o mencionado ideal, defendido desde a Revolução Francesa, continua atual e demandando uma atenção diferenciada por meio do legislador constitucional.

Ao longo da Constituição de 1988, é possível encontrar vários dispositivos relacionados ao ideal da liberdade: liberdade de crença (art. 5º, VI) – no inciso XVII do mesmo artigo é estendida a liberdade para a associação de fins lícitos; liberdade do ensino (art. 206, II); livre manifestação do pensamento (no nosso Corpo Constitucional, art. 220, §1); proibição da discriminação que atente contra os direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); a importância de ser livre faz com que a restrição da liberdade seja utilizada como pena, como medida de coação (art. 5º, XLVI e LIV); previsão de que a sociedade e a família devem assegurar a liberdade à criança e ao adolescente (art. 227, caput); entre outros.

As liberdades são direitos subjetivos, são poderes de agir os quais têm reconhecimento pela ordem jurídica a todos os seres humanos, já que todos têm igual dignidade. Possuem como sujeitos passivos todos os que não forem o titular dos direitos, sendo entes públicos ou privados. Em se tratando do Estado como sujeito passivo, a sua obrigação não se resume ao não fazer, mas lhe cabe a tarefa preventiva de evitar o desrespeito às liberdades (FERREIRA FILHO, 2007, p. 28-30). Nesse diapasão, Kant (2013, p. 46) afirma que “é justa toda a ação que por si, ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais”.

A liberdade individual diz respeito à independência do indivíduo, considerado isoladamente, de fazer escolhas, de exercer seu trabalho, de inserir-se na sociedade, desde que aja de forma lícita, sem ter que submeter-se à autorização estatal ou de uma classe social dominante. É a faculdade de existir conforme suas convicções até o limite em que sua expressão de vontade não ataque a expressão alheia, de modo a agir conforme a previsão legal ou nos limites dela.

As liberdades como instância jurídica devem ser compreendidas no sentido de alternativas de ação e sob duas acepções: Há as liberdades não protegidas, permissões, tratando-se da opção de se efetuar ou não uma ação. Mas há também as liberdades protegidas, concernentes aos direitos a algo, acrescidos de normas objetivas que têm o condão de garantir ao seu titular a possibilidade de realizar a ação (ALEXY, 2008, p. 233-234). Desse modo, de forma expressa ou implícita, as liberdades são garantidas no nosso ordenamento jurídico, seja se adequando a uma concepção generalizada, seja se enquadrando nas liberdades específicas.

O valor moral se realiza na instância decisória que impulsiona a ação em uma determinada direção, nas hipóteses em que o agente teria outras opções. A liberdade da vontade trata-se da vontade ampliada, que engloba decisão, alternativa, tomada de posição, em relação a fenômenos psíquicos e espirituais, não sendo, pois, pura vontade (HARTMANN, 1962, apud ADEODATO, 2009, p. 236-237). Não há, pois, que se falar em livre vontade quando não são apresentadas opções a serem valoradas, de forma que na relação médico-paciente só se faz presente tal valor quando se apresentam ao doente as possibilidades de tratamento e se esclarecem as possíveis vantagens e desvantagens de cada uma.

A autonomia da vontade consagra o voluntarismo, consensualismo ou subjetivismo no papel de fonte de produção necessária para a formação das relações jurídicas entre particulares e para o reconhecimento dos direitos subjetivos (ALVES, 2014, p. 199), e ao tomá-la como requisito para o estabelecimento das relações privadas, passa-se da abstração à concretude, do plano das concepções à prática, só sendo consideradas legítimas as relações pautadas nesse honesto consenso.

A vontade é definida por Kant (2013, p. 28) como “a faculdade apetitiva, cujo princípio de determinação interna, e conseqüentemente até o consentimento, se encontra na razão do sujeito (...); não é precedida de nenhum princípio determinante”. Como o arbítrio é inerente à vontade, do ponto de vista negativo, toma a liberdade de arbítrio como a independência em relação a qualquer impulso sensível à sua determinação, e do ponto de vista positivo, como a faculdade da razão pura de ser prática por si mesma.

Nesse diapasão, expressa que “as leis procedem da vontade; as máximas do arbítrio. No homem o arbítrio é livre. A vontade que só tem a ver com a lei não pode ser chamada de livre ou não livre porque não se refere às ações, mas, sim, de imediato à legislação da máxima para as ações” (KANT, 2013, p. 43). Seguindo-se esse raciocínio, deve ser vedada a imposição de ação. Qualquer ato que se julgue livre, única e exclusivamente pelo fato de ser condizente com a legislação em vigor, na verdade carece de vontade pura, restando a necessidade de se adequar o corpo normativo aos anseios da sociedade, de outro modo, se instauraria um regime ditatorial.

Ademais, a liberdade, no sentido de independência do arbítrio do outro, à medida que seja capaz de subsistir com a liberdade de todos, conforme uma lei universal, torna-se um direito único, primitivo, inerente a cada homem, pelo simples fato de ser homem (KANT, 2013, p. 59). É por tal razão que há a universalidade dos direitos fundamentais e da

personalidade, e o porquê de se instituírem as características de indisponibilidade, intransmissibilidade e irrenunciabilidade.

Conforme ressalta Carlos Mota Pinto (2005, p. 59), “autonomia é uma nota essencial da ideia de personalidade e uma condição da realização desta”. Ora, se há a pluralidade de direitos da personalidade, e se essa multiplicidade ratifica a preocupação com a individualidade humana, não se há de imaginar um único modo de exercício desses direitos, somente pela consagração da autonomia se realiza concretamente a personalidade.

Figuram no mesmo nível de importância as liberdades e as competências ou capacidades, presentes na esfera pública (a exemplo de votar) e privada (a exemplo de contratar). São grupos de posições que representam poderes; não se tratam de permissões por não alterarem as normas ou posição jurídica, e a sua negação não resulta numa proibição, mas em uma não competência. O exercício de tais competências não prescinde da capacidade jurídica, justamente por não se confundir com permissão ou liberdade. A título de exemplificação, no caso das manifestações sobre a morte, estas só serão caracterizadas como testamentárias se tiverem obedecido à forma prevista em lei (ALEXY, 2008, p. 237-238).

Em sede de direito contratual, a liberdade como autonomia da vontade, exercida como competência privada, engloba a faculdade de escolher pactuar ou não, de fixar as cláusulas e a forma, e de escolher com quem se contrata. Trata-se de vetor tão importante que a sua ausência implica invalidade e ineficácia do trato estabelecido.

A autonomia privada é a liberdade que é conferida às partes de relações de cunho jurídico. Geralmente é aplicada às obrigacionais, sejam de cunho contratual ou não, legando às partes o direito de complementar a regulamentação prevista na lei, ou seja, dotando de especificidade o teor geral normativo de direito privado.

Ela é definida por Perlingieri (2007, p. 17) como “poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos”. Adotando-se esse posicionamento, pode-se compreender a autonomia privada como a concretização da liberdade abstrata prevista em sede constitucional, e de maneira variável conforme o indivíduo que a realiza.

Pode-se afirmar que, por a autonomia privada necessitar ser considerada além da liberdade contratual, deve ser entendida como manifestação da vontade do sujeito concernente

a todos os atos da vida civil, patrimoniais ou não, contanto que seja capaz (MORAES, 2010, p. 191). Paulo Pinto (2000, p. 213) conceitua a autonomia privada como sendo a

possibilidade de os sujeitos jurídico-privados livremente governarem a sua esfera jurídica, conformando as suas relações jurídicas e exercendo as posições activas reconhecidas pela ordem jurídica, constitui um princípio jurídico fundamental inspirador do reconhecimento de várias faculdades jurídicas primárias – designadamente, da liberdade contratual. A ela corresponde, pois, a possibilidade de ordenação espontânea (não autoritária) dos interesses das pessoas, como iguais, na sua vida de convivência, ordenação autoformulada, essa, que é a zona por excelência do direito privado.

Pressupor a igualdade entre as partes é assumir que a autonomia privada se manifesta quando há o encontro das vontades unitárias em uma única e convergente, com um propósito em comum, que só é possível devido ao fato de o Direito reconhecer a universalidade da liberdade. Entretanto, há de se frisar que essa concepção é estabelecida *a priori*, em condições de equânimes. Quando há disparidade entre as partes da relação jurídica, há de se aplicar a isonomia, para que uma parte não obtenha vantagem exacerbada em detrimento da outra.

É inadmissível prosperar o pensamento de que as pessoas que se encontrem em posição de superioridade ignorem o fato de que os mais frágeis também são sujeitos de direitos, já que são pessoas. Assim como também se deve combater o vitimismo e o conformismo daqueles, é necessário que se desperte para a concretização do universalismo dos direitos fundamentais e da personalidade. Desta forma, não pode prevalecer o pensamento de que o paciente, tendo sua saúde debilitada, não seja sujeito de direito à liberdade.

Nesse aspecto, imprescindível se mostra a atuação do Estado, o qual, segundo Rangel (2008, p. 76), para o individualismo trata-se de uma instituição cujo objeto é assegurar ao indivíduo a maior quantidade de liberdade, já que ele é produto da livre decisão dos homens, da autonomia da vontade dos indivíduos.

Essa aceção de atuação estatal marca, pois, a mitigação do paternalismo jurídico, segundo o qual o Estado seria o poder uno e suficiente para prever todas as situações capazes de causar repercussões jurídicas, legando a critério dos particulares envolvidos a possibilidade de traçarem as diretrizes mais adequadas para as suas realidades, contanto que haja respeito aos limites legais e à supervisão estatal, devido à supremacia da ordem pública. Quando essa liberdade atrela-se ao fator econômico, concernente ao livre desenvolvimento de atividade econômica, veste-se da nomenclatura de livre iniciativa.

Corroborando com o entendimento supraexplicado, Thibau (2014, p. 60) expressa que a adoção de parâmetros interpretativos que acabem por se vincularem à manutenção de uma sociedade econômica que reconhece no Estado como agressor da autonomia privada dos indivíduos e adstritos ao estabelecimento de uma justiça social advinda de um dirigismo do Estado, assumindo, este, a condição de tutor de uma sociedade dependente de sua totalizante ação, face às contingências sociais, políticas e econômicas, mostra-se inconsistente com a constitucionalização do Direito Privado.

Há de se reconhecer o poder individual de ação e de defesa das pessoas, com a presença estatal fazendo a mediação, atuando essencialmente de forma preventiva em relação aos abusos, exercendo o controle em relação aos tipos de limites que são aceitos no ordenamento jurídico vigente, para que os princípios fundamentais, os direitos fundamentais e da personalidade não sejam violados.

Da análise comparativa entre autonomia da vontade e autonomia privada, pode-se afirmar que ambas visam resguardar a livre manifestação da vontade, decorrente do desejo interno do sujeito, imaculado de qualquer vício. Ademais, cumpre ressaltar que a autonomia da vontade é atributo inerente a todos os ramos do Direito, tratando-se de princípio geral, ao passo que a autonomia privada é princípio específico de direito privado (MARCELINO, 2006, p. 66), mostrando-se, pois, como conceitos complementares, e não destoantes.

No cerne de ambas as autonomias encontra-se a liberdade, e no cerne da liberdade encontra-se a vontade. O caminho para a construção lógica dos direitos de livre ação e livre escolha é o mesmo; perpassa pelo reconhecimento de que toda pessoa é sujeito de direito e reconhece que os direitos da personalidade e os direitos fundamentais são universais, e que o dever de abstenção na esfera privada de opções é geral, inclusive cabível ao Estado.

O direito privado regula as relações jurídicas caracterizadas pela liberdade e igualdade de suas partes, pois são valores que significam o reduto do homem comum, no âmbito do seu lar, marcado pelo direito de autodeterminação dos partícipes, cabendo a cada um a decisão sobre o que é melhor para si e para os seus familiares (LEITE, 2006, p. 34). Em relação aos pacientes terminais, a escolha feita por membros da família só se justifica nos casos em que houver impossibilidade de manifestação da vontade do enfermo, já que a comunicação é o meio para a manifestação da liberdade, bem como, na medida do possível, requer-se o respeito às decisões antecipadas sobre a sua saúde.

1.3.2 Conceito e embasamentos do direito ao livre desenvolvimento da personalidade

A mudança de perspectiva constitucional resultou no aumento substancial das relações estruturais impostas à vontade individual, por força do Código Civil, por meio do estabelecimento de noções de abuso de direito, princípios da boa-fé, confiança, função social do contrato e da propriedade e autonomia privada patrimonial (MORAES, 2010, p. 124). Porém, há de se ressaltar o risco de banalização da afirmação de posições jurídicas fundamentais, devido à dificuldade de se delinear quais direitos devem ser considerados como fundamentais, sob pena de poder ter sua eficácia reduzida (DIAS, 2014, p. 33-34).

A escolha dos valores a serem considerados jusfundamentais é de suprema importância para fins de hierarquização no momento de interpretação e aplicação do Direito, mostrando-se em especial necessária quando há o confronto entre valores, entre direitos, entre bens juridicamente tutelados, por demandar do hermeneuta um maior esforço no sentido de atribuir a determinado direito ou princípio a alcunha de intocável, pagando como preço a relativização dos demais valores em confronto. A questão de embate surge quando num mesmo polo de hierarquia os direitos se contrapõem, ambos fundamentais, ambos emanados em prol da proteção da personalidade.

Mas os riscos compensam os benefícios dessa nova perspectiva do direito privado, já que, conforme pontua Paulo Lôbo (2014, p. 19-20), o objetivo é colocar a pessoa no cerne da investigação, da aprendizagem e da aplicação do Direito Civil, justamente com o propósito de garantir que os direitos fundamentais sejam efetivados nas relações de cunho privado. O autor esclarece que os direitos fundamentais que concernem ao Direito Civil são decorrentes da migração de direitos subjetivos fundamentais para o âmbito constitucional, devido a ato de escolha dos constituintes, os quais reconheceram os valores a que a sociedade atribuía o caráter de essencialidade e fundamentalidade, e os transformou em normas constitucionais.

No centro de tais valores essenciais, conforme se mencionou previamente, figura a dignidade, para cuja realização pressupõe o exercício do direito fundamental da liberdade individual, a qual, com base na perspectiva do direito civil-constitucional, permeia as relações particulares por meio da autonomia privada, que, em uma concepção mais ampla, resulta no direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Considerando que os direitos humanos se referem à proteção da pessoa contra a interferência estatal e dos poderes públicos, os direitos personalíssimos atendem ao aspecto

particular de proteção, e embora tenham muitos pontos em comum, não se confundem, pois se diferenciam no tocante à norma positiva que regula a matéria, aos sujeitos que dela participam, e às finalidades perseguidas: a proteção civil privada face à limitação política e pública dos abusos ditatoriais (CIFUENTES, 1999, p. 56). Inegável é a existência da proteção humana no cerne de ambas as classes de direitos. Dessa forma, mister para a presente discussão é se atentar para o disposto na Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada em 1948, em seu artigo 22, o qual dispõe que:

Todo o homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade (ONU, 1948).

Como se pode observar, ao lado da dignidade consta o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o qual influenciou, de maneira expressa, os textos constitucionais português, espanhol e alemão. Verifica-se, pois, que, ao se considerar o ser humano como sujeito de Direito Internacional, pode-se afirmar que àqueles submetidos ao regime jurídico brasileiro se aplicam as previsões contidas no artigo 22 do citado diploma.

Há previsão expressa desse direito no artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, documento do qual o Brasil é signatário, porém devido à inexistência de positivação específica no Ordenamento Jurídico pátrio no rol dos direitos personalíssimos, far-se-á uma análise do instituto prioritariamente com base no Direito Português, para que se constate sua compatibilidade com o direito fundamental à liberdade e com os direitos de autonomia previstos em âmbito privado no Direito Brasileiro.

Nesse sentido, tomando como base o Direito Português, o artigo 70º do Código Civil daquele país consagra o direito ao livre desenvolvimento da personalidade no âmbito das relações particulares, por meio da tutela geral da personalidade, mas a norma constitucional que dota a esse direito a alcinha de fundamental serve de abrigo para garantir o cumprimento da proteção ao imperativo no direito privado (MIRANDA, F., 2013, p. 11205). O dispositivo do Código Civil encontra-se em consonância com o artigo 26 da Constituição daquele país, a qual, desde a quarta revisão, ocorrida em 1997, passou a apresentar no rol dos direitos pessoais, que são reconhecidos a todos, o desenvolvimento da personalidade.

Desse modo, a interligação entre Direito Civil e Direito Constitucional no tocante à proteção ao ser humano, considerado como ser autônomo, evidencia-se na previsão de um

direito ao livre desenvolvimento da personalidade, consonante com o direito fundamental à liberdade, explicitando a necessidade de se reconhecer o ordenamento jurídico como um sistema que clama por homogeneidade e que busca a superação de dispositivos contraditórios entre si.

Partindo-se da ideia de que o indivíduo é conformador de si próprio, tendo autonomia para desenvolver seu projeto espiritual, não há uma predeterminação para a realização da personalidade, ocorrendo, de fato, uma construção segundo seu projeto, figurando a pessoa como centro de decisão autônomo (PINTO, P., 2000, p. 152). Essa perspectiva é imprescindível para que se considerem as diferenças existentes entre as pessoas, para que se constate que diferentes são as necessidades demandadas para a proteção das personalidades distintas, de modo que se perceba a necessidade de aplicação do trato isonômico.

O direito civil regula a relação dos homens com seus semelhantes numa perspectiva de autonomia da pessoa no desenvolvimento de sua personalidade, já que a autonomia, essencial para o reconhecimento e realização da personalidade, é considerada como ideia fundamental, sendo visualizada com mais intensidade nos campos patrimonial, familiar e pessoal. Pode-se afirmar que o ramo jurídico cível trata-se de núcleo íntimo e fundamental da sociedade, por disciplinar as relações interpessoais e por atuar em prol da defesa e proteção de direitos adquiridos (PINTO, C., 2005, p. 58-60). A especificidade do ramo acaba por dotar de maior concretude os preceitos mais gerais dispostos na Constituição, por meio de princípios próprios destina-se a exercer o seu próprio controle de efetividade.

Cumprido salientar que não é exclusividade do direito civil a atuação em prol do livre desenvolvimento da personalidade humana, já que em sede de direito público há a defesa do mencionado direito e da dignidade por meio de faculdades e direitos subjetivos em face do Estado, a exemplo do direito de obter tratamento hospitalar; e também se aciona o direito criminal quando a tutela coercitiva de reparação a interesse lesado transcende a esfera particular, resguardada pelo Direito Civil, passando a haver lesão a interesse social, sendo necessária a tutela penal em prol da defesa da coletividade. Desta forma, é requisito de validade do direito se considerar o homem-pessoa e o homem-autônomo, para que todo o ordenamento defenda e promova ativamente resultados a serviço da pessoa (PINTO, C., 2005, p. 59-61).

Evidencia-se, portanto, uma interface e uma complementaridade entre os ramos do Direito, de modo que o Corpo Constitucional elenca os valores basilares a serem obedecidos

pelo legislador infraconstitucional, em prol principalmente do resguardo da dignidade e da personalidade da pessoa humana. O Direito Civil especifica as formas de realização dos direitos privados, e o Direito Público assume a incumbência de promover as condições para o desenvolvimento da autonomia e de se abster de interferir injustificadamente na esfera individual.

Em contraponto ao paternalismo, segundo o qual as pessoas devem ser protegidas de si próprias pelo Estado, deve vigorar a presunção presente nas sociedades democráticas, a qual prevê a liberdade de escolha acerca do próprio destino (MORAES, 2010, p. 134-135), já que há casos em que o Estado não é melhor juiz que a liberdade individual. Esse posicionamento advém do amadurecimento ético-jurídico, em prol de evitar a desresponsabilização e a infantilização dos indivíduos, reduzindo-se o nível de liberdade na sociedade (AMARO, 1990, p. 31 apud MORAES, 2010, p. 189).

Isso não implica afastar a função protetiva estatal, mas, sim, evitar a delegação dos poderes particulares de exercício da liberdade, ao se considerar que o indivíduo, dotado de capacidade jurídica, tem o direito de escolher quais condutas são mais satisfatórias para a sua vivência, cabendo ao Estado o dever de garantir o exercício das escolhas particulares.

Nesse sentido, ao se colocar a dignidade como imperativo axiológico de toda ordem jurídica, reconhece-se a personalidade jurídica a todos os seres humanos, ao mesmo tempo em que se preveem instrumentos jurídicos para a defesa da personalidade humana, desaguando, também, na necessidade de haver proteção do Estado (PINTO, P., 2000, p. 151). Proteger não implica comandar o livre arbítrio particular, mas, sim, garantir o exercício deste contra as intromissões públicas ou particulares.

Funda-se, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na tutela da individualidade, englobando, além da tutela da liberdade, a da personalidade e o direito à diferença. Trata-se de direito comunicativo e se realiza em interação com as outras pessoas, numa dimensão social, o que demanda a elaboração de um quadro jurídico-normativo de regulação das relações para propiciar o reconhecimento de capacidades, atribuição de poderes jurídicos, determinação de exigências de comportamento, de modo a possibilitar condições para o desenvolvimento da personalidade. Verifica-se, pois, que seu conceito ultrapassa o de não interferência na liberdade, mas trata-se de diretivas para que o legislador proteja a ação desse direito (PINTO, P., 2000, p. 157-159).

A realização de tal direito varia não só de acordo com a distinção entre as pessoas e suas necessidades, mas também de acordo com o ambiente em que estão inseridas e conforme o grau de condições desfavoráveis às quais estão submetidas. Por tal motivo é que a ponderação da dimensão social mostra-se relevante, e que urge a análise das diferentes facetas desse direito nos mais distintos âmbitos, inclusive no hospitalar.

Nesse sentido, a personalidade não deve interessar ao campo jurídico, mas somente à própria pessoa. O papel do ordenamento deve ser de garantir-lhe o espaço para o desenvolvimento das suas escolhas autônomas, ponderando que de toda liberdade decorre uma responsabilidade. Desta forma, a ampliação dos direitos da personalidade abarca, no conceito de inviolabilidade da vida privada, a liberdade de escolhas existenciais (MORAES, 2010, p. 148), proporcionando uma análise do direito fundamental à vida e das características da inviolabilidade e da indisponibilidade, inerentes a tal classe de direitos, dentro de uma visão menos dogmática e mais humanitária.

Sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade há duas correntes divergentes, uma que adota a concepção ampla, segundo a qual deve abranger todas as formas de conduta humana, mesmo que não possua tanta importância para a formação e expressão da personalidade; e uma segunda corrente, que prevê que o conteúdo de tal direito deveria ser restrito às situações primordiais para a personalidade, que poderiam comprometer diretamente o seu desenvolvimento.

Face à dificuldade de se delimitar quais direitos seriam essenciais, Dias (2014, p. 41) defende que se deve preferir a concepção ampla de proteção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, não obstante, no entanto, a ponderação desse direito com os demais bens constitucionais ou com exigências de solidariedade, visto não se tratar de direito absoluto. No mesmo sentido, Felipe Miranda (2013, p. 11189-11190) explica que a corrente majoritária se justifica devido ao fato de não se ter como delimitar o que constitui a essência da personalidade do indivíduo e o que é um ato inerente à sua personalidade, mas que não está diretamente relacionado a ela.

Sob esse prisma, a noção de desenvolvimento da personalidade é aberta, não sendo possível a imposição pelo Estado de uma personalidade-modelo. É direito não unânime que varia de acordo com as concepções de cada indivíduo e de acordo com os seus projetos (PINTO, P., 2000, p. 167-168), até porque, se assim não fosse, implicaria recusar a individualidade, que, como foi explicitado, trata-se de uma das bases desse direito.

Paulo Mota Pinto (2000, p. 163-164) afirma que o reconhecimento desse direito deve ocorrer em uma dupla dimensão: a primeira trata-se da tutela da personalidade, fundada na individualidade e na liberdade de ação, que preceitua a proteção da integridade contra terceiros; a segunda dimensão trata-se da liberdade geral de ação, que prevê a proteção de ativcomportamento e a livre decisão sobre ação e omissão próprias.

As abstrações auxiliam a eficácia das normas jurídicas por permitirem que uma gama de situações seja abrangida por elas; no entanto, efeito contrário se terá ao se impor a comprovação de um critério tão subjetivo— que é a demonstração da violação ao núcleo essencial do desenvolvimento – como requisito para a proteção do direito em questão, até porque, como já se expôs, a personalidade vincula-se à ideia de individualidade, podendo, pois, a ideia de cerne do desenvolvimento variar de pessoa para pessoa.

Em síntese, o conceito de liberdade inerente ao desenvolvimento da personalidade engloba todas as manifestações da personalidade no sistema de proteção, mesmo que esta não esteja diretamente relacionada ao seu desenvolvimento (MIRANDA, F. 2013, p. 11207).

Merece destaque a função protetiva da dignidade exercida pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade, dentre os deveres que ficam a cargo do Estado, vinculando-o a consagrar na legislação ou na jurisprudência os meios para tutela global da personalidade nas suas diversas manifestações e no seu potencial de se desenvolver. Para tanto, devem ser consideradas as circunstâncias do caso concreto, a exemplo da possibilidade ou da natureza da intervenção, do perigo que apresenta para a personalidade, da ilicitude de tal intervenção conforme a Constituição, da impossibilidade de exercício da sua proteção pelo próprio titular, da necessidade da ajuda de outrem para a realização do direito, entre outros (PINTO, P., 2000, p. 195-196).

Face ao exposto, é possível afirmar que tanto o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é limitado, quanto também é dotada de limitações a margem de atuação do Estado no tocante à sua interferência. Figura com o limite maior para as duas situações o resguardo da dignidade, já que qualquer ato de liberdade deve ser vetado se sacrificar o mínimo existencial intocável e indisponível, bem como o maior limite de atuação estatal deve ser a preservação da dignidade, e, conseqüentemente, da personalidade do indivíduo.

Ademais, Ruzyk (2011, p. 304) ressalta que, embora inexista na Constituição Brasileira uma cláusula geral que se refira expressamente ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ao se conjugar a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à

liberdade, obtém-se proteção equivalente, até porque, para além do texto constitucional, há que se pensar a dignidade e a liberdade como preexistentes à proclamação legislativa ou constitucional, de modo que já, que o ordenamento centraliza-se na pessoa, o respeito a esses direitos não pode ser opcional.

Considerando-se a importância de se delinear os direitos de liberdade de um paciente submetido aos cuidados clínicos e hospitalares, há de se constatar que também as ações indignas serão repudiadas, visto ser a autonomia desenfreada incompatível com a Constituição Federal e o Código Civil.

1.3.3 Direito geral da personalidade e o confronto com a classificação dos direitos da personalidade

O professor Paulo Mota Pinto (2000, p. 171-177) defende a existência de um direito geral da personalidade, excluindo direitos autônomos e particulares dessa classe, representando o princípio superior de constituição dos direitos concernentes aos diferentes modos de ser da personalidade. A proposta apresentada visa à inclusão de direitos não tipificados, englobando um conjunto variado de bens da pessoa. Apesar dessa tutela geral da personalidade, confessa que a simples consagração desses direitos não é capaz de resolver os problemas complexos de aplicação e demarcação práticas, carecendo, pois, de uma delimitação clara.

O direito geral da personalidade presente no Direito Português decorre da interpretação do artigo 70 do Código Civil daquele país, que expressa a tutela geral da personalidade nos seguintes termos: “1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”. Em interpretação ao dispositivo, Rabindranath Sousa (1995, p. 513) explica que essa tutela geral da personalidade não é reconhecida de forma abrupta, ilimitada e separada do sistema jurídico, mas trata-se de uma peça integrante desse complexo, que exige averiguação de limites e de conteúdo, por meio de regras gerais de interpretação jurídica, em conjunto com outras proposições jurídicas.

Em contraposição, a opção por um pluralismo de direitos da personalidade baseia-se no fato de cada interesse protegido ter características próprias, sendo preferível uma diferente valoração e tutela (SALAS; ORTEGA, 1995, p. 208-209). Mas Beltrão (2014b, p. 42) esclarece que o fundamento para as críticas à teoria pluralista reside nas características dos bens jurídicos, que incorporavam o elemento individualidade, elemento este que não se

identifica em alguns direitos da personalidade, face à dificuldade de se efetuar a separação entre direito e pessoa, não podendo, pois, ser considerado isoladamente.

Já Szaniawski (2005, p. 122) alerta que essa pluralidade contribuiu para o surgimento de uma enxurrada de direitos e classificações de direitos da personalidade, abarcando direitos que não se caracterizam como tais, desvinculados da natureza que lhes é inerente. Fiuza (2010, s/p) tece críticas às duas teorias, afirmando que nelas há a tentativa de enquadrar os direitos da personalidade nos modelos clássicos de direitos subjetivos pessoais ou reais; refuta a aplicação dos mesmos em situações-tipo, em que se reprimem apenas sua violação; bem como considera inconsistente a adoção de um único direito geral da personalidade. Como solução, propõe o estabelecimento de uma cláusula geral de tutela da personalidade, a dignidade e a promoção humana, como valores máximos do ordenamento, com a finalidade de orientar toda a atividade hermenêutica.

A dificuldade em se aceitar essa teoria monista deve-se ao fato de que se pretende da especialidade partir-se para a generalidade, visa desconsiderar a especificação já delineada nos corpos normativos, mas se contradiz quando se atesta a necessidade de delimitação. A classificação didática dos direitos da personalidade não implica necessariamente vinculação ao *numerus clausus*, mas consiste na tentativa de se proteger o máximo de bens possíveis, considerando as particularidades de cada caso em concreto.

É possível se estabelecer um rol de direitos da personalidade, não taxativo, considerando que a interpretação de tais direitos possa ser extensiva à medida que a dinâmica social demande novas tutelas. Essa possibilidade não exclui a utilização da dignidade como vetor de interpretação do direito, visto ser compatível a convivência entre o sistema plural de direitos da personalidade e a utilização da cláusula geral nos casos de omissão e nas operações hermenêuticas que antecedem a aplicação do Direito.

Como subsídio para o entendimento adotado, de grande valia é o posicionamento de Perlingieri (2007, p. 155) ao afirmar que a cláusula geral de tutela da pessoa humana possui conteúdo que não se limita a resumir os direitos tipicamente previstos, mas possibilita a sua extensão à tutela de situações atípicas, já que a pessoa não se realiza por meio de um único esquema de situação subjetiva, mas, sim, por um esquema de situações que podem se apresentar como poder jurídico, como interesse legítimo, ou como direito subjetivo, faculdade, poderes.

Nesse diapasão, o caso da fragilidade em que se encontram pacientes terminais que “sobrevivem” graças à ação de equipamentos mantenedores da existência pode ensejar uma nova tutela específica, capaz de evitar os abusos em âmbito hospitalar. Apesar de quanto mais pormenorizada for a previsão legislativa em prol da proteção da personalidade dos enfermos mais se aproximará da eficácia social do preceito geral de livre desenvolvimento, a inexistência expressa desse direito específico não impede a sua defesa, pois, implicitamente, suscitando a cláusula geral da dignidade, pode-se afirmar que tanto é direito existente no ordenamento jurídico pátrio, como plenamente defensável.

Em sede de direito colombiano, para Rocío Gómez (2011, p. 2) os direitos da personalidade são classificados em atributos da personalidade – aqueles elencados no Código Civil–, e direitos fundamentais – aqueles contidos na Constituição Nacional, incluindo-se nesse rol o direito à vida, à igualdade e à livre expressão da personalidade. Vê-se, pois, uma classificação vinculada à fonte de positivação.

Em relação ao Direito Brasileiro, tem-se que os direitos fundamentais são os previstos na Constituição Federal, os Direitos da Personalidade e os dispostos no Código Civil de 2002. Como ambas as categorias possuem a dignidade em seu cerne, pode-se *a priori* afirmar que, independentemente do instrumento de positivação, protegem a personalidade, sendo plenamente compatíveis entre si.

Dessa forma, é mister atentarmos para o enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil, que, em comentário ao artigo 11 do Código Civil, expressa que nesse diploma os direitos da personalidade não são regulados de maneira exaustiva, contendo nele expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, previstas no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana), e que, caso haja conflito entre eles, deve ser aplicada a técnica da ponderação. Corroborando com esse entendimento, Donizetti e Quintella (2013, p. 58) acentuam que, no ordenamento pátrio, pode-se afirmar que tal classe de direitos é ilimitada, por derivarem infinitamente da tutela da dignidade humana, não sendo, pois, o rol contido no Código Civil, taxativo.

Da análise do enunciado verifica-se a tendência de constitucionalização do Direito Civil, desprendendo o direito privado da noção clássica de divisão jurídica, em prol da homogeneização de interpretação do direito. A pluralidade de espécies de direitos da personalidade não deve ser percebida como forma de exclusão de proteção das hipóteses não

previstas, mas como tentativa de o Direito se debruçar sobre a quantidade máxima de conflitos existenciais que estiverem ao seu alcance.

A riqueza das relações pessoais é tanta que muitas vezes esses vínculos acabam por não se enquadrarem nas hipóteses normativas, e leva em consideração os grupos de interesse (CALDANI, 2001, p. 41). A necessidade de ampliar o rol dos direitos da personalidade decorre do fato de o Código Civil de 2002 não ter regulamentado a matéria de forma mais abrangente, englobando temas já discutidos na doutrina e jurisprudência, ou estabelecido elementos mínimos de ponderação, a fim de propiciar ao juiz critérios razoavelmente objetivos e seguros para a tutela da personalidade, fazendo com que a carência de regulação geral seja preenchida pelas súmulas do Superior Tribunal de Justiça e por Enunciados doutrinários (ANDRADE, F., 2013, p. 123-124).

França (1999, p. 939) divide a classe de direitos da personalidade em três grandes grupos: direito à integridade física – que abarca o direito à vida e ao corpo; direito à integridade intelectual – no qual estão contidos os direitos autorais e a liberdade de pensamento; e direito à integridade moral – concernente à identidade pessoal, familiar e social, à imagem, ao segredo, à honra, ao recato e às liberdades política e civil.

Gonçalves (2012, p. 69) distingue os direitos da personalidade inatos, a exemplo do direito à vida e à integridade física e moral, dos direitos da personalidade adquiridos, provenientes do status individual, existentes na extensão da disciplina que lhes foi conferida pelo direito positivo.

Já Bittar (1995, p. 17) classifica os direitos em: direitos físicos – concernentes aos componentes materiais da estrutura humana, ligados à integridade corporal; direitos psíquicos – referindo-se aos elementos intrínsecos da personalidade, relacionados à integridade psíquica; e direitos morais – relacionados a atributos valorativos da pessoa em sociedade, concernente ao patrimônio moral.

Utilizando essas classificações supraelencadas, pode-se afirmar que os maiores riscos aos quais se submetem os pacientes terminais concernem aos direitos à integridade física e moral, conforme a classificação de França; aos direitos inatos, na perspectiva de Gonçalves; adotando-se a concepção de Bittar, pode-se dizer que em todas as dimensões pode haver transgressão.

“A evolução da pessoa, desde o seu nascimento até a morte, é potencializada com a formação de sua estrutura física e moral, que merece tratamento de acordo com a expressão

de sua personalidade” (BELTRÃO, 2005, p. 81). É com base nessa premissa que, independentemente do tipo de classificação doutrinária a ser adotada, o mais importante é que se tenha em mente qual a extensão dos bens protegidos pelo direito em questão, e qual o embasamento jurídico para, em casos de conflitos, eleger-se qual deles deve ser priorizado.

Em face do personalismo que permeia o Código Civil, evidencia-se a supremacia da essência humana frente ao patrimônio, sendo justificável pela cláusula geral da dignidade. Nesse sentido, cada indivíduo deve ter seu valor reconhecido, independentemente das suas condições econômicas e do seu estado de saúde, não devendo, pois, ter sua autonomia tolhida ao se submeter a um tratamento médico.

1.3.4 Liberdade geral de ação

Na vivência da pessoa em sociedade, muitos bens individuais e comuns acabam por ser compartilhados, o que faz com que a valoração da importância que deve ser atribuída a cada bem na vida de um indivíduo dependa do valor designado a esses bens para a vida da comunidade, de forma que as possibilidades abertas para a vida de qualquer pessoa estão determinadas pelas decisões políticas acerca do que é prioritário em sentido comunitário. Por tal razão, o pensador prático tende a ser também político (COTARELO, 2002, p. 692).

Entretanto, quando se defende que a tônica do constitucionalismo é a proteção da pessoa individualmente considerada, quando se entende que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade tutela a individualidade do ser humano e das suas necessidades, o pensamento seria contraditório se não visasse ao afastamento do viés político das escolhas pessoais de cada um. O quesito relacional da vida humana deve servir para se estipularem as barreiras de ingerência alheia na privacidade e intimidade dos outros, e não para ditar regras sobre como elas devem ser almejadas. Por tal razão, denota-se a importância da delimitação dos direitos da personalidade, de modo a compatibilizar a individualidade com a coletividade.

Sabendo-se que a liberdade não atende somente ao problema físico, não se ocupa apenas do movimento, da locomoção, mas concerne à expressão de ideias e realização de atos ou negócios, sem óbice por força física ou espiritual (CIFUENTES, 1999, p. 55), o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, além de abarcar o resguardo da integridade, engloba a liberdade de comportamento, em prol da proteção à atividade humana, designado de

liberdade de ação geral, abrangendo a liberdade física, de expressão, de criação, entre outras especialidades, e seu exercício é condicionado à obediência de limites da Ordem Jurídica e dos bons costumes (PINTO, P., 2000, p. 198-199).

Evidencia-se, pois, um conceito de liberdade distinto e mais completo do que aquele defendido pela Revolução Francesa, e que se amplia cada vez que urgem novas necessidades humanas, cada vez que a dinâmica social apresenta novos riscos de violação à personalidade e à integridade. Ao se considerar que as barreiras às quais podem ser sujeitos os homens não necessariamente são físicas, aproxima-se o Direito da realidade, e se aproxima do alcance da eficácia social dos direitos da personalidade.

Esse desdobramento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade trata-se de cláusula geral de liberdade, consagrada como direito pessoal, suprindo as omissões legadas pelos direitos especiais de liberdade, sendo garantida independentemente das características valorativas ou qualitativas, possuindo como objeto toda forma de comportamento humano, dotando o seu titular de autonomia para escolher o fazer ou não da ação, incluindo o direito a que tal conduta não seja vedada, o direito a recusar-se a imposição de uma conduta (PINTO, P., 2000, p. 201-204).

Trata-se de um argumento jurídico válido contra qualquer autoridade, pública ou privada, que desvincula a sua obediência de demonstração de previsão positivada ou de persecução de requisitos para a sua defesa. O agir e o omitir humanos mostram-se passíveis de respeito, independentemente do âmbito em que se insira, contanto que obedeçam aos preceitos gerais jurídicos, previamente delimitados. Os juízos exteriores contrários à eleição de conduta individual não deverão repercutir ativamente na esfera autônoma da pessoa. Esse respaldo é dado pela liberdade geral de ação.

Acresce-se à proteção de construção da personalidade, no sentido subjetivo da pessoa, a materialização em atos em que haja a manifestação objetiva e concreta da personalidade. Por tal razão, a liberdade geral de ação é uma liberdade ampla, que visa à proteção de ações de qualquer espécie e valor (MIRANDA, F., 2013, p. 11183-11184), até porque, quando se trata de respeito à individualidade, a valoração das ações é excessivamente subjetiva, não sendo condizente com qualquer apreciação externa.

Tomando como base o artigo 2º, do §1º da Constituição Alemã, o Tribunal Constitucional Federal do país adotou a compreensão de que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade trata-se de liberdade geral de ação, considerado como

direito de fazer ou se abster, em uma concepção ampla e subjetiva. Conforme salienta Alexy (2014, p. 341-343), a liberdade geral de ação contém norma permissiva do agir no limite das restrições, mas abarca também uma norma de direitos, com o fito de impedir que o Estado intervenha na liberdade do indivíduo. Desta forma, o autor defende que no suporte fático do direito em questão existam as ações dos titulares de direitos fundamentais, bem como as intervenções do Estado nas ações daqueles.

Constata-se, pois, a existência de um direito com carga positiva e negativa. A primeira característica se observa porque, ao se defender que o indivíduo é ser livre, atribui-se a ele a faculdade de gerenciar seus desígnios, até o ponto em que sua expressão de independência não interfira na dos demais, e contanto que não seja obstruída a obediência aos preceitos legais. A carga negativa se evidencia na imposição de abstenção de interferência de terceiros nas ações autônomas pessoais. Quanto a terceiros, incluem-se os médicos e a equipe de saúde, que se devem abster de invadir a esfera individual do paciente submetido a seus cuidados.

Na busca pelo direito exaustivo à liberdade geral contra intervenções, há de se proteger tanto o fazer quanto as posições e situações jurídicas, direta e indiretamente. A amplitude desse direito irradia para a sua cláusula de restrição, qual seja, a totalidade de normas jurídicas compatíveis, no tocante à forma e à matéria, com a Constituição Federal (ALEXY, 2014, p. 343-345). Apesar de o posicionamento expresso por Alexy ter como base o constitucionalismo alemão, há de se constatar compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, já que também se tem a liberdade como direito fundamental, bem como se efetua um controle de constitucionalidade em relação às ações humanas, para valorá-las como adequadas ou não. Ademais, preconiza-se a interpretação dos direitos de forma sistêmica e conforme a Carta Magna.

A amplitude do suporte fático do direito geral de liberdade, ao abarcar normas permissivas gerais e específicas, não atinge o conteúdo do seu direito, não toca a sua adequação como meio de descrição daquilo que é *prima facie* protegido (ALEXY, 2014, p. 346-348). Tal abrangência permite que se enxerguem liberdades que em uma visão positivista e dogmática não se conseguiria, podendo-se incluir em tal rol o direito de exercer a autonomia em relação ao prolongamento ou não do processo de morte de um paciente em estágio terminal.

Sob essa perspectiva, a liberdade geral de ação deve ser acionada quando da ausência de direitos especiais, já que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade tem a função

de complementar ou suplementar, atuando subsidiariamente ao abrigar vários direitos de liberdade inominados, incluindo-se nesse rol o direito à livre escolha do médico. Entretanto, há que se ressaltar que a natureza de cláusula geral e a extensão indeterminada dos direitos inominados de liberdade e da liberdade geral de ação dificultam o delineamento de deveres de proteção mais que em relação à dimensão de tutela da personalidade (PINTO, P., 2000, p. 205-209). Tal dificuldade demanda dos doutrinadores e dos demais hermenutas o esforço de esboçarem os deveres decorrentes do Direito, de modo a garantir a realização prática deste.

Como em toda escolha está contida uma perda, a adoção de critérios amplos para abranger o máximo de casos concretos sob a égide do direito à liberdade, do ponto de vista prático evidencia um problema no tocante à demarcação de limites e à previsão normativa para efetivar essa tutela. É necessário que nos contextos específicos em que seja aplicável o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e conseqüentemente, a liberdade geral de ação, delineiem-se os pontos mínimos de intersecção, os traços marcantes e comuns de necessidade de preservação da autonomia.

Nesse sentido, Paulo Pinto (2000, p. 212-214) assevera que a liberdade geral de ação avulta o problema da tutela constitucional da autonomia privada, por fundar-se na liberdade geral da pessoa, principalmente na liberdade jurídica, que em direito privado situa-se dentro dos direitos da personalidade. O problema dos limites ao livre desenvolvimento da personalidade e a correlação daqueles em relação ao direito à vida será abordada no terceiro capítulo da presente pesquisa.

Em síntese, pode-se afirmar que o direito geral de liberdade possui uma concepção formal, na medida em que pressupõe uma liberdade negativa e a considera como um valor em si mesmo; mas também apresenta uma concepção material, uma vez que, nos casos de colisão, determina o peso relativo da liberdade no caso concreto, considerando também outros princípios (ALEXY, 2014, p. 359). É justamente a análise desse peso da liberdade na casuística que justifica a necessidade de se abordar o tema, pois tão importante quanto é o estabelecimento da extensão do direito é o reconhecimento dos limites do direito. É nessa perspectiva que se questiona se o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é argumento legitimador para a expressão máxima da autonomia de um paciente, a confecção de diretivas antecipadas sobre a sua terminalidade.

2 – A CAPACIDADE DO PACIENTE TERMINAL E O SEU DIREITO DE ESCOLHA COM BASE NO CONSENTIMENTO INFORMADO

“(...) ao contrário do que se costuma dizer, a morte não é toda igual, o que é igual é estar morto.”

José Saramago

2.1 A NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

É consequência lógica da diferenciação entre os seres humanos a existência de distintas personalidades, que, em respeito às suas individualidades, possuem traços característicos únicos, em meio aos caracteres comuns que os inserem no conceito de pessoa. Ao tutelar a personalidade jurídica, o Direito considera, afora as similitudes, as diferenciações, a fim de dotar de eficácia social o princípio fundamental da isonomia, aumentando a incidência de cuidado à medida que a fragilidade dos sujeitos se agrava.

A maior semelhança que pode existir entre as pessoas é de natureza subjetiva, destacando-se a dignidade, e, paradoxalmente, os fatores que frequentemente embasam o massacre dos que se encontram em situação desprivilegiada são de ordem objetiva: poder aquisitivo, *status* social, situação de autoridade, idade, estado de saúde, entre outros. Referenciais externos são capazes de atentar contra os mais preciosos valores internos do ser humano.

Apesar de se falar que a igualdade é natural do ser humano, na realidade da experiência histórica, a sociedade sempre destruiu essa igualdade (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 129). Na tentativa de dirimir tal situação, o Direito instituiu a vulnerabilidade, a qual, segundo Lôbo (2013, p. 1), é expressão do reconhecimento de que determinadas posições contratuais, nas quais se inserem as pessoas, são merecedoras de proteção. Distingue-se, assim, de hipossuficiência, conceito eminentemente econômico ou conceito jurídico fundado na insuficiência das condições econômicas pessoais.

O conceito de “vulnerabilidade jurídica” se distingue da acepção que é dada a essa expressão na doutrina bioeticista e sociológica. Para o Direito, reconhecer um ser humano como vulnerável, seja com base em suas características pessoais, seja considerando as qualificações daqueles com que se relaciona, mostra uma preocupação dessa ciência em enxergar a sua prospecção a ser lesada, a sua fragilidade, evitando que esse fator seja determinante para lhe causar prejuízo.

Quando se trata de paciente terminal, o cerne da preocupação em relação à proteção da dignidade é garantir que a sua relação se estabeleça da maneira mais ética possível, de modo que o trato isonômico seja aplicado na relação entre o enfermo e os seus médicos. Porém, para que se verifique se o conceito de vulnerabilidade jurídica se aplica a esses casos, há de se perquirir sobre a natureza jurídica dos mesmos, e antes de se adentrar nesse problema, é mister se vislumbrar as características dos sujeitos dessa relação.

O médico é o prestador de serviço qualificado, que ou é escolhido livremente pelo paciente, ou convocado pela família, ou apresentado pela sociedade, com a incumbência de prevenir ou tratar a doença, ou promover a reabilitação da pessoa. O paciente, que deve ser o agente principal para administrar a sua saúde, de forma ativa ou por representação, delega ao médico a colaboração para um determinado fim, de modo que o ato médico e a consulta médica tornem-se uma relação de sinergia (SGRECCIA, 2009, p. 218-219).

Há dois modelos principais de relação médico-paciente: o paternalista, em que se assegura ao paciente o recebimento de todas as intervenções que melhor fornecerem o seu bem-estar e promoverem a sua saúde, cabendo ao médico a autoridade de decidir quando do início de intervenções terapêuticas e diagnósticas, devendo a opinião profissional prevalecer face à autonomia do enfermo; e o modelo informativo, que preconiza a necessidade de interação entre médico e paciente, para que aquele preste os esclarecimentos sobre diagnósticos, terapias e riscos de cada um dos procedimentos, fazendo com que a autonomia do paciente exerça um rígido controle no processo de decisão do médico (SGRECCIA, 2009, p. 224-225). Este último se mostra compatível com os princípios e direitos fundamentais vigentes no Ordenamento Jurídico brasileiro.

As relações médico-paciente são fatos jurídicos normatizados capazes de impor direitos, obrigações, e de estabelecer quais os efeitos jurídicos resultantes, de forma que, apesar de caber ao médico a verificação de qual é a melhor forma de lidar com o enfermo, interessa ao Direito os seus atos e ações (BELTRÃO, 2014a, p. 4753-4756). Dentro da classificação de fatos jurídicos, essas relações se inserem na espécie de negócio jurídico, por ser fato voluntário, lícito e por produzir efeitos. Como o núcleo essencial da relação é a declaração de vontade, ao buscar um médico o paciente expressa a necessidade de ajuda para tratá-lo, e intenciona ter acesso ao procedimento e ao tratamento, que são o efeito esperado quando da expressão da sua vontade (BELTRÃO, 2014a, p. 4760).

No rol dos negócios jurídicos, as relações médico-paciente inserem-se nos contratos, que tradicionalmente são considerados como o encontro de vontades que resulta em um acordo entre, no mínimo, duas pessoas, que têm o fito de criar, modificar ou extinguir direitos. Nessa linha de raciocínio, Garay (2000, p. 377) acentua que são excepcionais os casos em que há responsabilidade aquiliana, e acresce que o estabelecimento da origem contratual ou extracontratual da responsabilidade médica repercute na prática, em relação à extensão do dever de reparar e ao prazo prescricional dos danos e dos prejuízos.

Intrínseca à classificação dos contratos, as relações médico-paciente se inserem, em regra, no rol dos pactos bilaterais, ou seja, que se originam do encontro de vontades. Entretanto, nos casos em que o paciente adentra em um hospital público, inconsciente, ou seja, incapaz de exprimir sua vontade, restaria um único dever, de beneficência do médico, qualificando-se como negócio jurídico unilateral, respeitando a regra de que, nesse caso, apenas se pode interferir na esfera jurídica alheia se for para causar benefícios (BELTRÃO, 2014a, p. 4762-4763).

Nos casos em que houver prestação de serviço público, fica evidente que o problema da relação médico-paciente versará, em regra, sobre Direito Administrativo. Entretanto, como se verificou, em relações desiguais, há uma tendência jurídica de se proteger aqueles que se encontram no polo mais desprivilegiado da relação. Em face dessa realidade, é imprescindível que se compreenda qual ramo do Direito se ocupará de tratar da relação médico-paciente, quando se tratar de prestação de serviço privado, para que se verifique se se trata de ramo eminentemente parcial, centrado na proteção dos vulneráveis, ou se concerne ao Direito Civil, ramo caracteristicamente imparcial.

É possível, portanto, entender que, em regra, podem-se considerar vulneráveis os consumidores, as crianças e adolescentes, os idosos, as minorias étnicas, as mulheres, os trabalhadores, entre outros, dependendo do contexto em que se inserirem. Entretanto, é o caso concreto que vai evidenciar qual ramo jurídico será mais indicado para reger cada relação.

Desse modo, o grande questionamento no que tange à relação médico-paciente orbita acerca de se se trata de relação consumerista, em que o profissional figuraria no polo privilegiado, como fornecedor de serviços, ao passo que o doente se enquadraria na condição de consumidor vulnerável, ou se deve ser regida pelo Direito Civil, tomando-se as partes, *a priori*, como iguais.

Com base no Direito do Consumidor, Marques (2014, p. 320) esclarece que, nos casos dos contratos desse ramo, há um desequilíbrio flagrante de forças contratantes, figurando a parte vulnerável no polo mais fraco, sem possibilidade de discutir o conteúdo do instrumento; diferentemente da situação estrutural e fática do profissional que oferece o contrato, de modo que se pode asseverar que a vulnerabilidade seria um estado de fraqueza, carente de definição precisa, e que se apresenta de várias formas.

Em se questionando se essa realidade contratual acima descrita se aplica no âmbito relacional entre enfermo e profissional da saúde, de grande valia mostra-se o Código de Ética Médica, o qual, no capítulo inaugural, inciso XX, expressa que “a natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo”. É interessante se fazer uma análise comparativa entre o mencionado dispositivo e o artigo 5º do Código de Ética e Disciplina da OAB, o qual proíbe qualquer procedimento de mercantilização no exercício da advocacia, para que se verifique a existência de uma intersecção no tocante à constatação de uma preocupação comum contida nos dois, no sentido de evitar que as práticas das respectivas profissões que disciplinam percam o caráter de personalidade, rendendo-se às leis de mercado e às práticas capitalistas.

Desse modo, pode-se inferir que, como em ambas as relações a confiança entre o profissional e o receptor dos seus serviços é fator essencial para que os objetivos particulares sejam alcançados, a eventual aplicação das regras de Direito do Consumidor nesses casos acabaria contribuindo para o distanciamento pessoal entre as partes, resultando em uma prestação de serviços com um maior automatismo e maior receio no que tange às possibilidades de responsabilização.

A impregnação dos critérios da produção industrial nas atividades do homem atingiu os hospitais, com parcelamento de trabalhos, especialização extremada de tarefas, a impessoalidade e a massificação das relações em prol da redução de custos. Entretanto, há de se frisar que esse modelo não é adequado aos hospitais, uma vez que cada doente é uma pessoa diferente, demandando um tratamento conforme suas exigências terapêuticas e humanas, considerando-se que as pessoas não são números nem produtos, fazendo-se com que seja necessário que essas instituições sejam repensadas à luz da relação interpessoal, da continuidade das relações com a família, e do contato permanente com a vida, tanto social quanto civil, evitando-se que a economia e a centralidade dos serviços condicione a essência dessas relações (SGRECCIA, 2004, p. 19).

Em consonância com esse pensamento, Beltrão (2014a, p. 4765-4766) assinala que não se deve tomar como regra a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre médico e paciente, devido à diversidade de serviços fornecidos pelo profissional da saúde, já que em certos momentos se apresentaria como um contrato atípico, envolvendo uma relação personalíssima, de modo que se demanda uma análise do fato e das circunstâncias para determinar a verdadeira natureza jurídica dessa relação.

Em contraposição, Dantas (2014, p. 161-163) entende que, se a relação for aquela mantida em consultório, pautada em confiança e resultado da procura de um médico específico, será personalíssima; entretanto, diferente será a hipótese em que o atendimento é feito por vários profissionais, ou por um médico credenciado ao plano de saúde do paciente, ou quando o atendimento ocorre em uma urgência hospitalar, sem direito a retorno com o mesmo médico, mas, sim, com o plantonista disponível. Nesses casos, defende tratar-se de relação de consumo, em que o paciente figuraria como consumidor vulnerável, que contrata a execução de um serviço médico, ao passo que a oferta dos seus conhecimentos de forma remunerada faria com que o profissional fosse considerado como fornecedor.

A concepção meramente contratual civilista é ultrapassada se forem adotados os ditames previstos no Código de Defesa do Consumidor, que estabelecem normas de ordem pública capazes de alterar o conteúdo dos contratos existentes, estabelecendo a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços pela reparação dos danos causados aos usuários/consumidores por defeitos na prestação desses serviços (ROCHA, 2011, p. 47).

Esses últimos posicionamentos não devem prosperar, pois afora as razões sociais que afetariam o vínculo de confiança entre as partes, conforme foi previamente destacado, há de se frisar a incompatibilidade das imposições destinadas aos fornecedores com a prática da medicina. Pode-se citar como exemplo o limite de espera conforme o horário de marcação de consultas. É impraticável se impor um rigor, principalmente se o paciente não for atendido porque o prestador de serviço estava atendendo um caso mais urgente, ou se, por tratar com tanta pessoalidade o paciente anterior, não consiga encerrar a sua primeira prestação de serviço de forma satisfatória devido ao horário. Qualquer mecanicismo comprometeria o dever de perícia e prudência da prática da medicina.

Ademais, outro ponto já exaustivamente discutido na doutrina diz respeito à responsabilização do médico, que em regra é subjetiva, contrastando com a objetividade do dever de ressarcir o dano inerente, ao fornecedor. Também há de se entender que a

complexidade da prestação de serviços médicos faz com que muitas vezes o sucesso da terapia empregada dependa da coparticipação correta do enfermo, ou varie de acordo com as peculiaridades dos organismos dos indivíduos, fazendo com que a regra da inversão do ônus da prova nem sempre seja cabível.

A rigidez do tratamento destinado ao fornecedor de serviços pelo Código de Defesa do Consumidor é incongruente com os papéis que Diniz (2010, p. 658) defende que o médico deve desempenhar: de consultor, conselheiro e amigo, aplicando os recursos que forem mais adequados. Na verdade, em se adotando o posicionamento consumerista, não se acredita que o médico deixará de usar da boa técnica, pois é provável que não renunciará à sua ética profissional, mas no quesito de proximidade e humanidade no trato, esse sim, restará comprometido.

Podem-se elencar alguns direitos que implicitamente formam o contrato médico: cabe ao médico prestar esclarecimentos e aconselhar o paciente; cuidar do enfermo com zelo e diligência, fazendo uso de todos os recursos da medicina; abster-se de agir com abuso ou desvio de poder, não podendo fazer experimentos no corpo humano, se esse procedimento não foi imprescindível para a manutenção da vida do paciente; prevenir e controlar a transmissão de doenças para seus pacientes; expressar a verdade sobre o diagnóstico e o tratamento a ser administrado; respeitar o direito ao sigilo; respeitar a dignidade no exercício da medicina; não auferir vantagem financeira ou política que atente contra a dignidade de seu paciente; assumir a responsabilidade objetiva no caso de cirurgia estética; efetuar e manter sigilo sobre o prontuário clínico; o dever de veracidade no tocante à emissão de atestados; entre outros (DINIZ, 2010, p. 659-665). Os direitos implícitos aos pacientes revestem-se dos caracteres ético e jurídico dos quais são formados os deveres médicos, e suas extensões variam de acordo com o tipo de serviço prestado.

Como uma grande parcela dos pacientes terminais é formada por idosos, interessante se mostra averiguar que Marques e Miragem (2014, p. 148 et 201) defendem a possibilidade de se demonstrar a vulnerabilidade do idoso enquanto consumidor por meio de dois aspectos. O primeiro diz respeito à sua diminuição ou perda de aptidões físicas ou intelectuais, colocando-o em situação mais débil em se comparando ao fornecedor. O segundo aspecto concerne à necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços disponíveis no mercado de consumo, fazendo com que fique dependente dos fornecedores.

Entretanto, há de se averiguar uma inconsistência teórica, visto que apesar de se relatar que os exemplos visam demonstrar a vulnerabilidade do idoso enquanto consumidor, na primeira hipótese o que se atesta é a vulnerabilidade fática, e não jurídica, já que a fragilidade da pessoa com idade mais avançada verifica-se em comparação a qualquer outra pessoa saudável, não constituindo requisito para a sua constatação, a presença de um fornecedor. Na segunda hipótese realmente trata-se da vulnerabilidade com a qual se preocupa o Direito do Consumidor, mas que se exclui da área de atuação do médico, sendo estranha à sua relação com o paciente.

Barboza (2009, p. 107) ressalta que todos os seres humanos são vulneráveis por natureza, por serem passíveis de terem seu complexo psicofísico ferido, entretanto, não serão atingidos do mesmo modo, ainda que estejam em situações idênticas, pois o gravame varia conforme as circunstâncias pessoais do estado de suscetibilidade que lhes é inerente. Os humanos são iguais, mas no que tange às suas vulnerabilidades, são diferentes.

Como se pode constatar, no pensamento acima explicitado a palavra “vulnerabilidade” não é utilizada nesse contexto na acepção jurídica, mas, sim, com o sentido de vulnerabilidade fática, condizente com o realce das possibilidades de fragilização da pessoa. Nesta pesquisa, por se ter comprovado que a natureza jurídica da relação médico-paciente é em regra contratual, regida pelo Código Civil, não se tratando, pois, de relação consumerista, o termo será utilizado na acepção de predisposição à lesão devido a alguma desvantagem fática, sentido também adotado pela doutrina e legislação bioeticista.¹

A vulnerabilidade inerente à pessoa devido à sua doença passou a ser instrumentalizada em prol de determinado fim, a exemplo da transformação da pessoa em objeto de aprendizado, utilização em benefício do status do pesquisador, como cobaias de pesquisas (PESSINI, 2006, p. 12). Em face desses riscos, é imprescindível se aferir o nível de fragilização que um paciente quando adentra em um estágio terminal se encontra, e se assinalar os riscos que eles se submetem caso a equipe de saúde não destine a ele o tratamento que ele merece, por ser sujeito de direitos.

¹Ratificando o exposto, cumpre verificar o disposto no artigo 8, intitulado “Respeito pela Vulnerabilidade Humana e pela Integridade Individual”, da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos: “A vulnerabilidade humana deve ser levada em consideração na aplicação e no avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e de tecnologias associadas. Indivíduos e grupos de vulnerabilidade específica devem ser protegidos e a integridade individual de cada um deve ser respeitada” (UNESCO, 2005, s/p).

É sabido que, para se chegar ao estado terminal de saúde, não necessariamente se é idoso, mas com o avançar da idade a tendência é que em determinado momento o indivíduo se encontre nessa realidade, já que na maioria das vezes a morte não acontece abruptamente, sendo resultado de fatores que vão aos poucos se somando.

Os idosos, em si, já têm sua fragilidade reconhecida, independentemente de estarem enfermos. É o que se comprova com o Estatuto do Idoso, originário da Lei nº 10.741, de 2003, que estabelece em seu artigo oitavo ser o envelhecimento um direito personalíssimo, e sua proteção um direito pessoal. Esse pensamento se coaduna com o artigo 230 da Constituição Federal, o qual afirma ser de responsabilidade da família, sociedade e do Estado amparar a pessoa idosa, de modo que se garanta seu bem-estar, preservação da dignidade e da vida. Ora, atribuir a outrem essa incumbência implica confessar que ao idoso não cabem as mesmas forças de autodefesa que detêm as pessoas de menos idade, e dentre essas forças de defesa, faz-se necessário que se tutele a sua autonomia sempre que ele seja capaz de consentir.

O conceito de envelhecimento é interdisciplinar e consiste no processo dinâmico e progressivo, no qual ocorrem modificações de ordem morfológica, funcional, bioquímica e psicológica que resultam na perda da capacidade de adaptação do indivíduo ao meio ambiente, fazendo com que fique vulnerável e passível a processos patológicos, cujo final é a morte. A velhice, última etapa do ciclo vital, é caracterizada por eventos, como perdas psicomotoras, afastamento social, restrição dos papéis sociais e de uma especialização cognitiva (GUSMÃO, 2009, p. 57).

Nesse contexto, mediante as mudanças drásticas no tocante à sua saúde e à sua convivência em sociedade, o idoso, quando figura como paciente, justamente em decorrência das perdas causadas pelo avanço da idade, demanda uma maior atenção, seja por parte da equipe de saúde, que esteja em contato direto com ele, seja por parte dos juristas que, mesmo indiretamente, são capazes de, através de construções teóricas do Direito, trabalharem em prol da compensação dessa fragilidade, não o vitimizand, forçando a configuração de uma vulnerabilidade jurídica, mas consagrando a tutela da sua liberdade de pensamento e discernimento, especialmente quando não houver autonomia de locomoção. Ao se permitir a transgressão da integridade física de alguém, na maioria das vezes isso repercute na violação dos seus valores psíquicos e morais, colocando-se em risco a dignidade.

Pelo exposto, verifica-se que a delimitação da natureza jurídica da relação médico-paciente como sendo contratual, regida em regra pelo Código Civil, o qual pressupõe o pacto

entre iguais, faz com que se priorize uma relação horizontal de poderes entre os partícipes, de modo que se constata que o fato de haver uma vulnerabilidade fática dos pacientes terminais não implica inexistência de capacidade para consentir – instituto que será pormenorizado no tópico a seguir – mas, pelo contrário, reforça a necessidade de se estimular a preocupação do Direito na consagração dos direitos de liberdade do paciente terminal, legitimando a prática da sua autonomia. Nesse contexto, a aplicação das normas de Direito do Consumidor causaria mais prejuízos e acarretaria o risco de, com base na doutrina da vulnerabilidade jurídica, criar-se uma imagem excessivamente vitimizada dos enfermos, de modo que colocaria os seus poderes de discernimento em risco de não serem efetivamente respeitados.

2.2. ANÁLISE DA CAPACIDADE DO PACIENTE TERMINAL

É na coletividade que as distinções entre as pessoas afloram. Por mais que todos os seres humanos sejam dotados de dignidade, figurem como titulares de direitos fundamentais e da personalidade, em meio às sociedades tão desiguais entre si, compostas internamente de contradições de fato, atentar para a diferença é imprescindível, para que, aplicando-se a isonomia, identifiquem-se quais pessoas estão aptas ou não para exercer determinados direitos. Essa averiguação não tem como fito a exclusão desses sujeitos da dinâmica social, mas, sim, a proteção do exercício dos seus atributos jurídicos, concedendo-lhes a tutela necessária, de modo que quando não for possível o exercício autônomo, verifique-se qual a melhor forma de preservar a sua dignidade.

Com bases nessas premissas, pode-se diferenciar “personalidade” de “capacidade”, e é possível afirmar que, embora segundo o artigo inaugural do Código Civil todas as pessoas sejam capazes de direitos e deveres na ordem civil, nem todas possuem a capacidade jurídica para o exercício dos seus atributos. Essa percepção demonstra a preocupação do legislador em considerar as individualidades das pessoas, de modo a aguçar a constatação de que, dependendo das circunstâncias existenciais e sociais em que o indivíduo se insira, a tutela jurídica a ele destinada pode precisar ser diferenciada, bem como distintas podem ser as formas de exercício dos seus direitos, ora ocorrendo de forma direta, ora, indireta.

Há de se alertar para a diferenciação existente entre “incapacidade” e “restrição da capacidade”. Esta última acepção é genérica, refere-se a qualquer situação que diminua a capacidade de agir, a exemplo de uma condenação penal, ao passo que “incapacidade” é

termo técnico utilizado para designar a pessoa que, devido a fatos naturais, tem a diminuição das suas faculdades. As incapacidades são inerentes às pessoas físicas, possuem regime legal de proteção, e quando constatadas causam ou a diminuição do exercício social ou a impossibilidade de atuação (ASCENSÃO, 2010, p. 122 et 140).

É interessante frisar que qualquer diferenciação não se veste de caráter punitivo, mas, pelo contrário, é um posicionamento protetivo do Direito, que, ao perceber uma diferenciação entre os sujeitos, uma impossibilidade de exercer seus direitos de forma esclarecida e consciente, por parte de alguns, coloca como requisito para o exercício a representação por meio de um terceiro.

Nesse sentido, há que se ressaltar que a personalidade é dado pré-normativo, sendo reconhecida pelo Direito, ao passo que a capacidade é concedida pelo ordenamento, variando em graus, sujeitando-se a humores do legislador e sobremaneira ao estágio cultural de cada sociedade, de modo que quando houver a decretação da incapacidade, ou seja, quando se negar o direito fundamental à capacidade, fundado na liberdade e dignidade, isso se fará para proteger o ser humano (ROSENVALD, 2014, p. 18), principalmente se ele estiver com a saúde debilitada.

Tradicionalmente, os artigos 3º e 4º do Código Civil delineavam, respectivamente, as hipóteses em que haveria incapacidade absoluta e relativa. Expressavam serem absolutamente incapazes os que não tivessem atingido os dezesseis anos; aqueles que por força de enfermidade ou deficiência mental não tivessem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil; e os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade. As duas últimas hipóteses interessam mais diretamente ao problema que aqui se aborda. Como se pode verificar, o legislador cível demonstrou, por meio da positivação, a preocupação em exprimir a fragilidade do enfermo e daqueles que não possam exercer sua autonomia, nem que seja momentaneamente.

Outro fator importante é que, além de se preocupar com a proteção do doente, o legislador mostrou especial trato destinado aos que não estiverem aptos a expressar sua vontade, mesmo que momentaneamente, realidade que, em se tratando de paciente terminal, é cotidiana. Posto isso, verifica-se em relação a esse tipo de enfermo, não raramente e no mínimo, uma dupla fragilidade: em função da saúde debilitada e em função do desafio de ver sua vontade compreendida e seguida. Ora, o fato de se constatar que há impasses a serem superados para a preservação do respeito à vontade do paciente que adentra na terminalidade

não implica negar-lhe o exercício dos seus atributos, mas, sim, evidencia a importância de serem ressaltados os seus direitos de liberdade.

É nessa mesma perspectiva que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº6.949, de 2009, preconiza no artigo 1º a promoção do exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas com deficiência; expressa no artigo 12, itens 2 e 3, que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida, respeitando os direitos, a vontade e as preferências da pessoa.

É interessante ressaltar que a Lei nº13.146, datada de 06 de julho de 2015, ao instituir o Estatuto da Pessoa com Deficiência, também se pautando na promoção da igualdade e do exercício dos direitos e das liberdades fundamentais pela pessoa com deficiência, reavaliou o conceito de capacidade jurídica acima descrito, ao expressamente, segundo redação do seu artigo 123, revogar o artigo 3º do Código Civil, de modo que não há mais que se falar em incapacidade absoluta.

Afora isso, o primeiro parágrafo do artigo 4º explicita que será considerado discriminação o impedimento ou a anulação do reconhecimento ou do exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, apesar de confessar, no artigo 10º, parágrafo único, que se trata de uma população vulnerável. Vê-se, pois, que o estatuto mostra-se condizente com o pensamento de que a constatação de uma vulnerabilidade fática não implica negar de pronto a liberdade de um sujeito de direitos.

A predileção por se considerar a casuística, em detrimento da generalização, se evidencia na redação do Estatuto, já que expressa que em certos casos será necessário que a pessoa com deficiência receba apoio no sentido de obter a compreensão necessária acerca do ato e dos efeitos concretos e jurídicos decorrentes dele. Estabelece a manutenção do regime de curatela apenas de forma subsidiária, destinada exclusivamente aos atos patrimoniais e negociais, e tendo como requisito decisão devidamente fundamentada, amparada por parecer de equipe multidisciplinar – art. 2º, § 1º; mediante justificativa pormenorizada da necessidade da medida – art. 85, § 2º.

No que tange às questões não patrimoniais, incluindo nesse rol os direitos ao próprio corpo e à saúde, será feita uma avaliação biopsicossocial da deficiência, por meio de uma equipe multiprofissional e interdisciplinar, para averiguar os impedimentos nas funções e nas

estruturas do corpo; os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; a limitação no desempenho de atividades; e a restrição de participação, conforme preconiza o artigo 2º.

Após essa constatação, será aplicada a tomada de decisão apoiada, conforme redação do artigo 116 do Estatuto, pela qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas da sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e as informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

Ademais, de grande valia para a questão em enfoque, mostram-se os artigos 11 e 12 da mencionada lei, pois o primeiro assevera a proibição de imposição de intervenção clínica ou cirúrgica, ou de tratamento ou a institucionalização, para as pessoas com deficiência; expressa, no parágrafo único, que o consentimento da pessoa com deficiência em situação de curatela poderá ser suprido, na forma da lei; e o artigo 12 ratifica a importância do consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica.

Da exegese das alterações advindas por força da inovação legislativa, pode-se, portanto, constatar a clara preocupação do legislador em não excluir do exercício autônomo pessoas capazes de discernir sobre as manobras terapêuticas a serem aplicadas em si; e de individualizar as realidades de cada um, no tocante às competências pessoais, de modo que a curatela será aplicada em regime subsidiário, somente quando não for possível se aferir a vontade dessa pessoa portadora de necessidades especiais.

Com base nessas premissas e na preocupação em preservar a vontade do paciente terminal, chega-se aos seguintes questionamentos: Há casos em que a pessoa seja maior de idade, tenha sanidade mental, mas, devido à gravidade da progressividade do seu quadro clínico tenha perdido a capacidade de compreensão e, conseqüentemente, a autonomia sobre o seu corpo? É possível que uma pessoa que não tenha adquirido a capacidade jurídica, por não ter atingido a maioridade, possa ser capaz de escolher os seus tratamentos de saúde na terminalidade?

Para responder às dúvidas suscitadas, é necessário que se trace a distinção entre capacidade jurídica e capacidade para consentir, para que se comprove que uma não é necessariamente requisito para a outra.

Ao se tratar de capacidade do paciente, aciona-se tanto a capacidade de fato disposta na Teoria Geral do Direito Civil quanto a faculdade inerente à pessoa de decidir sobre sua vida,

na qualidade de sujeito de direitos e de obrigações, e também de tomar decisões sobre as intervenções médicas que lhe dizem respeito (BELTRÃO, 2014a, p. 4773). Nesse diapasão, a capacidade para consentir teria como objeto o processo decisório acerca dos cuidados de saúde, considerados de forma ampla, atingindo todos os atos que possibilitem a lícita disposição do corpo (MARTINS-COSTA, 2009, p. 324-325). Verifica-se, pois, uma distinção entre a capacidade para se posicionar no âmbito patrimonial e a potencialidade de posicionar-se no tocante às suas próprias situações existenciais, e é essa última aptidão que entra em debate quando se analisa a relação médico-paciente.

No que tange ao enfermo terminal, há, na verdade, realidades contraditórias, e nenhuma delas é passível de generalização, pois, considerando-se que, implicitamente ao princípio da dignidade pode-se enxergar o direito à singularidade, o direito de ser diferente, a análise casuística será o caminho para se atestar se o paciente terminal tem capacidade para se posicionar sobre as condutas terapêuticas a serem ministradas pela equipe de saúde, apesar das múltiplas fragilidades que se fazem presentes em sua realidade. A objetividade da análise da capacidade jurídica não permeia a aferição da capacidade para consentir, tornando esta última muito mais complexa.

Diante dessa perspectiva, Muñoz e Fortes (1998, p. 59) explicitam ser possível que uma pessoa autônoma não possa agir autonomamente em determinadas circunstâncias, fazendo com que a avaliação da capacidade decisória seja uma das mais complexas questões éticas impostas também aos profissionais de saúde, já que desordens emocionais ou mentais, além de alterações físicas, são capazes de reduzir a autonomia do paciente, podendo comprometer a sua apreciação e a racionalidade das decisões que precisam ser tomadas.

Se em determinadas situações, a depender do estado clínico do paciente, pode-se atestar que ele goza de plena capacidade de discernimento, estando comprometidas apenas suas funções físicas, devendo-se obedecer aos seus desígnios sobre o seu futuro, demandando uma ação negativa do Estado no sentido de abstenção de intromissão, e uma ação positiva, para impor aos particulares e à equipe de saúde o dever de não ingerência nos direitos de liberdade do paciente, há casos em que a fragilidade de saúde e a precariedade da comunicação justificam reconhecer a diminuição ou o desaparecimento da sua capacidade de decidir, impedindo-o de se posicionar sobre as manobras de saúde a serem aplicadas em seu corpo, legando, de preferência a um procurador para cuidados de saúde, essa incumbência.

É comum no paciente que adentra na terminalidade verificar-se uma diminuição no seu nível de consciência, realidade que fundamenta a necessidade de se estimular o posicionamento prévio acerca das diretivas sobre a saúde, enquanto o agravamento da doença ainda permitir. Essa conduta é capaz de compatibilizar o dilema entre o reconhecimento da fragilidade do paciente, a negatória da sua capacidade para consentir *versus* a prevalência da sua autonomia, mesmo nas hipóteses mais críticas. Esse estímulo à prevenção não implica a negação tácita a todos os demais que não tiverem adotado essa medida, o seu exercício autônomo, mas alerta para a necessidade de se individualizar os diferentes quadros clínicos que esses enfermos podem presenciar.

Nessa perspectiva, há de se confessar que, ao mesmo tempo em que a revolução biotecnológica contribuiu favoravelmente para a cura do ser humano, ou, quando incurável for, para o aumento da expectativa de vida, criou uma situação em que o paciente em estado crítico passa um lapso temporal superior sob os cuidados da equipe de saúde. É em face dessa realidade que não se pode ignorar o fato de o enfermo ser sujeito de direitos, de ser pessoa autônoma.

Cumprido pontuar que, apesar de o doente inconsciente e passivo ser vulnerável e merecedor de atenção especial, ele não deve servir de modelo referencial para o tratamento destinado à maioria das pessoas que buscam o atendimento hospitalar, pois é comum que pacientes em estado grave mantenham a consciência lúcida e a capacidade de autonomia, mesmo quando limitada pela enfermidade (MARTIN, 2006, p. 40). Desse modo, é mister esclarecer que coma é o estado em que o paciente não possui nível algum de consciência, que associa-se a alterações neurológicas importantes, a exemplo da ausência ou redução significativa da resposta motora, alterações da respiração, ausência de ciclo sono-vigília, de função auditiva ou visual, o que faz com que ele não responda aos estímulos e aos comandos, não sendo capaz de sentir nenhuma emoção (PEDROSO; FÉLIX; FERRAZ, 2011, p. 29-31 et. 49).

Já o enfermo que adentra no estado vegetativo persistente difere daquele em coma, por possuir o ciclo sono-vigília, estando, portanto, desperto, mas não lúcido, sem exibir fala, compreensão ou movimentos propositais, sem esboçar nenhuma emoção, sem poder expressar bocejos, sorrisos, choro, mas unicamente reflexos. Os pacientes que se encontram em situação clínica que se caracteriza pelo estado de lucidez, com os olhos abertos, mas sem ter sua consciência totalmente preservada, são aqueles que possuem o estado mínimo de consciência,

os quais podem expressar alguma emoção de forma proposital, como por meio de choro e de sorriso(PEDROSO; FÉLIX; FERRAZ, 2011, p. 43, 45 et. 49).

Essas diferenciações fazem-se necessárias para se dirimir a colisão entre o paternalismo médico e a liberdade do paciente. Não se pode de antemão supor que o enfermo não pode deliberar sobre o seu futuro devido à gravidade da sua doença; bem como é injustificável se atribuir o mesmo tratamento, no que concerne à autonomia, a um paciente em coma e a um paciente em estado mínimo de consciência. Não se pode, no caso dos enfermos lúcidos, antecipadamente afirmar que qualquer recusa a tratamento deve-se a um estado depressivo, já que muitas vezes, ironicamente, o sofrimento sentido deve-se à perda da sua liberdade. Fórmulas objetivas e massificadas de condutas clínicas são incompatíveis com o objeto de tratamento da medicina.

Obedecendo-se ao raciocínio de que a natureza jurídica da relação médico-paciente é contratual, infere-se que a vontade é pré-requisito válido para o seu estabelecimento, e constata-se que a sua ausência implicaria a invalidade do negócio jurídico em questão. Acontece que quando uma das partes dessa relação é um enfermo portador de doença progressiva, que se agrava com o passar do tempo, não raros são os casos em que chega o momento em que ele não consegue exprimir os seus anseios, ou, até, é incapaz de fazer qualquer reflexão. Nesses casos, obviamente, não há como se obrigar a manifestação de vontade para que ele tenha a assistência médica da qual necessita, já que há de se reconhecer o dever unilateral de beneficência inerente ao médico.

Complementando esse pensamento, de grande valia é o pensamento de Beltrão (2014a, p. 4787), segundo o qual são requisitos de validade da manifestação da vontade do paciente, na hipótese em que ele tem exata noção da realidade dos fatos: receber a devida informação; ser capaz; não ter a vontade viciada pelas dores; manifestação da vontade conforme suas convicções interiores. Caso o paciente não tenha recebido as informações necessárias e esteja sob influência de dor, impedindo a exata noção da realidade, a exteriorização da sua vontade não poderá ser considerada válida ou eficaz.

Cumprindo-se, junto com a liberdade, advém o dever de responsabilidade, à exceção dos casos em que, decorrente da imaturidade ou de uma patologia, não haja liberdade pessoal. Nesses casos tampouco haverá a responsabilidade individual (MORAES, 2010, p. 184). Nesse sentido, outro desafio que se lega é a proteção do menor de idade, que possua a saúde comprometida, que não tenha, portanto, capacidade jurídica. O grande problema ético

se estabelece quando a opinião dos responsáveis pelo menor se contradiz com a dele próprio, deixando à equipe de saúde o desafio de se posicionar quanto a qual procedimento será adotado.

Conforme o item 2º do artigo 1878 do Código Civil português, “os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importante se reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida”. A Lei nº 8.069, de 1990, que estabelece no Brasil o Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê em seu artigo 3º que seus sujeitos gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana; no dispositivo seguinte, expressa ser dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à dignidade, ao respeito, à liberdade, entre outros.

Evidencia-se, pois, primeiramente, que o fato de não possuir a capacidade jurídica não renega aos menores a titularidade dos direitos pessoais. Além disso, há que se ressaltar que a menoridade não necessariamente implica considerar que todas as crianças e adolescentes são incapazes de discernir; a maturidade cognitiva não necessariamente condiz com a cronológica. Dessa forma, devido a sua condição especial, é imprescindível a atuação de uma equipe multidisciplinar, integrada inclusive por psicólogos e assistentes sociais, para averiguar a veracidade e o grau de esclarecimento que o menor possui.

Tais posicionamentos se pautam na teoria do menor maduro, expressão utilizada para designar as pessoas menores de idade, sob o ponto de vista legal, mas que são capazes para tomar decisões, inclusive médicas. A participação ativa de tais sujeitos e os seus direitos à informação sanitária adquirem cada vez maior importância, diferenciando-se do trato em relação aos adultos, pois nessas hipóteses há que se demonstrar a capacidade e maturidade moral, por meio do médico responsável pelo paciente (JACOB, 2005, p. 156).

A avaliação da capacidade pode ocorrer com base numa competência geral de tomada de decisões, ou avaliando-se cada ato, de maneira separada. Em se tratando de averiguação de capacidade para consentir de menores, é recomendável que se use essa segunda perspectiva de avaliação, considerando-se a natureza e a gravidade da decisão. Quanto mais grave a situação, mais critérios de competência serão exigidos do menor de idade, para que se ateste a validade de sua opção (LOCH; CLOTET; KIPPER, 2009, p. 269-271). Nesses casos, evidencia-se na prática a importância de se apartar o conceito de capacidade jurídica do conceito de

capacidade para consentir, de modo que, sempre que o menor for maduro o suficiente para discernir, sua opinião deverá ser considerada pela equipe de saúde.

Sabendo-se que “a vida danificada é uma impotência de vida, aquela que vive na rachadura social, na ausência de sentido, na destruição da experiência” (TIBURI, 2014, p. 217), é inadmissível que o Direito cegue-se para tais situações. É injustificável que a realidade dos seres humanos saudáveis seja utilizada como paradigma único para regular as experiências sociais.

Não se podem excluir do exercício dos direitos da personalidade e fundamentais, em especial do exercício da liberdade, todos os pacientes terminais, em uma decisão precipitada, sem averiguar, na individualidade de cada um, a capacidade de discernimento. A exclusão dessa minoria fragilizada implicaria prática da injustiça e descaso com a persecução dos fins do Direito. Para que tal não ocorra, importante se mostra a análise da capacidade de forma individualizada.

Ademais, considerando-se que uma das missões do Direito Civil contemporâneo é tornar o ser humano subjacente ao indivíduo, há de se considerar que, mesmo em meio a Estados plurais e antropocêntricos, cada pessoa é ser dotado de dignidade, cláusula geral que assegura os direitos da personalidade que irradiam sobre sua integridade psicofísica, considerando-a nas dimensões do corpo, alma e intelecto (ROSEVALD, 2014, p. 18).

Sabendo-se que a autonomia, este poder de autodeterminação nas relações com as outras pessoas, supõe necessariamente a igualdade ou paridade de situação jurídica dos sujeitos (PINTO, C., 2005, p. 59), é necessário que aos pacientes seja atribuído trato isonômico, para que os direitos fundamentais e da personalidade não sejam tolhidos em ambiente hospitalar, de modo que se estabeleça uma relação paritária entre os pacientes e a equipe de saúde. À luz da dignidade, não se pode atestar a aplicação da isonomia se for negada a capacidade de consentir a todos os pacientes que adentrem na terminalidade, restringindo os direitos de liberdade somente àqueles passíveis de cura.

2.3 CONSENTIMENTO INFORMADO E ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO

Conforme mencionado no estudo da natureza jurídica da relação médico-paciente, há dois principais modelos contrapostos entre si, no tocante à margem de liberdade que é

concedida ao médico e ao paciente, no atendimento clínico e hospitalar: o modelo *paternalista*, em que se lega ao profissional de saúde, em geral o médico, a autoridade de decidir, com base na sua técnica, quais os procedimentos a serem adotados, quais devem ser negados, excluindo do processo decisório a opinião do enfermo; e o modelo *informativo*, que se centra na figura da pessoa diretamente interessada na intervenção, o próprio paciente, deixando a ele o direito de escolher os tratamentos a serem administrados pelo médico, em seu corpo. Devido ao reconhecimento da necessidade de embasamento técnico no processo de decisão, pressupõe-se, nesse último modelo, que antes da escolha, ao enfermo sejam destinadas todas as informações possíveis, para que sua opção mostre-se racional e pré-ponderada.

O paternalismo, também conhecido como “privilégio terapêutico”, “modelo sacerdotal”, ou, ainda, “genitorial”, defende a interferência do profissional de saúde sobre a vontade da pessoa autônoma, justificando a sua conduta no bem-estar, na alegria, nos interesses ou valores da pessoa em tratamento. Cabe, pois, segundo essa aceção, à habilidade do médico fazer a escolha do tratamento, e apresentá-la ao paciente, fornecendo apenas informações selecionadas, que favoreçam a obtenção do seu consentimento, baseando-se na lógica de que existem meios objetivos para a determinação do que é melhor para o enfermo (MUÑOZ; FORTES, 1998, p. 61) (SCGRECCIA, 2009, p. 224). Esse modelo funda-se na tradição hipocrática, segundo a qual não se devem levar em conta as opiniões, expectativas ou crenças dos enfermos, por existir uma autoridade incontestável, a do médico, por quem se deve ter um temor reverencial e uma submissão total (SILVA, J., 2013a, p. 106-107).

“Aplicarei os regimes para o bem do doente, segundo o meu poder e o entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém” (In: COUTINHO, 2006, p. 37). Desse pensamento, extraído do juramento de Hipócrates pode-se inferir a ideia de supremacia do médico, de onisciência quanto ao que é o melhor para o paciente, desconsiderando a individualidade que deve preponderar na análise de um caso clínico. Assim como as pessoas são irrepetíveis, é incoerente se preconizar uma aplicação uníssona dos procedimentos de saúde, pautando-se exclusivamente nos conhecimentos e na experiência do profissional.

A realidade de um enfermo não necessariamente será correspondente à de outro, apesar de entre dois enfermos portadores da mesma patologia haver similitudes. As peculiaridades do organismo de cada um devem ser consideradas, já que a Medicina não poderá jamais se tornar uma ciência exata.

Deve-se sopesar a importância da verificação do contexto em que se estabelece a relação médico-paciente, posto ser variável de acordo com o grau da gravidade do quadro clínico. Tampouco se pode generalizar a realidade de todos aqueles que se encontram em estado grave. Há vida nos pacientes que se encontram em coma, em estágio vegetativo persistente e em estágio mínimo de consciência, o que nos remete ao raciocínio lógico de que, se há vida, há dignidade; se está presente a dignidade, os enfermos são sujeitos dos direitos fundamentais e direitos da personalidade, inclusive do direito fundamental à liberdade e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Sob essa ótica, “o doente não representa apenas uma anomalia orgânica de que se há de cuidar. É um todo, que é pessoa. A esse todo há que atender, de modo especial, na fase ultradelicada da terminalidade da vida” (ASCENSÃO, 2009, p. 444). Por ser pessoa, jamais pode ser fruto de obstinação, como se fosse um objeto de estudo inanimado, merecendo, então, ser informado sobre quais medicamentos e quais manobras serão aplicadas sobre o seu corpo, sempre que tiver capacidade para consentir; e ser cientificado sobre quais outras alternativas lhe poderiam ser aplicadas. Desse modo, se esse direito à informação já deve ser priorizado na prática geral da medicina, merece ainda mais ser respeitado quanto ao paciente terminal.

Partindo-se do pressuposto de que a pessoa é um animal que se desenvolve a partir das relações em que se envolve, os grupos nos quais se integra contribuem para a formação da sua própria personalidade e constituem elemento essencial para o seu desenvolvimento individual. Dessa forma, para que o ser humano possa ser considerado como um ser racional e autônomo, há de se reconhecer a sua dependência estrutural em relação aos demais, para que se compreendam as características do seu comportamento como ser racional (COTARELO, 2002, p. 692).

A influência do meio em que a pessoa se insere, no desenvolvimento dos seus pensamentos e atos, é inquestionável, apesar de também o será sua individualidade. O isolamento total não se torna possível no mundo atual, o que repercute na dependência de um ser perante os outros, dependência que se aprofunda em contextos em que há um ser em um polo desfavorável, predisposto ou submetido ao comando de uma autoridade ou dos demais que se encontrem em situação de maior poder, físico, cultural ou econômico.

No contexto hospitalar, a rigor, em um lado consta a equipe de saúde – formada por médicos, enfermeiros, psicólogos, fonoaudiólogos, fisioterapeutas, dependendo da

enfermidade – e em outro, encontra-se o paciente. Evidentemente se forma um cenário desproporcional no que toca ao quesito informação: os membros da equipe de saúde se especializaram para ocupar seus respectivos cargos, e conseqüentemente detêm o conhecimento sobre o quadro clínico do paciente, suas possibilidades de cura, os procedimentos disponíveis e os seus respectivos riscos.

Ocorre que, na prática, muitas vezes, a conduta dita paternalista mostra-se, na verdade, imbuída de autoritarismo, e a análise da beneficência que deveria ser feita pelo médico acaba sendo substituída pelo excesso de confiança, ou pelo simples descaso com a opinião do paciente, ou, ainda, por outros interesses escusos, a exemplo de maior perspectiva de lucro. Corre-se, então, o risco de que a conduta que deveria ser terapêutica, ao atingir a integridade física do paciente, acabe por macular sua dignidade. Dessa forma, essa tendência centralizadora da medicina, ao longo da difusão dos direitos da liberdade individual, foi cedendo espaço para a priorização do poder de autodeterminação do paciente, poder este que não deve ser exercido cegamente, de modo intuitivo.

Nesse diapasão, cumpre ressaltar que a informação, por ser norteadora de condutas, vem-se tornando instrumento altamente poderoso, diferentemente do que ocorria quando da infantilização da assistência, com a subestimação da capacidade de entendimento do paciente. Como há a dificuldade de se deliberar diante de meias verdades, importante se mostra a transição da aceção do médico como sujeito ativo para a de conselheiro, capaz de estabelecer um diálogo franco com o enfermo (SILVA, J., 2013b, p. 68)

O que se discute no que tange ao consentimento informado não é a titularidade de direitos, pois este problema já foi superado anteriormente; tampouco se discute capacidade, pois já se verificou que sempre que possível se identificará a capacidade de consentir, independentemente da capacidade jurídica. O que é posto em discussão é o contexto em que a informação é dada, e a qualidade dela, se é fornecida de forma compreensível e completa.

Acerca disso, há três formas de diálogo capazes de embasar a decisão e o consentimento do enfermo: (1) diálogo informativo – em que o médico presta as informações sobre a enfermidade da qual o paciente foi acometido, ajudando-o a decidir, informando-o de forma adequada, inclusive quanto às más notícias; (2) diálogo terapêutico – forma eficiente nos casos de distúrbio de ordem nervosa; trata-se dos atendimentos em que a própria informação já é um tratamento; (3) diálogo decisório – em que o paciente decide sobre a sua saúde, após receber a informação. Neste caso, a decisão se finda com a expressão do

consentimento do paciente, pois, apesar de os médicos saberem o que é melhor para o paciente, acredita-se que cabe a este último a preservação dos seus valores (BONAMIGO, 2012, p. 70).

Da análise das formas de diálogo descritas acima, verifica-se a tendência humanista permeando a prática médica. Acredita-se que, muitas vezes, o acolhimento e a consideração ao paciente são capazes de curá-lo ou de tranquilizá-lo, e não se preconiza mais a manutenção da saúde física a qualquer custo, pois se confessa existirem valores de importância superior.

Apesar de já se ter verificado que a relação médico-paciente é uma relação contratual personalíssima e de já se ter comprovado que a adoção de normas de direito do consumidor para reger essa relação mais prejudicaria do que favoreceria o enfermo, é incontestável o fato de que há uma assimetria quando se considera o nível de informações técnicas que o profissional tem, em comparação à pessoa doente. Partindo-se do pressuposto de que nem toda desigualdade demanda a aplicação de um ramo jurídico eminentemente parcial, tem-se que é plenamente possível proteger o paciente por meio do raciocínio constitucional e bioético.

Nesse sentido, o pediatra Clóvis Constantino (apud LIPPMANN, 2013, p. 13) afirma:

Os profissionais das ciências da saúde, sobretudo os médicos, viam-se de posse crescente de um poder desmedido sobre os indivíduos. O conhecimento dos médicos, do ponto de vista científico, colocava-os em uma condição de profunda assimetria em relação aos pacientes. As unidades de terapia intensiva tornaram-se ilhas hospitalares nas quais os pacientes “só morriam com autorização das equipes profissionais”.

Esse cenário foi-se modificando ao longo do tempo, de modo que condutas e informações que em outros tempos seriam pacificamente aceitas pelos pacientes, eximidas de qualquer contestação, com a sedimentação dos direitos humanos e a proliferação das informações científicas, principalmente por meio da internet, foram sendo recebidas cada vez com menos passividade. O pré-conceito de que os médicos eram semideuses, por monopolizarem o saber científico da medicina, cedeu lugar à desconfiança, com base em dados aos quais os pacientes têm acesso. Entretanto, como não há um controle em relação à qualidade desses dados externos, reforça-se a necessidade de se preconizar o dever de informação dos médicos.

Considerando-se que o fato de se asseverar que as escolhas que estejam materializadas em um contrato são exercício da autonomia privada, formalmente assegurada, não implica

atestar que essas escolhas ocorreram no plano material (RUZYK, 2011, p. 271), espera-se que nessa interação o profissional atue como um consultor, um parceiro, um conselheiro, um amigo do paciente, pois se acredita que este somente exerce a autonomia quando decide livremente, pela orientação do médico (BONAMIGO, 2012, p. 69). Dessa forma, as questões centrais desse debate são: Qual o grau de compreensão que deve ser tida como válida para o exercício das liberdades no campo da saúde? Quais os meios eficazes para compensar a assimetria de informação?

É em prol da busca por um equilíbrio nessa relação assimétrica, principalmente no que tange ao contato médico-paciente, que se mostra de grande valia o consentimento informado, documento que formaliza o repasse de informações técnicas para o paciente, em linguagem compreensível para pessoas leigas no assunto, para que os atos autônomos exercidos pelo enfermo, principalmente no que tange ao prolongamento ou não da sua existência, sejam feitos de forma consciente, havendo a análise riscos-benefícios, alheia a qualquer ideal de supremacia médica.

Existe diferença entre “consentimento esclarecido” e “escolha esclarecida”. Esta última trata-se de elemento necessário para que o dever de informação seja cumprido de forma completa, sendo a efetiva compreensão da informação (DANTAS, 2014, p. 78-79). Pode-se afirmar que, quando o consentimento informado é feito da forma correta, ética e esperada, como resultado surge a escolha esclarecida; entretanto, quando o consentimento informado é demasiadamente extenso, com vocabulário excessivamente técnico, dele não resultará a escolha esclarecida. Ele apenas camuflará a obscuridade de compreensão do enfermo.

Essa liberdade em relação às decisões do paciente, a despeito do seu tratamento médico, bem como a escolha de qual intervenção terapêutica será adotada, é inerente ao direito da personalidade à pessoalidade, tido como elemento da autonomia que o ser humano; é sob a influência desse direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e da defesa e proteção do paciente, que há a tendência atual de intensificar os deveres de informação por parte dos médicos (BELTRÃO, 2012, p. 228 et 243). Essa informação visa evitar que a negativa do paciente a determinadas terapias ocorra com base em ideias pré-concebidas e pouco claras, falsas, contraditórias à realidade atual da medicina, das instituições de saúde, e dos profissionais (GÓMEZ, J., 2013, p. 149).

Sob esse prisma, o Código de Ética Médica, no seu artigo 22, ressalta ser vedado ao médico a não obtenção do consentimento, após os devidos esclarecimentos, excetuando-se os

casos de iminente risco de morte. Da análise do dispositivo, mostra-se evidente a preocupação em se manter uma relação horizontal entre o enfermo e a classe médica, cumprindo asseverar que a exceção que dispensa a permissão visa garantir o desforço imediato em prol do salvamento da vida em casos emergenciais, não se contradizendo ao artigo 24, que preconiza o exercício livre do paciente. A análise sistemática dos dois artigos remete à ideia de que não deve haver omissão de socorro, nem tampouco um comportamento autoritário do médico.

Dessa forma, em caso de emergência ou quando há risco à vida, como não há tempo para o exercício da decisão e para que se prestem informações, há a dispensa das mesmas, restando ao médico o dever de agir com prudência, perícia e diligência, segundo as regras profissionais e de boa prática (CEZAR, 2012, p. 146), já que os direitos dos pacientes não deverão servir de empecilhos para que, na prática, a beneficência seja buscada.

Não há, pois, inconsistência entre autonomia e autoridade, já que o indivíduo pode optar pela aceitação e submissão às exigências autoritárias. Os conflitos surgem quando não há a delegação ou a aceitação da autoridade (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 141-142), e se agravam ainda mais quando a delegação não foi feita por incomunicabilidade do paciente, devido à piora da enfermidade. Há a necessidade de se estabelecer um vínculo de confiança, sem o qual a ética se aparta dessa relação.

Ademais, urge ressaltar que o consentimento informado, ao estimular a participação autônoma dos pacientes, não visa eximir o médico de responsabilização posterior, tampouco encerra o dever de informação. Este dever se prolonga ao longo do tratamento, e deve ser exercitado sempre que a conduta necessitar ser modificada, cabendo ainda ao médico a possibilidade de ser civilmente responsabilizado caso informe de modo incompleto, principalmente no tocante às demais opções de tratamento e aos possíveis efeitos colaterais.

Nos casos em que a gravidade do quadro clínico implica incapacidade de discernimento do doente, seja por ausência total de consciência, seja parcial, ainda assim há de se garantir o seu direito ao consentimento informado, mesmo que ele seja recebido por um representante legal. Tal ponto não é pacificado nas doutrinas médica e jurídica. Há quem defenda que nesses casos deve prevalecer a opinião médica, apenas informando aos familiares a conduta que será seguida, contestando-se a legitimidade de a família do doente ter o poder de, isoladamente, poder posicionar-se.

Para Ascensão (2009, p. 429), o fato de a família, nos casos em que há incapacidade, substituir o doente e ter o dever de agir com base no interesse dele não vincula o médico a

adotar a posição escolhida, mesmo que seja unânime. O autor alerta que o posicionamento dos familiares pode estar pautado em interesses sucessórios. Quando a vontade da família é de prosseguir com o tratamento, tampouco acredita ser possível se constranger o médico a empreender procedimentos fúteis, e propõe que se recorra às comissões de ética independentes para solucionar os casos.

O papel das comissões éticas, de preferência desvinculadas ao hospital, é de grande importância, pois podem servir como uma câmara de conciliação entre o posicionamento médico e o dos representantes do enfermo, sendo capazes de averiguar, mais concretamente, qual o método mais eficaz para resguardar a dignidade da pessoa diretamente implicada pelo tratamento. Defender, *a priori*, que o médico não se vincula ao posicionamento dos decisores substitutos é desprestigiar a liberdade do paciente (que deve ser exercida, nem que seja por delegação), e retroceder para o pensamento paternalista.

A prevenção contra interesses escusos que pautem a decisão expressa por familiares pode ser feita por meio do estímulo à elaboração de testamento vital, quando o enfermo ainda estiver consciente. Quando da inexistência do procedimento de precaução, caso haja suspeita sobre as intenções dos representantes legais do enfermo, preferível é que o médico acione a comissão ética, e, caso a suspeita permaneça, que este órgão informe ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, para que sejam tomadas as medidas necessárias.

Por mais que quando se discorra sobre terminalidade intuitivamente se presuma tratar de idosos, há que se frisar que esse raciocínio excludente é incorreto. As doenças progressivas e degenerativas não têm como requisito essencial o avanço da idade; ademais, há que se alertar que podem ocorrer rompimentos bruscos da incolumidade da saúde causada por acidentes, por violência urbana, entre outros fatores.

Tal realidade embasa a importância de se diferenciar “consentimento informado” de “assentimento informado”, sendo este último aquele efetuado por pessoa que não tem ainda capacidade plena, por força da idade. Considerando que, de acordo com o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, é dever da família, da comunidade, da sociedade e do poder público salvaguardar a efetivação de direitos, inclusive da vida, saúde e liberdade; e salientando-se que, de acordo com o parágrafo único, alínea `a´, dentre as garantias de prioridades figura a primazia de receber proteção e socorro em qualquer que seja a circunstância, questiona-se se, em caso de embate, deve prevalecer o consentimento expresso

pelos representantes legais do menor, deve vigorar o assentimento do paciente incapaz, ou deve-se ater ao posicionamento do médico.

Partindo-se da premissa de que a capacidade de compreensão acerca das consequências de nossos atos geralmente se inicia a partir dos seis anos de idade e amadurece até o final da adolescência, é plausível que o menor tenha o direito de fazer opções sobre procedimentos diagnósticos e terapêuticos, mesmo que em situações de risco e frente à realização de procedimentos de alguma complexidade. É imprescindível, além do assentimento do menor, a participação e o consentimento dos seus responsáveis legais. O equilíbrio entre as duas declarações é importante para conseguir a empatia necessária entre a equipe de saúde e o paciente pediátrico e sua família, além de atender aos princípios éticos e legais do exercício profissional (HIRSCHHEIMER; CONSTANTINO; OSELKA, 2010, p. 128-129).

Pelo exposto, constata-se que ao menor não pode ser tolhida a liberdade, mas deve-se ponderar que se faz necessária a atuação de uma equipe multidisciplinar, para se averiguar o contexto no qual houve a formação de opinião, conforme foi defendido anteriormente. Se já é um grande desafio preconizar o dever de informar ao paciente, de maneira clara e compreensível, sobre o seu diagnóstico, as consequências dos tratamentos, os possíveis efeitos colaterais, as opções de tratamento, entre outros fatores, o esforço é muito maior quando se lida com crianças e adolescentes, requerendo, assim, uma supervisão maior.

Em se tratando de emergências com risco de morte iminente ou de dano permanente e incapacitante, no atendimento pediátrico, Hirscheimer, Constantino e Oselka (2010, p. 128) defendem que, como a vida dos menores é o bem maior, seria um dever *prima facie* preservá-la, de modo que o consentimento seria considerado presumido. Asseveram que, quando o paciente sofre de doenças neurológicas ou intoxicações exógenas, por exemplo, há de prevalecer o consentimento dos responsáveis legais do paciente.

Quando o paciente em questão não for dotado de capacidade jurídica, por não possuir o grau de sanidade mental considerado normal, também se deve evitar incorrer no erro da generalização, pois, como há uma pluralidade de formas de transtornos, far-se-á necessária a análise multidisciplinar, contando com pareceres de psiquiatras e psicólogos e, dependendo do caso, até de assistentes sociais, para que seja averiguada a existência ou não de capacidade de consentir e se ateste se qualquer posicionamento adotado pelo doente é passível de ser

considerado como válido. Essa cautela é requerida principalmente quando o consentimento tiver como conteúdo a autorização para a cessação dos cuidados extraordinários de saúde.

Mediante o raciocínio desenvolvido, pode-se afirmar que a autoridade do médico é conquistada pelo mesmo, por meio da delegação que lhe é atribuída pelo paciente, ao consentir de forma esclarecida. O profissional da saúde não deve agir de forma parcial, induzindo o paciente ao tratamento que melhor lhe convier, seja por razões procedimentais, financeiras ou éticas. O titular do direito de liberdade não é modificado quando o mesmo adentra em âmbito hospitalar.

2.4 O LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E OS PRINCÍPIOS BIOÉTICOS

De mero preceito teórico, a ética passou a ser uma necessidade para a prática humana. Seria um despautério isolá-la no campo das abstrações, enquanto a dinâmica social urge a sua presença e efetivação, nos mais diversos campos, inclusive no jurídico. Quando a normatização de determinada conduta se aparta da ética particular da generalidade dos seus destinatários, impreterivelmente carecerá de efetividade, por haver a necessidade de se entender como legítimos os preceitos normativos para que se compreendam como sendo importante a sua obediência.

Considerando que a convivência é um dado que não se dissocia das instituições às quais os seres humanos se agregam, a ética é uma questão de cotidiano quando considerada como lugar que se partilha e se compartilha, tendo como função regulamentar comportamentos para com o outro, mas também se mostra o primeiro movimento de reflexão sobre si, capaz de livrar as pessoas das amarras físicas e simbólicas, somáticas e anímicas que as pedem para se contentar com algo como “não ser” (TIBURI, 2014, p. 98 et 186-187).

Em outros termos, pode-se afirmar que a importância da ética é forçar a análise mental sobre os atos da vida cotidiana e sobre a realidade da vida de cada um, gerando, caso se encontre uma incompatibilidade com o que se julga ser o correto, a insatisfação necessária para causar uma reação, em prol da realização da justiça, em relação a si próprio e no que concerne aos outros que se apresentam na vida em sociedade. O percurso iniciado na Ética passa pelo Direito e chega à justiça, ou, pelo menos, tenta chegar.

Nesse sentido, Childress (1990, p. 12) afirma que a tarefa da ética não se resume a espelhar as preocupações da sociedade em um determinado momento, mas, na verdade, induz

uma séria reflexão para que se estabeleça tanto a importância quando o peso relativo de várias considerações morais, as quais devem ser mantidas em alguma tensão ou equilíbrio.

No campo das relações existenciais é que há um clamor maior e uma necessidade de concretização da Ética, mas, ao mesmo tempo, faz-se presente uma insegurança sobre qual conduta deverá ser preferida, e qual deverá ser repudiada, já que, em face da individualidade humana, disposições genéricas tendem a não satisfazer as necessidades de todos e a não enxergar as minorias vulneráveis. Esses impasses, que são instaurados por muitas vezes não serem enfrentados da forma como deveriam ser, prejudicam o acesso ao Direito e à justiça dos sujeitos presentes nessas relações.

Como modo de especificar a ética no tocante às ciências da vida, englobando a medicina e as ciências biológicas, emergiu a Bioética, visando disciplinar as condutas clínicas, seja em âmbito hospitalar, seja em âmbito de experimentação, tratando-se tanto dos dilemas causados pelos avanços biotecnológicos quanto dos impasses existenciais carentes de posicionamento pacificado.

Conforme posição explicitada em pesquisa anterior, da mesma maneira que há a impossibilidade de dois corpos ocuparem o mesmo espaço, existe uma distância entre o ser humano e a Ciência, sendo incumbência do primeiro criar um elo com a segunda, por meio da preservação dos princípios fundamentais, ou um abismo, marcado por práticas abusivas, sendo em prol da união entre ser humano e Ciência que a Bioética atua (MENEZES, 2015, p. 125).

A evolução biotecnológica, ao mesmo tempo em que cria mecanismos que podem ser aplicados para contribuir para a liberdade do ser humano— ao curá-lo de alguma doença, ou ao dotá-lo de locomoção, a exemplo da criação de próteses de membros inferiores —, pode contribuir para a constituição de verdadeiros cárceres, como a manutenção de pacientes insuscetíveis de recuperação em máquinas de respiração e/ou hidratação artificiais.

Nessa perspectiva, há de se reafirmar a necessidade de respeito ao corpo e à liberdade humana. “Se no início da modernidade o discurso sobre o corpo implicava em sua simbiose com a alma, hoje o discurso sobre o corpo pressupõe a sua simbiose com as tecnologias”. Dessa forma, a sociedade tecnológica propõe uma releitura do corpo, tomando-o como a base sensível da personalidade, considerada no sentido de qualidade de ser pessoal, individualidade construída na convivência com os outros, com base na possibilidade de

autodeterminação (SÁ; MOUREIRA, 2014, p. 36 et. 40). Ora, se é no corpo que se projeta a personalidade humana, há de se proteger a liberdade no que o toca.

“O corpo torna-se um instrumento para recrudescer as medidas de segurança, em uma progressão em que também a mente logo será capturada, através da invasão tentacular das tecnologias de controle da vida cotidiana” (RODOTÀ, 2004, p. 93). A vida em uma unidade de cuidados intensivos é mantida ou restabelecida por força dos aparatos tecnológicos, mas tais aparatos são guiados, ligados, desligados e regulados por mãos humanas, dos profissionais que compõem a equipe de saúde, o que denota a necessidade de se dispor de princípios bioéticos para pautarem as suas condutas.

Na dinâmica médica, há dois tipos de liberdades: uma individual, outra profissional. A primeira é referente ao paciente; a segunda, ao profissional da saúde. Há a coexistência pacífica quando a conduta proposta pelo médico é capaz de satisfazer os anseios do doente; entretanto, quando os posicionamentos se conflitam, instaura-se um dilema bioético, para o qual os princípios da autonomia, beneficência, não maleficência e justiça vão apresentar propostas de solução, servindo como parâmetros de ponderação.

Ao mesmo tempo em que se entende que o paciente é ser autônomo e que deve ser respeitado como tal, entende-se não ser salutar que a conduta clínica do médico seja adotada na defensiva, esquivando-se de investir em determinados tratamentos que a sua boa técnica lhe induz. Há que se buscar um meio-termo e uma correta compatibilização de interesses. Já foi superada a visão do paciente como objeto de estudo, sendo este já compreendido como sujeito de direitos, mas resta o desafio de se delinear os liames dessa liberdade, para que o seu exercício seja eticamente compatível.

A autonomia como princípio bioético enquadra-se no âmbito de tomada de decisão acerca do cuidado da saúde, e possui como requisito o agir de modo intencional, com entendimento, e despido de influências controladoras capazes de determinar a ação (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 137 et 140). Childress (1990, p. 12-13) propõe a utilização da nomenclatura completa desse axioma, princípio do respeito à autonomia pessoal, para designar a base da justificação do direito de fazer escolhas autônomas, livre de coação, mas o autor ressalta que, devido à sua complexidade, requer um julgamento prévio à sua aplicação, não comportando aplicação mecânica.

Há preocupação em preservar os atos dos pacientes, mesmo quando internados, para que sejam condizentes com seus propósitos; em garantir que o consentimento ou não do

doente acerca de alguma manobra clínica seja realmente pautada em esclarecimentos do ponto de vista técnico; e em mitigar a autoridade da equipe de saúde, quando for capaz de atingir a esfera individual desse enfermo. Como a escolha do paciente não pode ser cega aos riscos que lhe sujeitam, há a consonância entre esse axioma e o consentimento livre e esclarecido.

A complexidade de aplicação do consentimento deve-se ao fato de que a comunicação do paciente nem sempre é verbal. Há casos em que as preferências são contraditórias. Devido à revogabilidade do consentimento, é possível que haja alterações. Necessita-se, pois, determinar se o paciente realmente é autônomo, para que se especifique a sua escolha. E há hipóteses em que seu consentimento ou dissentimento altera-se em um quadro temporal, restando a dúvida acerca de qual deve ser priorizada, a posição anterior ou a atual (CHILDRESS, 1990, p. 13-14).

Quando se trata de uma pessoa que porta uma enfermidade grave e progressiva, há de se ressaltar a subjetividade que permeia o seu posicionamento acerca dos tratamentos que lhe são oferecidos na esfera hospitalar. Fatores como a depressão podem ensejar uma escolha pela desistência dos cuidados extraordinários, mesmo que o paciente houvesse previamente se posicionado a favor deles. Igualmente, o aumento da dor, causado paulatinamente pela piora da doença, pode motivar o enfermo a revogar a prévia opção pela terapia desenvolvida. Vê-se, pois, a necessidade de cautela demandada quando da aplicação do axioma da autonomia.

Conforme o programa de estudos sobre bioética da Unesco (2015, p. 29), a autonomia pode ser considerada nos seguintes níveis e noções:

liberdade das interferências paternalistas, sobretudo dos ditames autoritários de qualquer agente, inclusive o Estado e especialmente as corporações transnacionais; capacidade de autodeterminação; capacidade de agir a partir de princípios e normas racionais que o indivíduo aceitou como adequados para sua concepção de bem, de dignidade pessoal e de felicidade; capacidade de refletir sobre estes princípios e normas e de influenciar na sua formação e transformação através do discurso público.

Na primeira acepção, há a preocupação em se estabelecer uma relação horizontal entre médico e paciente, bem como a imposição ao Estado de um dever negativo; na segunda, verifica-se a prevalência da individualidade das pessoas, e a consagração da felicidade e da dignidade como conceitos subjetivos, que se realizam de forma distinta entre as pessoas; e tanto na segunda quanto na terceira noção, evidencia-se o entrelace entre a autodeterminação e as normas morais, ensejando o pensamento de que, se não se respeitar a liberdade autônoma, a conduta será antiética.

É baseado nas carências humanas que o homem atua na busca da liberdade. Por tal razão é que liberdade e necessidade são momentos de uma só manifestação (GUSMÃO, 2009, p. 79), e esta é mais proeminente em se tratando de pessoas doentes submetidas aos cuidados hospitalares. Do conceito de autonomia sob o prisma bioético verifica-se uma consonância com o ideal libertário previsto na Constituição, como princípio fundamental, e em sede de direitos da personalidade, como direito ao livre desenvolvimento.

Em qualquer conotação dentre as adotadas pela Unesco, a autonomia bioética relaciona-se diretamente com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, pois preconiza a individualidade do ser humano, reconhece que todos possuem o direito a ser diferente dos demais, ratifica a proteção da dignidade no cerne das preocupações e, acima de tudo, consagra no âmbito médico e biológico a liberdade geral de ação.

Dentre as liberdades derivadas do livre desenvolvimento da personalidade, há o direito à autodeterminação, o qual tem o viés de garantir ao indivíduo o poder de dispor sobre a concessão e o emprego das suas informações e dos seus dados pessoais (PINTO, P., 2000, p. 184-185). Em se tratando do acesso ao prontuário médico por familiares, há de se considerar, pela importância do seu teor, que tal sigilo de informações deve ser mantido, se assim for a vontade do paciente, já que a liberdade de suas escolhas deve ser protegida das interferências de terceiros, só se justificando a violação de tal sigilo nas hipóteses em que houver incapacidade de discernimento por parte do enfermo.

Suscitando o mesmo direito, pode-se asseverar que, assim como o acesso aos dados sensíveis que lhe concernem, ao paciente deve ser assegurada a opção de expressar-se previamente acerca da interferência dos familiares nos procedimentos de saúde, acerca do sigilo ou não aos seus parentes sobre a gravidade da doença de que foi acometido, acerca dos limites de atuação livre da equipe de saúde e acerca das condutas a serem adotadas em uma eventual terminalidade.

Analisando-se as incidências práticas do axioma da autonomia se for defendido que, por força dele, não se pode interferir na escolha do outro, mesmo quando se acredita que o posicionamento adotado é falho, no que concerne à proteção dos seus interesses, pode-se chegar ao raciocínio de que, em nenhuma hipótese, poder-se-ia deixar de seguir os desígnios de liberdade. Conforme foi explanado quando se tratou de capacidade para consentir, só existe exercício direto da liberdade quando a pessoa tem competência para compreender o seu quadro clínico e as suas possibilidades de tratamento. No caso, por exemplo, de uma pessoa

portadora de transtornos mentais capazes de afetar suas habilidades de compreensão, ser-lhe-á negada a autonomia, como forma de protegê-la de si mesmo, e buscar-se-á a opção que melhor conservar a sua dignidade.

Os limites da liberdade do paciente, enquanto pessoa, não objetivada como mero alvo de estudo, encontram como barreira o dever médico de cura e cuidado, o que faz com que a autonomia, enquanto princípio bioético, seja ponderada em cada caso, e denota a insuficiência da mesma, necessitando ser complementada por direitos libertários, de modo a garantir a sua eficácia.

Apesar de o princípio da autonomia ser o que mais intrinsecamente se relaciona com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, os demais axiomas da bioética também contribuem para a proteção da personalidade humana. Do trecho do Juramento de Hipócrates que preceitua que o médico deve aplicar seus conhecimentos para o bem do paciente, sem lhe causar dano, emergem dois princípios complementares, mas não sinônimos: a não maleficência e a beneficência, que evidenciam a preocupação em se resguardar o ser humano.

O princípio da não maleficência implica o dever de não causar danos ao paciente, de modo intencional. Trata-se de proibições negativas de ações, que devem ser obedecidas imparcialmente, nas quais se devem pautar as proibições legais de certas condutas. Já a beneficência concerne em exigências positivas, que não exigem imparcialidade na sua persecução, e raramente ou nunca servem de base para punições legais. Este último princípio se desdobra em dois subprincípios: a beneficência positiva – dever de propiciar benefícios; e a utilidade – que prevê a ponderação entre riscos e benefícios (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 209 et. 281-284).

Os objetivos perseguidos por esses dois axiomas e seus desdobramentos são de plausibilidade inquestionável. No entanto, ao se verificar seus conceitos, constata-se a presença de palavras de demasiada abstração, a saber: “danos”, “benefícios”, “riscos”. Para um determinado paciente, é possível que a morte não seja exatamente um dano, ou, pelo menos, não seja um dano maior que a perpetuação da dor que sente; para outro, porém, pode lhe parecer que qualquer conduta que não investisse na última esperança de melhora fosse considerado um dano irreparável.

Na primeira hipótese, os riscos de piora ou o preço da busca pelo benefício, a exemplo da agressão do seu corpo para inserção do respirador mecânico, não compensassem, em face da incurabilidade do seu quadro clínico e do prolongamento do seu sofrimento. Na segunda

hipótese, poder-se-ia entender que, em busca da vida, toda manobra científica seria válida, e todo sacrifício, justificado. Com base nesses dois cenários distintos, verifica-se a íntima relação dos princípios da beneficência e da não maleficência com a autonomia e a individualidade, implicando a necessidade de atuação de uma equipe multidisciplinar para averiguar caso a caso o que realmente é dano, risco e benefício para cada doente. Há, pois, a impossibilidade de, por meio de uma generalização, tentar-se objetivar esses conceitos tão subjetivos, intrínsecos às definições dos axiomas em enfoque.

O princípio do respeito à autonomia serve de limite para outros princípios, inclusive o da beneficência, pois evita que este último expresse a execução arrogante do que os outros creiam ser o melhor (CHILDRESS, 1990, p. 15). Assim, a beneficência se faz imprescindível, principalmente quando o paciente perde a sua competência para exercer a autonomia com base na sua percepção da natureza das coisas, nas suas convicções pessoais e no seu sentido de identidade (DWORKIN, 2009, p. 320-321). Na verdade, pode-se dizer que os vetores interagem entre si, já que o âmbito de aplicação pode ser o mesmo: dilemas que envolvam a vida e a morte, e um constitui limite para o outro, quando não for compatível a aplicação uníssona de todos. Sempre que se puder atribuir legitimidade ao exercício libertário, por não estarem contrapostos a valores supremos, a autonomia será prevalente; quando da inexistência de capacidade para consentir, reforçar-se-á o dever médico de aplicar a beneficência.

Sabendo-se que, conforme a beneficência, as decisões devem ser favoráveis aos interesses fundamentais do paciente, que esse princípio passa a vigorar a partir do momento em que alguém assume a responsabilidade por outrem, e partindo-se da premissa de que, nos casos em que há incapacidade para consentir por parte do paciente, principalmente o terminal, essa incumbência cabe ao médico, resta o questionamento acerca de quais interesses devem ser priorizados.

Em face desse contexto, Dworkin (2009, p. 327-332) traça uma distinção entre interesses *experenciais* – aqueles que são sensíveis ao tempo, e que tratam da preferência por determinadas experiências; e interesses *críticos* – aqueles não variáveis ao lapso temporal, que se pautam no julgamento acerca de o que o indivíduo espera da sua vida. O autor subdivide estes últimos em: *subjetivos* – quando a vida do paciente só é modificada conforme a sua própria noção de melhora; e *genuínos* – aqueles em que há a modificação da vida do enfermo conforme a opinião médica. Essa classificação é delineada para ensejar a compreensão de que

os interesses críticos têm importância maior, e para que se defenda que o interesse subjetivo de um paciente que passe a enfrentar uma demência ou um estado vegetativo irreversível seja respeitado.

A forma mais eficaz de se compatibilizar os princípios da autonomia e da beneficência é buscando-se ao máximo respeitar os interesses críticos subjetivos, seja quando o paciente tem competência para defendê-los ativamente, seja quando se lega ao profissional de saúde esse dever. Pauta-se na individualidade, preconizada pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a concepção variável de acordo com a pessoa acerca do que ela espera da vida, das experiências que não deseja enfrentar. Há a noção de que uma realidade que pode ser considerada desoladora para um pode ser percebida por outro como uma oportunidade de crescimento espiritual, por exemplo. A ação do profissional de saúde pautando-se em interesses genuínos deve ocorrer, em tese, quando se desconhecer o interesse subjetivo do enfermo, ou quando esse interesse contrariar os limites éticos e/ou constitucionais. Mas a regra é se buscar respeitar o posicionamento individual, sempre que for decorrente do discernimento obtido após o devido esclarecimento, atual ou prévio.

Desta forma, “na perspectiva da saúde como bem-estar, pode-se argumentar que o que se deve tratar é o doente, e que certas curas são mais temíveis que a doença. A beneficência aqui precisa olhar para o que é de interesse do doente, não apenas no nível físico” (MARTIN, 2006, p. 42). Quando se menciona o temor da cura, obviamente não se refere ao resultado prático ideal, o restabelecimento da sanidade física e mental, mas, sim, trata-se do doloroso processo a que o paciente se sujeita em busca da cura incerta. Por tal motivo é que emerge a preocupação em se prezar pela ponderação dos interesses da pessoa que está mais diretamente implicada pela situação de vulnerabilidade fática, o próprio doente terminal.

Nesse sentido, há que se frisar a impossibilidade de se estabelecer o valor de uma vida a partir de fora, já que tal valor deve ser gerado pela própria pessoa. Há de se manter o senso de autoidentidade, não se afrontando o amor-próprio e se tendo a noção de que chegar ao fim da vida por força do desrespeito à vontade do enfermo, aos seus interesses críticos, implica desfigurar essa existência por inteiro. Esses interesses devem ser preservados, mesmo que seu titular chegue a um estado clínico em que se encontre em estado vegetativo irreversível, sem, por consequência, dar-se conta dos valores transgredidos (DWORKIN, 2009, p. 329-335).

Ora, uma conduta desrespeitadora não deixa de contrariar a ética porque não foi percebida por outrem, de modo que não seria justificável se defender uma atitude paternalista

por parte da equipe de saúde, utilizando-se a aplicação da beneficência como argumento. A aplicação desse princípio não exclui os valores que fazem parte da essência do paciente.

O quarto princípio bioético trata-se da justiça ou equidade, o qual preconiza que todos têm direito a um mínimo digno de assistência à saúde, devendo-se contrabalancear a falta de oportunidade de determinados indivíduos, fundada em causas sociais ou naturais, por meio do compromisso com procedimentos eficientes e justos na alocação de recursos (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 423).

Em outros termos, pode-se dizer que o princípio impõe aos médicos um trato isonômico no tratamento e preconiza que cabe ao Estado a responsabilidade de efetuar uma justa distribuição de recursos para a saúde, garantindo o seu acesso principalmente aos hipossuficientes. Desse modo, a todos os pacientes deve ser priorizada a proteção à sua autodeterminação, seja no âmbito público, seja no privado, consonante com o livre desenvolvimento da personalidade.

Ora, se todas as pessoas são dotadas de personalidade, se os direitos fundamentais são universais, nada mais justo do que se entender que o acesso ao cuidado, independentemente da possibilidade de cura do paciente, também é universal, e a todos deve ser garantido acesso equitativo, inclusive no que tange ao trato paliativo no último estágio de vida.

Afora os tradicionais princípios da bioética americana, traçados por Beauchamp e Childress, Sgreccia (2009, p. 173-182) propõe os seguintes axiomas da bioética personalista: princípio de defesa da vida física; princípio de liberdade e de responsabilidade; princípio de totalidade ou princípio terapêutico; e princípio de solidariedade e de subsidiariedade. Dentre esses princípios, repercutem mais diretamente, no que tange ao livre desenvolvimento da personalidade, os dois primeiros.

O princípio de defesa da vida física parte do pressuposto de que a vida corpórea e física do homem não é algo extrínseco à pessoa, mas trata-se de valor fundamental dela própria, residindo acima de tal valor o bem total e espiritual da pessoa. Desse modo, seria possível se justificar o sacrifício da vida corpórea, em prol do bem espiritual e moral, o qual, devido à sua qualidade, não pode ser imposto, mas, sim, exercido como dom livre (SGRECCIA, 2009, p. 174).

A grande importância de tal princípio deve-se ao fato de consagrar o entendimento de que há bens incorpóreos e abstratos de valor mais supremo que a vida física e concreta.

Ademais, também ratifica a prevalência da individualidade humana, ao se defender que as faculdades inerentes aos valores morais e espirituais devem ser exercidas de forma autônoma.

O princípio bioético de liberdade e de responsabilidade ressalta a imprescindibilidade da vida para o exercício da liberdade. Esse princípio é usado para repudiar a eutanásia e para pautar o tratamento obrigatório a doentes mentais; também sanciona a obrigação imposta ao paciente de colaborar com tratamentos ordinários que visem à proteção da sua vida e da sua saúde; e preceitua que, nas hipóteses em que houver a discordância ética entre o posicionamento do paciente e o do médico, aquele deve ser convidado a procurar outro hospital ou outro profissional (SGRECCIA, 2009, p. 177).

A compreensão de que a vida é bem supremo e que antecede o valor da liberdade é consonante com o pensamento expresso no nosso ordenamento jurídico. Advém da lógica de que é necessária a existência para que a pessoa possa fazer uso dos seus demais direitos. No entanto, com base na individualidade resultante da diversidade da personalidade humana, há que se delimitar em cada caso específico a qual tipo de vida se atribui o adjetivo de suprema e, e até que ponto a sua proteção justificaria a invasão no poder de autonomia, também considerada como princípio bioético.

É interessante salientar que, nos dois exemplos elencados pelo autor, a saber, eutanásia e tratamento obrigatório aos enfermos mentais, os dilemas de ordem bioética são de naturezas distintas e tratam do livre desenvolvimento da personalidade de forma diferente. No primeiro caso, expressa que a liberdade é limitada por valores de maior grau; no segundo, explicita que a terapêutica obrigatória não desrespeita a autonomia do doente mental, mas dada a sua incapacidade, é exercida por representação.

Quanto à possibilidade de o médico se fazer substituir na sua incumbência, isso é preferível a se adotar a postura paternalista, mas novamente há de se entender que, em se tratando de hospitais públicos, devido à carência de profissionais, é um desafio garantir a abstenção do médico por motivos pessoais, em prol da não transgressão da autodeterminação do enfermo.

À luz do princípio de liberdade e de responsabilidade, pode-se afirmar que há um consentimento tácito do paciente para que o médico ou a estrutura hospitalar o trate e recupere a sua saúde, mantendo-se seu direito de informação. Nos casos em que ocorram circunstâncias não previstas ao tratamento, repercutindo em risco, deficiência ou experimentação de remédios, faz-se necessário o consentimento explícito. Ao confiar sua vida e saúde ao médico,

segundo esse princípio, o paciente somente delega os direitos que tem sobre si mesmo (SGRECCIA, 2009, p. 177).

Apesar de se constatar uma inicial compatibilidade entre esse desdobramento do princípio bioético e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, mais precisamente no que toca à liberdade geral de ação, há que se frisar a existência de um perigo em se adotar essa tese do consentimento tácito, pois, primeiramente, há uma grande diferença entre a amplitude da escolha feita pelo paciente que tem acesso ao serviço particular e a restrição daquele que carece de serviço público.

Além disso, entender que o paciente que procura uma assistência médica necessariamente busca se curar é adotar uma compreensão incompatível com a realidade, uma vez que esse entendimento seria o mesmo que dizer que não existem pacientes portadores de doenças incuráveis que buscam auxílio no que concerne aos cuidados, ao tratamento para diminuição da dor. Por tais razões, é necessário que se estimule o consentimento livre, esclarecido, expresso, e, acima de tudo, prévio ao estágio de total incomunicabilidade do paciente, para que a bioética se concretize, principalmente no trato daqueles que se encontram no último estágio da vida.

2.5 CONFLITOS ENTRE A VIDA E A MORTE

O bem protegido pelo Direito não pode ser confundido com sua respectiva tutela legal. Há valores pré-normativos que, de tão supremos, são requisitos para a existência, dentre os quais se destaca, com obviedade, a própria vida. Apesar de ser fugaz e instável, quando se trata daquela inerente à pessoa, reside no cerne dos ordenamentos jurídicos que visam à proteção do ser humano, e sua supremacia só é relativizada quando a sua permanência interfere na preservação da dignidade do seu portador, denotando-se que a proteção da vida restringe-se àquela que possua um qualificativo em especial – que seja digna.

A existência do homem é passageira, mas “o que tem futuro garantido é a vida, pois ela, fundamentalmente não é temporal, nem vegetal, nem animal, nem humana. A vida é eterna. Veio do mistério do universo, passa por nós e retorna ao seio desse mesmo mistério vivo, fonte de toda a vida” (BOFF, 2009, p. 79). Nessa perspectiva, tem-se que a vida pode ser compreendida para além da existência humana. Por tal razão, Price (2012, p. 33) expressa que ninguém é dono da vida, já que esta é anterior ao próprio homem e à humanidade, de modo que a dependência que existe é da humanidade em relação à vida, e não o contrário.

Assim como se pode conceber uma separação entre a vida em uma acepção geral e a vida humana, sendo tomada esta última como uma espécie da primeira, há de se inferir que cada uma possui suas próprias características peculiares, sendo possível, pois, diferenciar “dignidade humana” de “dignidade da vida”, ambas imprescindíveis para a proteção do ser humano.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o valor, a dignidade, que o indivíduo tem pelo simples fato de estar vivo, valor este que é absoluto e intrínseco, trata-se da dignidade da vida; ao passo que a dignidade humana é aquela que se relaciona com sua própria individualidade, única e irrepetível, e não com a vida em si. O ser humano possuía dignidade humana pelo simples fato de ser o que é (PRICE, 2012, p. 33 et 41). Sob esse prisma, há que se compreender que é possível perseguir a preservação da dignidade humana, por meio de atos que condigam especificamente com a individualidade do seu titular, sem que, com tal ação, haja um desrespeito pela concepção de vida e da dignidade que lhe é particular.

A morte, numa visão humanística, é vista como marco da finitude da existência. Por tal razão é que há a tendência em percebê-la como antônimo de vida, de modo que se for feita uma exegese literal da indisponibilidade dos direitos fundamentais, pode-se, levemente, inferir que a morte deve ser evitada a todo custo, independentemente da qualidade de vida do seu titular.

A morte está instalada em cada ser; não vem de fora, de forma que é impensável uma vida sem morte, dentro de uma compreensão evolucionista do cosmos. A estrutura da vida aos poucos se desgasta, até acabar de morrer (BOFF, 2009, p. 151-152). Nessa concepção, pode-se afirmar que a vida e a morte guardam uma semelhança; não são fatos bruscos, mas, sim, processos, de modo que o grande desafio instaurado pela evolução biotecnológica é a compreensão do marco que divide o fim do processo vital e o início do processo mortal.

Derivados do mesmo vocábulo grego, *thanatus* – o qual significa “morte” – instauram-se quatro conceitos diferentes, mas que mantêm uma correlação com sua origem epistemológica: eutanásia, ortotanásia, distanásia e mistanásia. Essas noções se ligam ao suicídio assistido, mas não se assemelham.

“Eutanásia” é o termo mais difundido e também mais criticado, pois, devido à sua subjetividade, pode servir para camuflar um homicídio. Trata-se da antecipação do marco final da morte, motivado por piedade diante do sofrimento do enfermo. É causada por um terceiro, em regra um parente ou um dos membros da equipe de saúde, seja a pedido do próprio

paciente, seja por presumir a sua vontade. Apesar de o seu conteúdo geralmente remeter à ideia de cessação de vida do paciente terminal, é possível que esse caráter solidário se faça presente no tocante a pacientes que ainda não adentraram na terminalidade, mas se encontram em estado vegetativo irreversível, que poderá perdurar por anos, sem jamais se poder restabelecer a vida.

Nesses termos, pode-se afirmar que a eutanásia centra-se no interesse em fornecer a morte, pautando-se essa ação em motivos piedosos, necessidades econômicas, direito de morrer com dignidade, ou em programas sociais (CECCHETO, 1999, p. 91). Vê-se, pois, que o resultado prático será equivalente ao homicídio, legando-se uma preocupação primordial no que tange à causa da conduta.

Interesses escusos podem estar presentes onde deveria existir a compaixão, o compadecimento com o sofrimento alheio, requisito para a ação ser caracterizada como eutanásica. Quando a prática é efetuada por familiares, pode haver, por exemplo, interesses sucessórios capazes de estimular a aceleração do processo de morte, ou impaciência com o encargo e a responsabilidade de demandar cuidados para o familiar doente.

Quando as condutas são efetuadas por qualquer membro da equipe de saúde— os casos mais noticiados geralmente possuem como agente executor algum membro do corpo de enfermagem—, os motivos podem ser plúrimos: descarregar o estresse emocional do seu trabalho em quem não é capaz de reagir; necessidade de criar novas vagas nos leitos, quando se trata de hospital público, para que o repasse de verbas por internamento seja aumentado; priorização pelo internamento de outro paciente que tenha maiores chances de sobrevivência, entre outros. Verifica-se que, nessas hipóteses, o fator subjetivo “piedade” não se faz presente, o que repercute na configuração da conduta como ilícita, homicídio simples.

A eutanásia pode ser classificada em *ativa*, nas modalidades direta e indireta, e em *passiva*. Esta última se caracteriza quando ocorre uma conduta omissiva que dá início ao evento morte, a exemplo de uma supressão ou interrupção de cuidados que forneciam o suporte sem o qual se impossibilitaria a manutenção da vida. Na eutanásia ativa direta, busca-se encurtar a vida por meio de condutas positivas, que auxiliam o morrer, ao passo que na modalidade indireta, o que se busca não é a morte do paciente, mas o alívio da dor ou o do sofrimento, por meio da utilização de fármacos que podem apresentar como efeito secundário, certo ou necessário, a abreviação da vida (SANTORO, 2010, p. 21 et 117-119).

Considerando-se a disparidade entre o tratamento hospitalar público e o privado, chega-se a um segundo conceito derivado do conceito de morte: a *mistanásia*, amplamente qualificada como “morte miserável”, aquela ocorrida por falta de recursos financeiros próprios do paciente e/ou dos seus familiares, que obriga o enfermo a ser submetido a um sistema deficitário público de saúde. Assim, por insuficiência de leitos e de profissionais de saúde disponíveis para tratá-lo, o enfermo morre à mercê da sociedade.

Constata-se, pois, um gritante contraste entre o interesse do capitalismo hospitalar privado em manter a todo custo o internamento do paciente incurável – para assim aferir maior renda, com o prolongamento do seu tratamento fútil – e a insuficiência da prestação de cuidados da saúde fornecida pelos entes públicos, contrariando o disposto no artigo 196 da Constituição Federal, que afirma ser a saúde um direito de todos.

É nesse sentido que Lepagneur (2006, p. 57) expressa que:

Manter um leito de UTI ocupado por mais de um ano para sustentar um comatoso desprovido de qualquer chance de reavivamento da consciência, de modo que se recusa a receber uma dezena de outros doentes graves, muitos recuperáveis se atendidos na urgência, é pesada responsabilidade. Tais decisões envolvem não apenas uma opção administrativa, mas pareceres da família e dos médicos.

Na prática da Medicina, é difícil delimitar até que ponto a manutenção do paciente incurável em leito de UTI público é prática da *distanásia*, é uma obstinação terapêutica, é se recusar a confessar a falibilidade da ciência, e em quais circunstâncias a suspensão do tratamento é feita não em benefício particular do enfermo, mas se pauta em defasagem dos recursos públicos para a saúde, que faz com que a equipe de saúde acabe por relativizar a importância da vida de alguns e priorize a existência de outros. A bioética é que deve socorrer esses dilemas, considerando a individualidade das necessidades particulares de cada enfermo.

Da análise comparativa entre os institutos, pode-se afirmar que, enquanto na *mistanásia* e na *eutanásia* há a provocação da morte antes da hora, o erro na prática da *distanásia* reside em não se conseguir discernir em qual momento as intervenções terapêuticas serão consideradas inúteis, devendo-se aceitar, em paz, a morte, na qualidade de desfecho natural da vida. Enquanto na *eutanásia* há a preocupação no tocante à qualidade de vida remanescente, na *distanásia* preocupa-se com a quantidade (PESSINI, 2004, p. 220).

Em qualquer das situações, seja *eutanásia* ou *mistanásia*, os riscos ao respeito aos direitos de liberdade do paciente terminal são evidentes, gerando comoção e indignação, tanto por parte dos familiares que não concorreram nas práticas, quanto por parte da sociedade em

geral. O lamento pela existência que tinha probabilidade de se prolongar, mas que foi tolhida devido à fragilidade em que o enfermo se encontrava, repercute na tendência de se tentar priorizar o direito à vida em detrimento de todos os demais valores, porém tal pensamento apriorístico não deve prosperar, já que a dignidade é valor essencial, que chega a transcender o direito à vida.

Outros dois termos correlatos ao radical *thanatus*, porém menos difundidos, são: *adistanásia* e *cacotanásia*. Videla (1999, p. 200) propõe que *adistanásia* diz respeito aos casos em que há a retirada dos recursos terapêuticos, promovendo o falecimento acelerado do paciente terminal, sem haver prolongamento irracional do processo de morte; *cacotanásia*, por sua vez, é a eutanásia imposta ao paciente sem se considerar a sua opinião, como nos casos do “anjo da morte” na Alemanha, e do “esquadrão da morte”, na Áustria. Ora, apesar das diferentes designações apresentadas pela autora, nas duas hipóteses há, na verdade, a prática da eutanásia, que é destoante do ideal de autonomia do paciente terminal exaltado nesta pesquisa.

Com base na obra *Morte e vida Severina*, de João Cabral de Melo Neto, o psicólogo Paulo Endo (2008, p. 62) propõe que

a morte morrida é aquela na qual o sujeito da morte é, sob todos os aspectos, aquele que morre. Na qual o morrer permanece ligado a uma derradeira autonomia que envolve a luta contra a morte, o testemunho dessa luta pelos entes queridos e, por fim, o imperativo da doença, da velhice ou mesmo de um acidente fatal que arremata o sujeito e o abole da vida.

Morte matada é uma coisa bem diferente. É uma morte que foi usurpada, roubada, e na qual o sujeito da morte não é mais o morto, mas seu assassino.

Em se tomando o trecho acima, infere-se uma maior honradez na terminalidade quando esta não é provocada, havendo o tratamento do sujeito como senhor de si mesmo, preservando-se o momento de despedida na presença dos que estima, no momento em que se conforma com a sua impotência diante dos fatores que o despedem da vida. Já a morte causada por terceiros mostra-se um fator que causa a ruptura da possibilidade de se autodeterminar sobre o resto da sua existência, daí porque há nesse ato uma ideia de ilicitude e de desrespeito pelo outro, bem como desobediência à individualidade inerente a todos os titulares do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Desse modo, apesar de nas duas situações os resultados práticos das condutas, comissiva e omissiva, serem os mesmos, os reflexos jurídicos, éticos, sociais e psicológicos não o são.

É nessa perspectiva que emerge o conceito de “ortotanásia”, termo utilizado para designar o direito à morte digna, defendendo-se ser direito do paciente que se encontre em estágio terminal, por ser portador de doença progressiva e incurável, negar que em seu corpo sejam aplicados procedimentos extraordinários, incapazes de curá-lo e que, na prática, acabariam apenas por prolongar o seu processo de morte, que já se encontra em curso.

Tal procedimento parte do pressuposto de que a morte não é uma doença a ser curada, mas, sim, algo que faz parte da vida, abrindo-se a discussão para a distinção entre curar e cuidar, entre manter a vida, quando for o correto a se fazer, e permitir que a pessoa morra, no momento certo. Demanda, pois, a necessidade de se integrar o conhecimento científico, a habilidade técnica e a sensibilidade ética, em uma única abordagem (PESSINI, 2004, p. 225).

A ortotanásia não contraria a indisponibilidade do direito à vida, pois parte do pressuposto de que a morte é um processo, e não um fato isolado, de modo que o adoecimento incurável inicia esse trâmite, que irá se findar com a cessação das atividades encefálicas. Desse modo, se o enfermo já se encontra em processo de morte, processo esse que já teria finalizado se não fossem os aparatos oriundos da revolução biotecnológica e a evolução no âmbito farmacológico, não há que se falar em disponibilidade de direito fundamental, já que não se pode dispor do que não existe mais.

O direito à morte digna distingue-se da eutanásia pelo fato de a morte não ser provocada, mas consiste na proibição do prolongamento da dor do enfermo; trata-se do auge da concretização do direito ao livre desenvolvimento em âmbito hospitalar e clínico, pois amplia a esfera de atuação do discernimento do paciente para o campo existencial, justamente no momento em que sua fragilidade, ao ser submetido aos cuidados hospitalares, faz-se mais evidente.

Nesse sentido, a distinção entre condutas de antecipação da morte, ou seja, entre as práticas da eutanásia e da ortotanásia, pode ser verificada de maneira clara no Código de Ética, o qual veda ao médico, em seu artigo 41, “abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal”. Porém, no parágrafo único do mesmo dispositivo, encontra-se a recomendação de que, em havendo doença incurável e terminal, ao paciente devem ser oferecidos todos os cuidados paliativos disponíveis, não devendo ser empreendidas ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, preconizando-se sempre a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

A conduta da ortotanásia é diretamente divergente da “distanásia”, tida como a obstinação terapêutica, que se faz presente quando se desconsidera o paciente terminal como sujeito de direitos e passa-se a percebê-lo como um objeto de estudo, em cujo corpo os profissionais de saúde empregarão todas as manobras estudadas de modo a restabelecer o que chamam de “existência”. A prática da distanásia é repudiada pelo Código de Ética Médica brasileiro e há a priorização, no mesmo diploma, pela ortotanásia, como se percebe com a própria análise do parágrafo único do artigo 41, demonstrando o respeito e o reconhecimento dos direitos de liberdade atribuídos à generalidade de pessoas, principalmente aos enfermos.

Desta forma, conforme já se afirmou em pesquisa anterior, por força do princípio bioético da autonomia, tem-se que somente o paciente pode atestar a insuportabilidade da sua dor, já que cada organismo tem suas peculiaridades, sendo variável o limiar de dor de cada um, de modo que tal posicionamento é indelegável. Atribuir ao médico ou ao enfermeiro o encargo de valorar a dor do enfermo é esperar que eles presumam o que é indescritível, muitas vezes inclusive por quem sente, sendo esse, pois, um julgamento plenamente falível (MENEZES,2015, p. 78).

Isso não implica, porém, restringir o direito de o paciente, mesmo diagnosticado como incurável, mas que permanece esperançoso, exigir que sejam adotadas nele todas as medidas, pois, conforme ressalta Ribeiro (2006a, s/p):

O sistema jurídico brasileiro assegura o direito de viver e, dentro daquela aparente contradição, não reconhece formalmente o direito de morrer, o que levou a doutrina jurídica a afirmar equivocadamente que não há este direito entre nós. Viver a vida com autonomia é um direito potestativo, que pode ser exercido sem qualquer anuência de terceiros; ninguém precisa de licença de outrem para viver a sua própria vida, mormente em países sem pena de morte. Feita essa exceção, ninguém, nem mesmo o Estado, pode impor qualquer restrição a esse direito, razão para se chamá-lo supremo.

É justamente por não haver previsão legal expressa acerca do direito de morrer que se faz necessário o debate sobre as margens limítrofes entre vida e morte, e para que se reconheça na autonomia tanto os direitos positivos quanto os direitos negativos inerentes ao direito de viver. O Código de Ética Médica se posicionou sobre o assunto, expressando em seu artigo 24 que é proibido ao médico deixar de garantir o exercício do direito do paciente no tocante a decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Quando se suscita o debate acerca da liberdade no fim da vida, apresenta-se mais uma questão: a necessidade de se analisar se esse exercício abarcaria um direito ao auxílio à

iniciativa do próprio sujeito de findar a sua existência. O suicídio assistido não se confunde com a eutanásia, já que nele a conduta ativa é efetuada pelo próprio paciente, atuando o terceiro apenas para auxiliá-lo, seja com instruções procedimentais, seja fornecendo os materiais necessários, ou, até, fornecendo o suporte moral. A conduta fundamenta-se em uma tentativa de se contrapor ao trato desumano proporcionado pelos excessos da medicina medicalizada, e não se confunde com a ortotanásia, por se tratar de uma ação ativa de causar a própria morte.

Nessa perspectiva, médicos, enfermeiros e hospitais questionam e contestam um possível “direito ao suicídio” como liberdade individual. Se, por um lado, é compreensível que o medo da morte sentido pelas pessoas se deva à possibilidade de enfrentarem um processo de morte prolongado, a senilidade, a dependência, o receio de tornar-se um fardo, de perder o controle sobre si, por outro lado, caso o suicídio seja declarado como um direito, há o risco de essa prática se expandir, havendo a possibilidade de idosos que necessitem de ajuda para viver, minorias culturais e pessoas pobres se sentirem pressionados a encarar essa prática, podendo haver a redução do controle e a erosão da liberdade de viver para muitos outros membros da sociedade (DRANE, 2014, p. 99-100).

No contexto em que qualquer tentativa de cura torna-se uma agressão à dignidade humana, há muito que ser feito pelos profissionais da saúde na linha do cuidado da dimensão da mortalidade e da finitude humanas, com base nas necessidades de cunho físico, psíquico, social e espiritual, demandando uma atenção especial à qualidade de vida e ao controle dos sintomas como prioridades fundamentais (PESSINI; BERTACHINI, 2006, p. 5). Essa concepção nos leva a crítica à expressão costumeiramente utilizada no âmbito hospitalar, quando da constatação da incurabilidade da enfermidade, de que “não há nada a ser feito”. Na verdade, a adoção de cuidados paliativos demanda da equipe de saúde um trabalho intensivo e ativo, de modo a se garantir ao resto de vida latente um mínimo de qualidade, e para se evitar ao máximo o sofrimento, utilizando-se a tecnologia em benefício do ser humano.

A psicóloga e gerontóloga Ligia Py (apud CABRAL; LEITE, 2012, p. 6) opina que a morte é uma experiência única e singular de cada ser humano, que reserva aos profissionais da área apenas suposições e pálidas ideias, na condição de observadores e acompanhantes. Da mesma forma como a pessoa, ao nascer, passa do seio materno para uma dimensão maior, por meio de uma perigosa crise— já que se não houver a transição haverá a morte —, ao morrer o ser humano enfrenta a sua última crise, devido à extenuação de suas possibilidades de vida

biológica e do espaço-temporal, e despede-se das relações com o mundo, com a sociedade e com a família (BOFF, 2009, p. 157). É cabível à equipe de saúde transformar a crise em redenção, o caos em paz, eximir-seda condição de autoridade para apresentar ao paciente o trato humanitário e a tranquilidade de se ver respeitado em sua liberdade.

“Fala-se da vida como se estivesse a falar da própria coisa, e não de uma palavra que, ela mesma, é já conceito e, como tal, sempre elaborado, re-elaborável e passível de discussão” (TIBURI, 2014, p. 210). Assim como a morte não é presenciada da mesma forma pelas pessoas, a vida de cada um é diferente, da mesma forma como a vida, num contexto geral, transmuta-se com o passar do tempo, devido às mudanças sociocomportamentais. Se a experiência é capaz de mudar o pensamento individual, não há como se pretender que um conceito tão abstrato, mas com importância extremamente concreta, solidifique-se em algumas palavras. O direito à vida pode ser considerado universal, mas demanda o uso da progressividade da sua concepção, de modo que se atualize.

O que é tecnicamente possível, não necessariamente é desejável do ponto de vista social, eticamente aceitável, ou admissível juridicamente (RODOTÀ, 2004, p. 102). É em face desse contexto que se necessita analisar a vida artificial, a vida mantida por meio de aparatos tecnológicos, que incidem na capacidade de respiração, de alimentação, de hidratação do enfermo, e que muitas vezes causam agitação e ansiedade no paciente quando consciente, seja devido à dor sofrida, seja por causa da incapacidade de se comunicar e explicar o seu desconforto. É nessa seara que se questiona se todo tipo de existência humana deve ser valorada da mesma forma.

No tocante às doenças incuráveis ou que não respondem às medidas terapêuticas, é difícil a interpretação dos sinais vitais do paciente, principalmente quando há a adoção de medidas e procedimentos de suporte de vida. O diagnóstico médico-legal relaciona a morte aos fenômenos abióticos que resultam em lesões irreversíveis de órgãos e tecidos, mas os avanços tecnocientíficos permitem a substituição, mesmo que temporária, de uma determinada função orgânica, permitindo, às vezes, a sua regeneração. Diante dessas condições, a morte deve ser compreendida dentro da complexidade do fenômeno “vida” (OLIVEIRA, OSELKA, 2008, p. 85). É por tal razão que Mauksch (1975, p. 34) defende que “morrer é uma experiência total e na hora de morrer o órgão afetado deixa de ser o item básico”.

O organismo humano, quando atingido por uma enfermidade que seja capaz de contaminar toda a vida ali existente, fica por inteiro comprometido na fase final de evolução da doença, só restando se proteger a área que não é afetada pela enfermidade física, a parte espiritual e social do paciente.

Como decorrência dos princípios da solidariedade e da igualdade, emerge a noção de igual dignidade social, para conferir a todos o direito ao respeito derivado da qualidade de homem, bem como a pretensão de ter condições idôneas para exercer suas próprias aptidões pessoais. Isso impõe ao Estado a atuação contra situações econômicas, culturais e morais degradantes, capazes de excluir determinados sujeitos do tratamento social reservado à generalidade (PERLINGIERI, 2008, p. 462-463).

Em um contexto de terminalidade da vida, há que se constatar que, devido à universalidade característica dos princípios fundamentais elencados acima, esses princípios se aplicam também ao paciente terminal, cabendo, pois, a ele o direito de exercer sua vontade autônoma, sob o manto de proteção estatal, sob pena de se contradizer o Estado Democrático de Direito, ao conceder garantias exclusivamente aos saudáveis.

Novais (2010, p. 129-130) esclarece que a partir da mesma norma de direito fundamental decorrem várias posições ou pretensões jurídicas de direitos fundamentais, havendo, pois, direitos principais, no sentido primário de garantia, e direitos instrumentais, que protegem e concretizam o direito principal. Do direito principal à vida decorrem outros direitos que autonomamente podem ser considerados fundamentais, como o direito a não ter a vida afetada; a não ser privado da própria vida; a ter vida com dignidade; a dispor da própria vida. Por outro lado, do direito à vida podem desaguar os direitos instrumentais, acessórios ao principal, da proteção à vida por parte do Estado contra terceiros; direito a que o Estado emita normas ou atue em prol da vida; direito ao fornecimento pelo Estado de um mínimo de subsistência material; direito à penalização ou despenalização da eutanásia.

Em consonância com o posicionamento acima expresso, há que se verificar que o direito de dispor da vida se correlaciona com o direito à vida digna, de modo que se pode defender que a ausência de um pode ser percebida como requisito para se suscitar o outro, ou seja, que é possível se dispor de uma vida sem dignidade, mas que é indisponível a vida dotada de tal qualidade. Para que tais direitos encontrem sua eficácia social é necessária a atuação do Estado, por parte dos seus poderes, de modo a encarar o direito à vida e seus decorrentes como direitos fundamentais e pessoais, esquivando-se de interesses políticos

outros. Faz-se também necessária a atuação estatal para valorar as formas de exercício das liberdades por parte dos pacientes terminais, a fim de garantir que elas não comprometam o mínimo axiológico do constitucionalismo brasileiro.

2.6 AS DIRETIVAS ANTECIPADAS E O EXERCÍCIO PREVENTIVO DA AUTONOMIA

A lei federal americana intitulada *Patient Self-Determination Act*, datada de 1990, a qual alterou a legislação sobre cuidados médicos no país, incluiu o direito de o paciente ser plenamente informado com antecedência sobre quaisquer mudanças no atendimento ou tratamento, o direito de participar nas decisões médicas sobre sua saúde, o direito a receber comunicação por escrito sobre políticas e procedimentos que digam respeito às diretivas antecipadas e o direito de não ser discriminado por ter-se posicionado previamente. A lei previu a possibilidade de aplicação das suas diretrizes tanto em hospitais quanto em cuidados domiciliares.

Adotar-se-á, neste estudo, a classificação proposta pela lei em enfoque, a qual, conforme a seção 489.100, considera as diretivas antecipadas (*advance directives*) como gênero, o qual possui como espécies a declaração prévia para o fim da vida e o mandato duradouro para cuidados de saúde, destinados a serem aplicados quando o paciente estiver incapacitado. Este último diz respeito à nomeação de um ou mais procuradores para representarem o paciente em todas as situações ligadas à sua saúde, inclusive quando o mesmo encontrar-se na terminalidade. Já o primeiro instituto diz respeito às disposições específicas às medidas a serem tomadas no seu processo de morte, as quais se materializam no testamento vital (*living will*).

Em contraposição, Ribeiro (2006b, p. 276) entende que os testamentos vitais tratam da assistência médica destinada ao paciente terminal; já as diretivas antecipadas concernem aos tratamentos médicos em geral. Em Portugal, por força da Lei n° 25, de 16 de julho de 2012, adota-se classificação distinta. Entende-se, conforme o artigo 2° dessa lei, que as expressões *diretivas antecipadas de vontade* e *testamento vital* são sinônimas.

Quando o mandatário representa o enfermo em situações em que sua vida, em tese, está fora de risco, a escolha de algum familiar para exercer tal papel não apresenta conflito ético. Esse cenário se transmuta quando do agravamento da doença, já que, quando o procurador é algum familiar – como geralmente essa nomeação é feita conforme maior seja o

grau de proximidade do parentesco com o doente –, a decisão a ser tomada pelo herdeiro, na qualidade de representante, pode vir a não ostentar o interesse do paciente: pode contrariar o exercício da liberdade e manutenção da dignidade do mesmo, optando-se pela cessação dos cuidados extraordinários em prol da agilização da morte, para o pronto recebimento da herança; ou pode optar pela distanásia, pautando-se em valores éticos ou religiosos que não coincidem com o do doente, ou em um sentimento de despreparo para se despedir do ente querido.

Para dirimir o impasse, inaceitável é a nomeação de qualquer pessoa integrante da equipe de saúde, pois seu posicionamento também pode estar atrelado a outras motivações, a exemplo da liberação de leitos para doentes que tenham mais probabilidade de cura – em se tratando de hospitais públicos; ou corre-se o risco de esse profissional defender a implementação ou manutenção da obstinação terapêutica para gerar maior rentabilidade para si ou para a instituição, quando o internamento é custeado de forma privada.

Trata-se de um cenário delicado, que requer uma regulamentação, tanto no âmbito da ética médica quanto no da legislação civil e constitucional, e uma fiscalização por meio de assistentes sociais, do Ministério Público e do Poder Judiciário, juntamente com comissões éticas especiais.

É possível que um único documento preveja tanto o mandato duradouro quanto a declaração prévia de vontade, entretanto, diante da amplitude da aplicabilidade do mandato, o ideal seria a elaboração de uma declaração prévia de vontade para o fim da vida, contendo a nomeação do mandatário e, ao mesmo tempo, que fosse redigido um mandato duradouro, constando o nome do mesmo representante, para que este pudesse agir em ocasiões que não condissessem com o fim da vida. (DADALTO, 2013, p. 88).

O testamento civil, instituto típico do direito sucessório, remete à ideia de declaração antecipada de vontade acerca de qual será o destino do patrimônio do testador, após o seu falecimento. No caso do testamento vital, apesar de ele também consistir em declaração prévia de vontade, a sua eficácia não se inicia a partir da *causa mortis*, mas se destina a produzir efeitos nos últimos momentos da vida, no momento em que começa o processo de morte; possui eficácia *erga omnes* e trata-se de negócio jurídico *inter vivos*.

Tal documento instrumentaliza a ortotanásia, dando maior respaldo jurídico e ético, tanto para a equipe de saúde quanto para os familiares, para a obediência da vontade manifestada pelo enfermo acerca da implementação ou manutenção das manobras artificiais

capazes de manter a sua sobrevivência por meio de aparatos tecnológicos, medicamentos, entre outros.

Em relação ao conteúdo do documento, Nevares e Meireles (2011, p. 86) defendem que:

Quanto à análise do exercício da autonomia privada no campo das situações jurídicas existenciais pertencentes ao testador, é preciso reconhecer a heterogeneidade de tais disposições, bem como a variabilidade de seus conteúdos. Assim, é possível que o testamento disponha sobre a publicação de obras inéditas do autor da herança, sobre a divulgação de fatos privados que têm relevância social, sobre a imagem e outros atributos da personalidade do testador.

Esse posicionamento não pode prosperar, pois a distinção entre o testamento civil e o vital não é meramente teórica, mas tem efeitos práticos de grande proporção. O testamento vital trata exclusivamente de situações existenciais. A confluência entre os dois institutos, do ponto de vista material, dificultaria a aplicação e desrespeitaria o seu propósito único e basilar: a proteção da dignidade na terminalidade, objetivo este que não pode ser apenas mais um dentre outros mais. Assuntos secundários devem ser tratados em instituto próprio, regido por suas normas específicas, pautadas em suas próprias justificações, e obedecendo-se aos seus requisitos formais específicos.

É mister salientar que a elaboração das diretrizes em prol da morte digna é apenas uma das opções que podem ser testadas. O enfermo pode, inclusive, estipular que pretende que sejam empregados todos os meios extraordinários; pode utilizá-las para especificar o tipo de cuidado paliativo que mais lhe apraz; e pode definir se pretende que tais terapias sejam implementadas em âmbito hospitalar ou em seu domicílio, sob a modalidade de *home care*.

Também deve estar contida no testamento vital a linha de conduta a ser seguida pelo intensivista, em caso de perda da consciência – isenta de probabilidade de recuperação; coma – com possibilidade de lesão permanente ao cérebro; falta das funções vitais – independentemente da natureza; presença de seqüela – que requisitará o auxílio permanente de um cuidador (LIPPMANN, 2013, p. 37). Quanto mais se especificarem as cláusulas no documento, mais seguramente se poderá tutelar a autodeterminação do enfermo.

A Resolução do CFM nº 1.995, de 2012, trata das diretivas antecipadas dos pacientes, pautando-se na autonomia do paciente e considerando as medidas desproporcionais possibilitadas pelo surgimento de novos recursos tecnológicos, que prolongam o sofrimento do enfermo terminal. O documento define as diretivas como sendo “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou

não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”. Consta-se uma adequação da base teórica da resolução com o pensamento até este ponto expresso.

O documento prevê a obediência do médico às diretivas antecipadas, mesmo que não expressas diretamente pelo paciente, sendo por meio de representante legal, e dispõe que tal dever não deverá prevalecer em caso de desacordo entre a vontade expressada e o Código de Ética Médica, o que não interfere no problema em questão, já que a ortotanásia é propagada e exaltada no diploma ético em vigor.

Atenção especial demanda a interpretação do terceiro parágrafo do artigo 2º da Resolução, o qual expressa que “as diretivas antecipadas prevalecerão sobre qualquer outro parecer **não médico**, inclusive sobre os desejos dos familiares” (grifos nossos). A prevalência da autodeterminação em detrimento da vontade da família mostra-se condizente com a Constituição e com o Código Civil; mas ao preconizar que as diretivas individuais prevalecerão anteparecer não médico, a Resolução induz ao entendimento de que, em caso de discordância entre o médico e o paciente, a opinião daquele deve ser executada. Urge salientar que essa lógica contraria a liberdade do paciente terminal, e que é capaz de ferir diretamente e de forma irreversível a sua dignidade.

Em caso de inexistência de posicionamento antecipado sobre a terminalidade, e se não houver representantes, familiares disponíveis, ou se ocorrer dissenso entre eles, o parágrafo quinto do artigo 2º explicita que o médico deverá se socorrer do Comitê de Bioética da instituição, ou da Comissão de Ética Médica do hospital, ou, ainda, do Conselho Regional e Federal de Medicina, para fundamentar sua decisão, submetendo-se aos critérios da necessidade e conveniência.

Diante do vazio legislativo sobre o tema, muitas vezes os juristas se socorrem das resoluções do Conselho Federal de Medicina, na busca de subsídios para nortear o raciocínio ético e pautar o pensamento jurídico sobre o assunto, porém há que se atentar para o fato de que, como se trata de restrição a direitos fundamentais, a competência para legislar sobre o assunto cabe ao Congresso Nacional, e não ao Conselho Federal de Medicina. As resoluções têm apenas caráter de *soft law*, e destinam-se exclusivamente aos médicos; não são impositivas aos outros profissionais da saúde, ou aos pacientes, de modo que são de grande valia para se suscitar o debate, mas não substituem a necessidade de atuação do Poder Legislativo, competente para tal função.

Inexiste na Resolução disposição acerca dos requisitos formais para a validade do testamento vital, assim como também não há no ordenamento jurídico vigente qualquer disposição expressa sobre ele, de modo que, devido à ausência de previsão, há liberdade de forma, requerendo-se apenas a obediência aos requisitos de validade dos negócios jurídicos.

Se, por um lado, a inexistência de burocracia torna mais ágil a sua elaboração, principalmente quando essa iniciativa for tardia, manifestando-se em momentos críticos de saúde, por outro lado, a falta de requisitos pode chegar a comprometer a segurança jurídica do ato, por não haver um controle prévio das disposições, para garantir que a mesma esteja condizente com as regras do Direito e com as técnicas da Medicina.

Desse modo, questiona-se se o apego à forma da diretiva seria excessivo e supérfluo, ou se seria justificado pautando-se no grau de fragilidade do enfermo, na assimetria de informações, se serviria como forma de contrapor-se a qualquer tendência paternalista da instituição de saúde ou dos médicos que a compõe, e com o fito de garantir a aplicabilidade das determinações autônomas, para que haja o objetivo maior: a proteção da sua dignidade e o respeito à capacidade para consentir.

Apesar da ausência de posituação, o requisito da supervisão de um advogado, na redação e na colheita da assinatura das testemunhas, deveria ser acrescido, pois tal profissional tem conhecimento suficiente para analisar as cláusulas do documento, a compatibilidade do seu conteúdo com os preceitos jurídicos, e principalmente, é capaz de fazer uma análise prévia da sua constitucionalidade, impedindo, pois, que a liberdade do testador não seja respeitada por questões materiais.

Torna-se também aconselhável a supervisão de pelo menos um médico, para garantir que o conteúdo da declaração de vontade preveja exclusivamente manobras terapêuticas possíveis, tanto no tocante à possibilidade científica – o acesso na área geográfica em que ele se encontra –, quanto no tocante à possibilidade econômica e no que tange aos aspectos da bioética e da ética médica, evitando-se, assim, que o enfermo acredite que terá acesso a um tratamento que, na verdade, não será concretizado.

Ocorrendo, pois, a elaboração desse testamento vital, livre de forma pré-estabelecida, obedecendo-se ou não às sugestões aqui explanadas no tocante à supervisão médica e jurídica, é imprescindível que a ele seja dada publicidade, visto que, no momento da internação, o seu conteúdo deverá ser anexado ao prontuário médico, cabendo, pois, ao paciente decidir se confiará a incumbência da divulgação desse conteúdo exclusivamente ao seu procurador para

cuidados de saúde, ou se preferirá, por precaução, cientificar mais pessoas acerca do seu conteúdo.

Outra opção seria lavrar a declaração prévia de vontade por escritura pública, perante notário, recomendando-se a criação de um banco nacional de declarações, para aprimorar a efetividade no cumprimento da vontade do paciente. Depois de cumpridas as disposições formais, o cartório remeteria a declaração de vontade para o Registro Nacional, em um prazo exíguo, para garantir a efetividade desta (DADALTO, 2013, p. 151). Sistema semelhante é adotado em Portugal que, no artigo 3º da Lei nº 25, prevê que as diretivas antecipadas de vontade deverão obedecer a forma escrita, contendo assinatura do testador na presença de um funcionário devidamente habilitado do Registro Nacional do Testamento Vital ou notário.

Em inexistindo qualquer das duas alternativas acima propostas, quando o paciente está consciente, e após o devido consentimento esclarecido, há a possibilidade de se atestar no prontuário médico, com a devida assinatura, a sua decisão; ou pode-se, ainda, defender a validade da declaração de vontade expressa sem assinatura alguma do paciente em prontuário, externada pelo procurador de saúde ou pelos amigos e familiares.

Esse raciocínio obedece à lógica do artigo 107 do Código Civil, que expressa que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”, em face do contexto, seja por meio de escritura, por testamento *sui generis* particular, ou via prontuário médico. Em tese poder-se-ia afirmar ser válida a diretiva que dotar de segurança jurídica e ética a manifestação do doente.

No entanto, a questão da validade da expressão da decisão, tendo como pressuposto a segurança jurídica, coloca em relevo a declaração de vontade explicitada em prontuário, pois nessa hipótese se pode afirmar haver uma grande fragilidade no tocante às informações expressas, em face da condição de vulnerabilidade fática em que o paciente se encontra, considerando a possibilidade de estar sendo vítima de coação, ou em meio a tantos outros riscos capazes de fazer com que a declaração não seja originária da sua livre escolha. Desse modo, mostra-se preferível o estímulo à adoção de alguma das outras duas medidas previamente citadas, mais burocráticas, porém mais seguras.

Quanto aos aspectos procedimentais, imperam ainda duas questões a serem elucidadas: se a incapacidade superveniente seria capaz de invalidar o testamento; e se é possível haver revogabilidade no tocante aos posicionamentos assumidos previamente.

Para superar o primeiro questionamento, deve-se entender que, se o intuito do documento em análise é justamente antever o estágio de fragilização do quadro clínico e a possível perda da consciência, incompatível seria desconsiderar a declaração prévia justamente no momento que consistiria em seu ápice, o momento de aplicação.

Quanto à segunda questão, o fato de um paciente ter-se posicionado contra ou a favor das manobras terapêuticas não o vincula de maneira irrevogável. A ciência não é estática, assim como a sociedade encontra-se em constante mutação. A mudança social estimula o aprimoramento científico, de modo que quanto mais se prioriza a cultura antropocentrada, maiores são os esforços para prolongar a expectativa de vida. Por isso, um tratamento para determinada enfermidade, que ao tempo da emissão da declaração de vontade era considerado extremamente debilitante, pode vir a tornar-se, com o avanço biotecnológico, plenamente curável, e com menor custo no tocante à qualidade da manutenção dessa vida.

Cumprido salientar, porém, que o avanço nas técnicas de cura e cuidado não é o único motivo que pode embasar a revogabilidade do ato, a qual pode ocorrer a qualquer tempo, independentemente de fundamentação, já que razões de foro íntimo podem motivar a mudança de opinião, sem que, para tanto, o paciente necessite externá-las.

Essa liberdade expressa na declaração prévia de vontade possui limites, dentre os quais a proibição de o paciente dispor dos cuidados paliativos, por serem garantidores do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, do direito à morte digna, além de ser a filosofia dos cuidados paliativos que orienta a prática médica em relação ao tratamento de pacientes terminais no país (DADALTO, 2013, p. 148-149). Porém, há de se frisar que esse posicionamento não é unívoco. Quando o paciente se opõe à anestesia, apesar de ser conduta rara, por preferir enfrentar a morte em plena consciência, caso o médico ministre a injeção, tal intervenção, segundo Roxin (2008, p. 192-193 et 202), interferiria na integridade física alheia, devendo, pois, ser punida como lesão corporal.

A fugaz e subjetiva liberdade nos apresenta conflitos bioéticos nas mais variadas formas, cabendo aos princípios éticos e jurídicos guiarem a solução, de forma que, com base na não maleficência, na beneficência e na dignidade, há inadequação da conduta com relação ao crime de lesão corporal.

Ademais, a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, de autoria do Ministério da Saúde brasileiro, prevê, no artigo 5º, inciso V, que a toda pessoa deve ser garantido “o consentimento livre, voluntário e esclarecido a quaisquer procedimentos diagnósticos,

preventivos ou terapêuticos, *salvo nos casos que acarretem risco à saúde pública (...)*” (grifos nossos). Da análise desse dispositivo, verifica-se a preocupação do Ministério em ratificar a importância do consentimento, excetuando a sua manutenção em prol da coletividade.

Em se tratando, por exemplo, de um paciente portador de uma doença extremamente contagiosa, ainda não disseminada no país, mas que opta por se esquivar dos cuidados médicos e voltar à convivência social, o impedimento à sua autodeterminação se pauta não na proibição de determinar o cenário da sua última etapa de vida, mas na proteção dos direitos fundamentais, em especial da saúde, das outras pessoas, o que torna o dispositivo plenamente plausível e compatível com o ordenamento jurídico vigente.

Em síntese, pode-se afirmar que, com base em uma visão pós-positivista do Direito, apesar da inexistência de disposição legal específica sobre o testamento vital no ordenamento brasileiro, o instituto mostra-se plenamente condizente com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e com a proteção da dignidade. Essa afirmação não está cega ao fato de, na prática, mostrar-se necessário o estabelecimento de requisitos, principalmente formais, para a sua validade, de modo a garantir segurança jurídica à vontade expressa pelos enfermos; a também respaldar os médicos contra possíveis ações de responsabilização cível movidas por familiares que se contraponham à vontade do enfermo, obedecida pelo profissional; e a se delimitar o alcance material da expressão do posicionamento no fim da vida.

3 – AUTONOMIA COMO FUNDAMENTO PARA O RESPEITO À MORTE E À INTEGRIDADE DO PACIENTE TERMINAL

"Não há hoje problema mais angustioso e que mais desafie a capacidade da inteligência humana do que este de estabelecer as leis gerais que regulam a existência das sociedades humanas, a sua marcha no tempo e no espaço, e o destino normal delas."

Lima Barreto

"O sofrimento só é intolerável quando ninguém cuida."

Cicely Saunders

3.1 A INTEGRIDADE COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

3.1.1 Direito à integridade psicofísica

Para se abordar os direitos e os riscos de transgressão a estes a que se submetem os pacientes quando adentram em um estágio terminal, dependentes dos cuidados e tratamentos provenientes da equipe de saúde, é indispensável tratar dos direitos referentes à integridade física – detendo-se principalmente no direito ao corpo humano vivo – e dos direitos que prezam pela integridade moral, com enfoque principal no direito à honra, possibilitando a análise dos desafios para preservar a dignidade no processo de morte. Tal abordagem justifica-se pelo fato de, não raramente, esta última ser transgredida por profissionais que desrespeitam a liberdade de escolha dos enfermos.

É necessário haver a formação de uma estrutura física que integre todos os sistemas funcionais necessários à manutenção da existência, para que haja vida humana. A essa estrutura atribui-se o nome de “corpo”. Ele reúne os fenômenos fisiológicos, tendo como substrato a dinâmica funcional dos órgãos, que estão intimamente integrados e submissos ao controle dos sistemas nervoso, endócrino e imunológico, com a finalidade principal de promover a homeostase (o equilíbrio) inerente à vida, possibilitando a existência e a perpetuação da mesma. Em síntese, pode-se afirmar que o corpo é a estrutura física na qual se manifesta a vida; é pré-requisito para que haja a existência humana. Desse modo, a tutela do corpo implica, indiretamente, preservar o maior de todos os direitos fundamentais.

O corpo deve ser enxergado como o depositário biológico da biografia do sujeito, bem como a geografia do seu inconsciente e a representação da sua presença para aqueles que se

relacionaram afetivamente com ele (VIDELA, 1999, p. 185). Nesse contexto, pode-se vislumbrar a importância do corpo, tanto para o seu portador quanto para os familiares dessa pessoa, que não se trata de mero objeto de estudo para os médicos desenvolverem as técnicas aprendidas.

Figurando no lugar do “eu” encontra-se o corpo, não como tempo-espaço para a realização do ser humano, mas como experiência do que se é; sendo por meio dele que se faz a experiência de si mesmo (TIBURI, 2014, p. 96-97). Verifica-se, pois, a necessidade de se enxergar o corpo para além da sua estrutura concreta, considerando o subjetivismo que lhe é inerente, por ser portador da vida humana, de modo que o conjunto de fatores tangíveis e intangíveis que compõe o ser humano deve ser preservado pelo Direito, em prol da tutela da sua existência.

Entretanto, nem sempre o corpo humano foi tido como um bem jurídico da personalidade, cuja integridade havia de ser resguardada (CATÃO, 2004, p. 167). O sistema de crime e castigo implementado na época medieval era endossado por magistrados que acreditavam no poder da força externa para o controle dos culpados do crime; entendiam que as dores não pertenciam inteiramente à pessoa condenada individualmente, mas tinham objetivos de cunho religioso e político, em prol da redenção e reparação da comunidade, ou seja, acreditavam que a tortura seria capaz de restaurar a integridade comunitária e a ordem do Estado (HUNT, 2009, p.92-94). Constata-se, nesse raciocínio, que interesses coletivos eram priorizados em detrimento dos individuais, e que o ideal de justiça não perpassava pela tutela dos bens da personalidade.

A partir do Humanismo jurídico, embasado no Direito natural clássico e influenciado pelo Cristianismo, consagram-se o conceito de pessoa e a noção de dignidade e honra, por meio da sistematização do *ius in se ipsum*, o qual, em sua evolução, abarca o nascimento dos direitos da personalidade, incluindo o direito à integridade física (CATÃO, 2004, p. 167). O corpo é a primeira propriedade do homem, por ser sua fonte de trabalho. Devido a esse direito de propriedade, o indivíduo humano é por excelência o sujeito jurídico (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 125). Essa acepção, que na atualidade se mostra óbvia quando se entende que o corpo é a base na qual se realiza a vida humana, é uma evolução da concepção de “pessoa”, que, se tivesse se antecipado no tempo, teria prevenido os piores atos degradantes contra o ser humano.

O questionamento por parte dos escritores e reformadores iluministas, durante o século XVIII, acerca da tortura e da punição cruel, despertou nas pessoas o sentimento de empatia com o próximo e um novo interesse pelo corpo humano, que anteriormente era considerado sagrado apenas numa ordem religiosa definida, em que a mutilação dos corpos era justificada pelo bem comum. O corpo se tornou sagrado por si próprio, pautando-se na autonomia e inviolabilidade dos indivíduos. Então, primeiramente os corpos receberam um valor mais positivo e mais individualizado; em seguida, as transgressões corporais provocaram mais reações contrárias, o que fez com que se proibisse o sacrifício do indivíduo em prol do bem da comunidade ou de algum propósito religioso (HUNT, 2009, p. 82 et 97).

O sentimento de solidariedade com a dor alheia, principalmente física, advém da percepção de que o sacrificado é tão gente quanto quem assiste à degradação e quanto quem legitima o sacrifício, de modo que se passa a adotar uma postura de empatia com os outros, novidade para a época, e passa a haver uma predileção pelo benefício individual. Assim, os atos de tortura, que causavam euforia e sentimento de justiça em quem assistia a eles, passam a emergir uma revolta e um temor de que um dia o próprio corpo do telespectador seja mutilado. É nesse cenário que começam a se delinear os direitos que visam deixar intacta a estrutura corpórea humana.

França (1999, p. 939) arrola, dentre os direitos à integridade física: o direito à vida e aos alimentos; o direito sobre o próprio corpo, vivo ou morto; o direito sobre o corpo alheio, vivo ou morto; e o direito sobre partes separadas do corpo.

No Direito vigente, o corpo humano é, por si só, objeto de tutela jurídica, como pode ser constatado nos seguintes dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro:

a) No Código Civil:

- Art. 13– “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.”;
- Art. 14– “É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.” Saliente-se, porém, em seu parágrafo único, que “o ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.”;
- Art. 15– “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.” (Grifo nosso). Entretanto, salienta o

art. 146, §3, I do Código Penal, que não configura crime de constrangimento ilegal “a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.”;

b) Na Constituição Federal:

- Art. 5º, inciso III – “Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”; no mesmo artigo, inciso XLIII – “A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura [...] por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”;
- Art. 5º, LXII – protege a integridade física, no tocante aos presos: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.”; o art. 136, §3º, II completa: “A comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação.” Estende-se, assim, de maneira clara, o direito em questão à situação excepcional de estado de defesa;
- Art. 199, §4, salienta que

a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

c) No Código Penal:

- Art. 129– tipifica o crime de lesão corporal²;
- Art. 132– contém o dispositivo condenatório do crime de perigo para a vida e a saúde de outrem: “Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente.”;
- Art. 137 – proíbe a participação em rixa, salvo para separar os contendores, acrescentando em seu parágrafo único que “se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de seis meses a dois anos.”;

d) Lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988 – dispõe sobre a cessão de produtos biológicos, como o sangue;

e) Lei nº 8.501, de 30 de novembro de 1992 – aborda o tema da utilização do cadáver;

² A lesão corporal é configurada quando há a modificação do organismo humano por intermédio de ferimentos, mutilações, equimoses. O dano pode também ser psíquico. O sujeito ativo será culpável por delito único, ainda que produza diversas lesões corporais no sujeito passivo.

f) Art. 4º da Lei nº 9.434, de 04 de janeiro de 1997, que trata sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, para fins de transplante e tratamento³ – “Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica *post mortem*.”;

g) Art. 9º da Lei nº 9.434 – “É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo vivo para fins de transplante ou terapêuticos.” Ressalte-se que isso somente pode ocorrer *inter vivos*, e este artigo fica condicionado ao disposto no §3:

Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade, não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

h) Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001 – trata de captação, proteção ao doador e ao receptor, coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão de sangue, de seus componentes e derivados, vedando a compra, a venda e a comercialização de sangue;

i) Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001 – deu nova redação ao artigo 4º da Lei nº 9.434, eliminando a previsão de “doação presumida”. Passou a figurar com a seguinte redação:

A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas, para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

j) Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 – estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança e dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança;

³ Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo, em conformidade com o artigo 1º, Parágrafo Único.

l) Resolução nº 466, de 2012, do Conselho Nacional de Saúde, que alterou a Resolução 196, de 1996 – contém as Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisas Envolvendo Seres Humanos, tendo como foco as áreas temáticas: genética humana; reprodução humana; biossegurança; novos fármacos, medicamentos, vacinas e testes diagnósticos; novos equipamentos e insumos para a saúde; pesquisas conduzidas do exterior e pesquisas envolvendo populações indígenas.

Vê-se que, de acordo com o exposto no item relativo às características dos direitos da personalidade, estes, em regra, não são suscetíveis de alienação ou de transmissão. No entanto, uma característica marcante do direito à integridade física é a possibilidade de se dispor de parte do corpo que preserva a existência da pessoa – sem que o direito em si seja disponível – contanto que os interesses do indivíduo, da família e da sociedade alcancem uma conciliação e, principalmente, obedeça aos limites impostos por força de lei. Como aqui se analisa, o ordenamento jurídico proíbe os atos de disposição do próprio corpo que resultem em diminuição permanente da integridade física.

A importância da preservação do corpo, numa concepção psicanalítica, conforme ressalta Nasio (2008, p. 15), deve-se ao fato de que toda lesão que seja dolorosa ao corpo é percebida tanto como uma lesão quanto como uma dor externa, devido ao fato de o próprio corpo ser percebido imaginariamente como um invólucro denso e sensível que contém e carrega o ser humano. Locke (2012, p. 10) salienta que as impressões produzidas no corpo, ao alcançarem a mente, causam dor ou prazer, e que a ausência de um prazer é mais suportável que a presença de um pouco de dor.

A dor corporal compromete toda a saúde mental do ser humano que a sente, pois se mostra incompatível com uma existência pacífica e tranquila. O sentimento que supera o mero incômodo torna-se sofrimento quando não tratado, quando se perpetua no tempo. Como o limiar de dor é variável de pessoa para pessoa, qualificar o sofrimento como insustentável é tarefa indelegável do seu portador.

Sabendo-se que o corpo humano não é espectro de uma perfeição intangível, ele é assumido pela própria pessoa, ao possuir a liberdade para a construção da sua personalidade e para assumir sua corporeidade. Por tal razão, a tutela normativa do corpo deve ser capaz de conferir ao seu titular liberdades para dele dispor ou para reivindicar algo que se refira a seu corpo, a exemplo do direito à saúde e à reparação de dano (SÁ; MOUREIRA, 2014, p. 37).

Em relação à disposição, o ordenamento pátrio autoriza a venda ou doação dos cabelos, devido ao fato de o direito em questão não ser estendido ao que se regenera ou se renova com facilidade. É importante, porém, salientar que constitui ofensa à liberdade pessoal, podendo constituir injúria real, o corte de cabelo contra a vontade de seu portador. Não há, no caso, ofensa à propriedade, porque o corpo é parte da pessoa física, e não objeto de domínio.

Apesar de o corpo não possuir valoração econômica, visando superar os prejuízos causados a ele, o Direito o tornou objeto da responsabilidade civil. Assim, além do dever de reparação ao dano material, o corpo foi responsável pela criação de outras modalidades, a exemplo do dano corporal, dano fisiológico, biológico, entre outros. Nesse sentido, como a lesão ao corpo afeta a dignidade, faz-se necessário definir claramente a forma e o alcance que deve ter o ressarcimento do dano material, para que se consiga, por meio da reparação dessas lesões, uma tutela específica da pessoa, sendo esta, portanto, a principal função do Estado Social de direito (CORTÉS, 2007, p. 307-308).

A reparação diz respeito à conduta punitiva após a violação; não impede a transgressão, mas desestimula novos danos. Porém, quando se fala de dignidade, o ideal seria a conduta estatal no sentido de prevenir quaisquer transgressões, pois devido à subjetividade e à fragilidade da dignidade, nem sempre ela consegue ser restaurada por meio de condutas incidentes posteriores ao dano.

Enxergar o homem como um organismo corpóreo e considerar essa forma corporal a total medida do seu ser significa convertê-lo em uma de tantas espécies animais, classificando-o como vertebrado, mamífero e primata. Durante décadas, as ciências biológicas enfocaram de modo exclusivo o aspecto morfológico-anatômico do homem, simplificando sistematicamente um problema muito difícil. Porém, as ciências naturais passaram a distanciar o conceito de “homem” do de “animal”, e trouxeram para o exame científico naturalista a parte psicoespiritual do homem (OVERHAGE, 1973, p. 89-90).

O homem há de ser considerado para além da sua estrutura corpórea. Ele é resultado das suas experiências, da sua personalidade individual, das suas convicções. Quando se afirma que se trata de animal racional, esse raciocínio remete a uma análise mais completa sobre o que é preservar a sua integridade. A mera morfologia mostra-se insuficiente para definir o ser humano, apesar de ser fator importante na busca da proteção do mesmo.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que a pessoa se manifesta por meio do corpo, da inteligência e dos hábitos (BERNAL, 2014, p. 31), e que o corpo é vivido de muitas maneiras (STEPKE, 2006, p. 104). Por tal razão é que a cultura é responsável por subtrair do frágil corpo do ser humano a sua experiência como sendo uma oportunidade da linguagem, como oportunidade de criar a própria vida (TIBURI, 2014, p. 78). Ao se considerar o viés relacional inerente à vida humana, não há como negar a interferência cultural na ótica do ser humano e da sua base física.

Na Filosofia, pode-se tomar o corpo sob três concepções distintas, conforme a ética e a antropologia: concepção dualística, monística e personalista. A primeira tem origem na Grécia, e se concretiza na afirmação do conflito entre corpo e alma. É representada principalmente por Platão, que tomava a alma como elemento eterno e divino, o corpo como obstáculo principal ao conhecimento das ideias, e entendia que o ideal do homem consistia em se subtrair ao que era corpóreo e em afastar-se do mundo. Aristóteles suaviza essa concepção, ao entender que a alma é forma substancial do corpo, mas continua a defender que o corpo é matéria estranha por origem e oposta ao espírito. Já Descartes entendia que, por ser o corpo humano física e mecânica, não se necessitava de alma para explicá-lo, sendo o espírito necessário apenas para a consciência de si e a interpretação do mundo (SGRECCIA, 2009, p. 128-130).

Na acepção monística, passa-se a enxergar nos fenômenos psíquicos ou espirituais o reflexo da organização corpórea. Compreende-se que o corpo exaure a totalidade do homem e de suas experiências, ou seja, tanto o que o homem é por dentro quanto o que ele recebe com a experiência com os outros são corporeidade e experiência corpórea. Correntes psicológicas contemporâneas, a exemplo da Psicanálise e do Behaviorismo, apesar de não terem superado a visão organicista e mecanicista do corpo, passaram a estudar o corpo do ponto de vista comportamental e a analisar as dinâmicas do inconsciente e das pressões sociais. Ademais, o reducionismo monístico pode ser observado também na Biologia, quando se passou a acreditar que não só o homem se reduz ao biológico, mas também a Biologia é exclusivamente física (SGRECCIA, 2009, p.131-132).

Já conforme a concepção personalista do homem e da corporeidade, a alma une-se ao corpo, substancial e não acidentalmente. Dessa forma, quando o homem age com o corpo, acaba por agir de forma humana e espiritual. A alma espiritual informa e ativa com sua energia e força unificadora, inclusive as faculdades inerentes à vida vegetativa e sensitiva, o

que nos leva a compreender que, mesmo quando não possua as faculdades mentais, ou quando se torna incapaz de exercê-las, o homem continua sendo homem. Com a concepção fenomenológica de corporeidade, passou-se a se diferenciar *Körper* – corpo orgânico, objeto de estudo – e *Leib* – corpo vivido ou consciência do próprio corpo. Também cumpre ressaltar que o corpo é limite, que se evidencia pelo existencialismo e pelo personalismo, que abarca os conceitos de dor, doença e morte (SGRECCIA, 2009, p. 132-137).

Verifica-se, pois, que a incapacidade jurídica não é argumento para desconsiderar a personalidade inerente aos que se encontram em condição de fragilidade, e que, principalmente em relação ao corpo deles, devem ser impostos limites. Também a visão personalista do homem embasa o argumento de que o paciente é sujeito de direitos, e não um objeto de estudo dos pesquisadores e médicos, tanto devido à consciência do próprio corpo quanto por abrigar as sensações de sofrimento e de fim da existência.

“A sociologia contemporânea tem pouco a dizer sobre o fato mais óbvio da existência humana: o de que os seres humanos têm e, em certa medida são, corpos”, os quais fazem parte tanto da natureza como da cultura, e localizam-se na conjuntura da espécie humana, ladeados pela ordem natural e a ordenação cultural do mundo (TURNER, 2014, p. 61 et 71). O corpo-coisa é percebido de fora; não é experimentado na própria experiência, já que o próprio corpo e o corpo animado de outros constituem um campo de intencionalidades. Na verdade, habitamos vários corpos, a depender dos contextos sociais (STEPKER, 2006, p. 104).

Essa ampliação da percepção do homem para além da estrutura corpórea fisiológica é verificada nas ciências sociais, e principalmente no Direito, que passa a ter a preocupação de resguardar o ser humano em suas mais diversas dimensões: onde houver uma possibilidade de dano, deve haver uma proteção jurídica.

“O direito à integridade física é um direito privado, pois que, como o direito à vida, respeita ao indivíduo como tal, isto é, considerado no círculo dos fins que se propõe como simples ser humano” (CUPIS, 2008, p. 78). O Direito resguarda o ser humano e a estrutura que abriga a sua existência, para que na vivência em sociedade não haja a exploração de um homem por seu semelhante, e para evitar qualquer despojamento excessivo por parte do próprio titular de direitos.

O direito à saúde não se resume à integridade física. Refere-se também à psíquica, por ser a pessoa uma unidade indissolúvel psicofísica, já que a saúde se relaciona ao são e livre desenvolvimento da pessoa (PERLINGIERI, 2007, p. 158). Nessa acepção, Lôbo (2009, p.

148) aponta que o direito à integridade psicofísica tem por objetivo a preservação da intocabilidade do corpo físico e mental da pessoa, ressaltando o caráter indissociável inerente às integridades psíquica e física, e salientando que o avanço do conhecimento humano pode ensejar práticas invasivas da integridade psíquica, que resultem em direito à reparação compensatória por danos morais.

Conforme se verificou, o artigo 13 do Código Civil proíbe a prática de atos de disposição do próprio corpo, nos casos em que implicar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes, a não ser que haja exigência médica. Em comentário ao dispositivo, o enunciado 6 da I Jornada de Direito Civil esclarece que a expressão “exigência médica” concerne não só ao bem-estar físico, mas também ao bem-estar psíquico do paciente.

Constata-se, pois, a sedimentação do pensamento de que o equilíbrio da saúde humana transcende o conceito da simples ausência de sintomas físicos e da definição da inexistência de doenças passíveis de fácil diagnóstico, priorizando-se uma visão e uma proteção conjuntural do ser humano.

Nesse diapasão, pode-se afirmar que a dor é um fenômeno misto, que emerge do limite entre corpo e psique, resultando de uma percepção externa, para captar a lesão e sensação dolorosa; e de outra percepção, interna, destinada a captar o transtorno psíquico que se segue. A dor de uma lesão causa incômodo na fronteira do seu corpo, ao mesmo tempo em que a da comoção o consome a partir do interior, inscrevendo-se no inconsciente. Vê-se, pois, que a dor física ultrapassa o domínio exclusivo da neurofisiologia, relacionando-se com o psiquismo (NASIO, 2008, pp. 9, 13, 19 et 101). É por essa razão que a visão organicista do corpo mostra-se insuficiente para compreendê-lo.

Dessa forma, o direito à integridade psicofísica abrange o direito à saúde, à incolumidade física e ao pudor, merecendo preservação na qualidade de interesse primeiro a merecer proteção. Como consequência, ninguém pode ser coagido a se submeter a exames e tratamento médico, contrariando a sua vontade, devendo apenas se respeitar os limites impostos pelo interesse social da saúde e da segurança públicas (SZANIAWSKI, 2005, p. 561), o que denota a intrínseca relação entre autonomia e manutenção da integridade.

Como decorrência da adaptabilidade do conceito de integridade física às mudanças sociais, e evidenciando a tendência hermenêutica de não se restringir à interpretação gramatical, de grande repercussão é o enunciado 276 da IV Jornada de Direito Civil, que

amplia a possibilidade de disposição do corpo prevista no artigo 13, para a autorização de cirurgia de transgenitalização, utilizando como embasamento os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil.

Ainda acerca da relativa indisponibilidade prevista no artigo em análise, o enunciado 401 da V Jornada de Direito Civil estabelece que não se considera contrariar os bons costumes o fato de haver a cessão de direitos de uso de material biológico para fins de pesquisa científica, desde que seja gratuita e que haja o consentimento livre e esclarecido. Ademais, impõe a possibilidade de revogação da cessão, a obediência às normas éticas que regem a pesquisa científica e o respeito aos direitos fundamentais. Em complemento, o enunciado 532, proveniente da VI Jornada, interpreta os artigos 11 e 13 do Código Civil e entende ser permitida a disposição gratuita do corpo para fins científicos.

De forma intuitiva, ao se aproximar do corpo do doente, o médico sabe estar se aproximando de sua pessoa, já que o corpo não é propriamente objeto da intervenção cirúrgica, sendo, na verdade, sujeito (SGRECCIA, 2009, p. 128). Dessa forma, no rol de sujeitos passivos do direito à integridade, destacam-se os médicos e demais profissionais de saúde, já que o exercício das suas profissões pode contribuir para o restabelecimento da incolumidade psicofísica, ou, mediante o exagero e o desrespeito da vontade do paciente, podem agir em sentido contrário.

A dimensão corporal constitui a pessoa humana, mas a história de cada pessoa não é apenas sua vida física, já que a trajetória temporal integra a biografia de cada um, incluindo o dinamismo de seu crescimento em meio aos relacionamentos interpessoais. A trajetória temporal de um ser corporal é a de obter, amadurecer e se livrar do seu corpo (LÓPEZ-MORATALLA, 2010, p. 121).

Em face do exposto, em primeiro lugar se denota que há a necessidade de se tutelar o indivíduo além da estrutura corpórea, sendo de igual importância o resguardo da incolumidade moral; em segundo lugar, constata-se que prorrogar artificialmente o período de perda do seu corpo, devido a enfermidades incuráveis, não se coaduna com o princípio da dignidade que embasa o direito à integridade física, e agride, principalmente, a esfera psíquica humana. Apesar de ser no corpo humano que os médicos desempenham todas as funções especializadas para as quais se prepararam, a vida que ali está latente clama por respeito a ela e a sua autonomia.

3.1.2 Direito à integridade moral

É no ato decisório do ser humano que geralmente a moral se manifesta, impulsionando uma ponderação prévia sobre seus futuros atos e suas consequências, norteando-se pela ética. A moral é subjetiva e essa sua característica é devido à individualidade das pessoas. Um ato que não seja capaz de constranger ou ferir a dignidade de um indivíduo pode ter o efeito reverso em outrem, e essa pluralidade de percepção deve ser considerada.

“A Moral é o mundo da conduta espontânea, do comportamento que encontra em si próprio a sua razão de existir” (REALE, 2002b, p. 44). Apesar da espontaneidade, há de se salientar que esta não deve ser percebida como motivação para atos impulsivos, pois a moral emerge em meio aos juízos críticos. De acordo com Locke (2012, p. 31) “moralidade é o governo das ações do homem em vista da felicidade”, mas precisar o que é felicidade é tarefa árdua, senão impossível, devido à sua demasiada subjetividade e porque é variável de acordo com a pessoa que a busca.

A moral faz parte da Filosofia Prática e delinea os princípios gerais da ordem em que se devem pautar os atos resultantes da ação humana, analisando-os conforme os fins naturais do homem. Pode ser desdobrada em: estudo das finalidades dos atos humanos; estudo das condições psicológicas que motivaram o ato; e estudo da natureza e desenvolvimento da ordem moral que disciplina os atos, construída sobre a diferenciação entre o bem e o mal, considerando que o bem é o fim natural do homem (RÁO, 2013, p. 87).

O homem torna-se ciente dos seus deveres para consigo mesmo por força da lei moral. Esta primeiramente lhe ensina que, desprovido de motivo legítimo, não deve dispor da sua liberdade, da sua vida e nem da do próximo, já que, juridicamente, esses valores estão fora do comércio (RIPERT, 2002, p. 59). Vê-se um atrelamento entre a moral e a ética, um dever de, à luz da moral, respeitar limites que concirnam a si mesmo e aos outros.

Mas há de se considerar que há outra acepção de moral, que também é intrínseca ao ser humano individualizado. Quando sua integridade é transgredida, a dor é sentida pelo indivíduo de imediato, por ter seu psiquismo afetado, seja por seu respeito próprio, dignidade e autoestima serem atingidos, seja pelo sentimento de inferioridade e humilhação frente aos juízos alheios feitos a seu respeito. É com base nessa acepção que figura, dentre os direitos da personalidade, a integridade moral.

Conforme França (1999, p. 939), o direito à integridade moral é composto por: o direito à liberdade civil, o direito à honra, o direito à honorificência, o direito à imagem, o direito ao recato, o direito à identidade pessoal, familiar e social, e o direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional.

Inerente inclusive às pessoas que não possuem um comportamento ético, o direito à integridade moral resguarda o respeito, a boa fama, a consideração e a estima da pessoa nas relações sociais, e pode ser desfrutado em maior ou menor grau, dependendo do comportamento moral do indivíduo, e da comunidade em que vive ou atua (LÔBO, 2009, p. 156). A tradição familiar, o país, a religião, o modo pelo qual a pessoa se enxerga, os planos que tem para si, o grau de saúde que possui, são exemplos de fatores que podem influenciar a concepção interna de moralidade.

No dizer de Durkheim (1961, p. 29, apud TURNER, 2014, p. 50):

O homem é duplo. Nele existem dois seres: um individual, cuja base é organismo e o círculo daquelas atividades que, portanto, são estritamente limitadas, e o ser social, que representa a mais alta realidade da ordem moral e intelectual que pode ser conhecida pela observação, quer dizer, a sociedade.

O ordenamento jurídico brasileiro, com a intenção de resguardar a integridade moral, para que esta não seja subtraída ou diminuída, vale-se dos seguintes dispositivos:

- a) art. 5º, V, da Constituição Federal de 1998 – “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.”;
- b) art. 5º, X, da Carta Magna – “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”⁴(Grifo nosso);
- c) art. 5º, XLIX, da Carta Magna – “É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.” É aqui visível a intenção do legislador constituinte de não permitir que aos detentos seja aplicada punição além da instituída por lei, pois a ressocialização destes pressupõe a manutenção da sua integridade moral. O artigo 38 do Código Penal reforça o conteúdo do dispositivo constitucional mencionado: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.”;

⁴ “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundas do mesmo fato.” (STJ - Súmula 37).

d) art. 114 da Constituição – dispõe que “compete à Justiça do Trabalho processar e julgar.” VI – “as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho.”;

e) art. 186 do Código Civil – prevê que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (grifo nosso), dirimindo a polêmica a respeito do dispositivo 159 do Código Civil de 1916, que estatuiu a reparação do dano decorrente de ato ilícito, mas não qualificava o dano como material, moral, ou à imagem, o que gerava na doutrina e jurisprudência certo receio em posicionarem-se favoráveis à reparação pura e autônoma do dano moral⁵;

f) a importância atribuída pelo legislador à integridade moral é tanta que a manutenção desta chega a ser pressuposto para a manutenção do pátrio-poder. Dispõe o art. 1.638 do Código Civil: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: [...] III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes.”;

g) a Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, em seu artigo 53, prevê que

no arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido. (Grifos nossos).

h) art. 5º da Lei nº 11.340/2006, a qual aborda a violência doméstica e familiar contra a mulher – “Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.” (Grifo nosso);

⁵ “O dever de não fazer mal injustamente aos outros é fundamento do princípio da responsabilidade civil.”(RIPERT, 2002, p. 24).

i) art. 7º, V, da Lei nº 11.340/2006 – apoia-se no Código Penal, para definir as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, ao considerar como tal qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Na contramão do dano moral, a previsão legislativa visa desestimular tal prática, impondo ao infrator o dever de indenizar a vítima, através do ressarcimento pecuniário, como forma de sanção para o sujeito ativo, e de compensação indireta do sofrimento para o sujeito passivo, desprovido de pretensão de quantificar o abstrato do sentimento. Por força do §1 do art. 5º da Constituição Federal, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Então, o dano moral decorrente da ofensa aos direitos individuais positivados no inciso X do mesmo artigo implica indenização imediata, devendo esta ser arbitrada considerando-se a necessidade de compensação de sofrimento da vítima, bem como a possibilidade de o infrator reincidir no ilícito.

Conforme atenta França (1999, p. 940-941), os direitos da personalidade fazem jus a uma sanção dupla, uma pública e uma privada. Em relação à feição penal pública, há a exteriorização por meio da definição de crimes como injúria, calúnia, difamação, entre outros. Na sanção privada, além do ressarcimento pela responsabilidade civil, há a possibilidade de ações declaratórias e denegatórias de direitos da personalidade, ressarcimento por dano moral. Porém, resta a carência de um instituto específico, que se assemelhe ao Mandado de Segurança, para a defesa imediata e pronta dessa classe de direitos. Enquanto perdurar essa ausência, a sua sanção permanecerá incompleta e defeituosa. No dizer de Lôbo (2003, p. 2), pode-se afirmar que “não há outras hipóteses de danos morais além das violações aos direitos da personalidade”.

Quando se analisam os instrumentos punitivos à violação da integridade, principalmente da moral, evidencia-se a preocupação do Direito em diminuir a dor sentida pela pessoa transgredida, ou, em caso de a violação se situar em tempo pretérito, verifica-se a intenção de compensar o sofrimento passado, de modo que a dor do passado não comprometa o futuro psicológico desse ser humano.

Locke (2012, p. 12) classificou as espécies de dores, merecendo destaque as seguintes: cansaço, dor da mente resultante da longa continuação de algo; aborrecimento, causa pequena da qual a mente tenha consciência; tormento, dor corporal violenta; angústia, dor violenta; melancolia, quando é fator impeditivo de convivência e discurso.

Na última etapa da vida, quando o paciente se defronta com a evolução da doença e a implementação de todo o aparato biotecnológico no seu corpo, é possível e não raro que se façam presentes todas essas espécies de dor, sendo por tal razão que se faz imprescindível a tutela da integridade do paciente terminal, de modo a utilizar o Direito para dirimir e desestimular as práticas que prolonguem ou aumentem o seu sofrimento. Sob esse prisma, cumpre ressaltar que:

A dor é uma consequência, não é o direito violado. O que concerne à esfera psíquica ou íntima da pessoa, seus sentimentos, sua consciência, suas afeições, sua dor, correspondem a dos aspectos essenciais da honra, da reputação, da integridade psíquica ou de outros direitos da personalidade (LÔBO, 2003, p. 2).

Vê-se que a dor funciona como um alerta de violação dos direitos da personalidade, porém, o enunciado 445, proveniente da V Jornada de Direito Civil, possibilita a indenização por dano moral, mesmo que não haja a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento. Teixeira Neto, autor do enunciado, justifica que, como a dor, vexame, humilhação e sofrimento agregam uma figura demasiadamente subjetiva ao dano moral, já que os sentimentos variam de uma pessoa para a outra. Desta forma, ressalta o autor que não se devem confundir os danos com as suas consequências. Sugere, então, a adoção do conceito geral de dano, o qual seria a perda de uma vantagem tutelada pelo direito, associada aos objetivos que restam comprometidos com a lesão a interesses pessoais.

A partir do enunciado exposto acima, pondera-se que não se deve presumir que a violação à integridade moral não cause dor, mas que, como a experiência dolorosa é demasiadamente subjetiva, a necessidade de sua comprovação para fins de implementar a indenização nos casos de desrespeito acabaria por dificultar e, em algumas hipóteses, até inviabilizar a cobrança da indenização. Verifica-se uma tentativa de objetivar um conceito tão subjetivo, que é o de dor, para,ironicamente, garantir a sua aplicação, não se devendo, pois, fazer uma interpretação simplista do enunciado, como uma generalização das hipóteses individuais.

Dentre os direitos que tutelam a integridade moral, o direito à honra merece especial enfoque, por ser passível de transgressão, especialmente quando os avanços biocientíficos sobrepõem-se ao ser humano individualizado e aos atributos que lhe são inerentes.

Kant (2013, p. 57) afirma que “a honradez em direitos (*honestas juridica*) consiste em manter nas relações com os outros homens a dignidade humana”. Acerca do direito à honra, Martins e Martins (2001, p. 14) afirmam que “a doutrina evoluiu para mostrar que o direito à

honra não compõe por inteiro a personalidade, nem a própria imagem, ou mesmo a identidade, sendo esta o complexo de atributos internos, externos e naturais que esculpem a pessoa humana”. Entretanto, vale acrescentar ser incontestável a sua correlação com a personalidade.

Para que a honra exista, é necessário o respeito do indivíduo consigo mesmo e, principalmente, dele para com o próximo, o que pressupõe uma consciência sobre a própria dignidade e sobre a alheia. A honra pode ser tomada como sinônimo de boa reputação, pois é a reunião de atributos morais, físicos, intelectuais, bem como de outras qualidades da pessoa merecedora de apreço no convívio social. Assim, sob a forma objetiva e sob a subjetiva, a honra poderá ser manifestada, sendo possível, a depender da ação, que esta envolva ambas as formas.

Guillén (2003, p. 11) esclarece que a honra em sentido subjetivo concerne ao sentimento de apreciação da própria dignidade do ser humano, e numa conotação objetiva trata-se da forma como os terceiros a enxergam. Em sentido contrário, Bittar (1995, p. 125 et 132) aloca a honra subjetiva em categoria própria, apartada do direito à honra, considerando-o direito ao respeito pessoal, tendo como núcleo a dignidade, sentimento do valor moral, honorabilidade e o decoro, o qual trata-se de sentimento ou consciência da própria respeitabilidade. Tal direito atinge apenas a pessoa, e quando há ofensa, causa no agredido diminuição pessoal, constrangimento ou depressão.

Independentemente do termo utilizado, seja honra subjetiva, seja direito ao respeito, o que importa é o objeto de alcance e o dever de proteger os bens mais raros, que tendem a seros mais abstratos, o que demanda uma maior atenção no seu reconhecimento e efetivação.

A honra objetiva consiste na visão externa, da sociedade, bastando a possibilidade de violação da honra em grau suficiente para reduzir o apreço do indivíduo perante a sociedade, através de calúnia ou difamação, para que ela seja atingida, não se exigindo, portanto, a efetiva lesão do bem jurídico. Em relação à honra subjetiva, a ofensa que recai sobre esta é independente do conhecimento de terceiros ou do grau de veracidade que estes deram à afirmação, sendo indispensável, no entanto, a existência de intenção de ofender partida do sujeito ativo, somada ao sentimento de despreço suportado pela vítima (JESUS, 1993, p. 175).

Em se tratando de obstinação terapêutica ou de qualquer tipo de imposição de conduta clínica e tratamento a um paciente, a espécie de honra que mais facilmente se coloca em risco

é a subjetiva, pois se vê tolhido de sua liberdade enquanto sujeito de direitos. Atinge a dignidade do enfermo por ferir diretamente a sua autoestima, podendo causar-lhe uma mudança na perspectiva de si próprio, de modo a passar a enxergar-se como uma criatura inválida, inútil. A honra acompanha o indivíduo desde o seu nascimento e não cessa com o seu falecimento, como se pode comprovar com a seguinte jurisprudência do STJ:

Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixam de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta [...]. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula. (BRASIL, 2006. Grifo nosso).

Como se viu, a Constituição Federal do Brasil assevera a inviolabilidade da honra, no seu art. 5º, X. No entanto, por ser também um bem jurídico penal de natureza individual, o Código Penal ocupou-se de tratar das hipóteses em que essa inviolabilidade não é respeitada, dispondo de capítulo específico que abrange os seguintes delitos: (1) calúnia – imputação falsa de um crime, tipificada pelo art. 138: “Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime”; prevê pena de detenção de seis meses a dois anos, e multa. Seu §2 salienta que é também punível a prática cometida contra os mortos; (2) difamação – fato contrário à boa fama, tratado no art. 139: “Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação.”; prevê pena de detenção de três meses a um ano, e multa; (3) injúria – prática ilícita prevista no art. 140: “Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro.”; prevê pena de detenção de um a seis meses, e multa.

É preciso discernimento e ética, principalmente por parte dos juízes penais, para verificar no caso concreto se se configurou, ou não, crime contra a honra, bem como para quantificar a proporção com que a ofensa, de fato, atingiu a vítima. Ferrajoli (2002, p. 741) salienta que tais magistrados não possuem a liberdade de usar as suas convicções morais pessoais como norte para suas decisões, sendo mais louvável sujeitarem-se às leis, inclusive quando estas contrastarem com seus ideais particulares, pois, ao menos *a priori*, a ética formalista é precisamente a sua ética profissional, impedindo a anteposição ou sobreposição de sua moralidade substancial e subjetiva frente ao direito, o que configuraria arbítrio e abuso de poder.

O hodierno Diploma Civil também se ocupou de tutelar a honra, seja considerando erro sobre a pessoa do outro cônjuge “o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado” (art. 1.557, I); seja permitindo a anulabilidade do matrimônio realizado sob coação, mediante a chantagem fundada em temor de mal considerável e iminente à honra da própria pessoa, ou de seus entes familiares (art. 1.558); seja excluindo os direitos sucessórios dos herdeiros ou legatários que “houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro” (art. 1.814, II); seja, ainda, prevendo em seu artigo 20 indenização se a honra, a boa fama ou a respeitabilidade do indivíduo for atingida pela divulgação de escritos, transmissão da palavra, ou publicação, exposição ou utilização da imagem deste, sempre quando não forem autorizadas, ou essenciais à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

Em sede infraconstitucional, a Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, estabelecendo os limites que devem ser respeitados pela imprensa, estando incluído dentre estes o respeito à honra, como se pode comprovar em:

Art . 18. Obter ou procurar obter, para si ou para outrem, favor, dinheiro ou outra vantagem para não fazer ou impedir que se faça publicação, transmissão ou distribuição de notícias: [...]

§ 1º Se a notícia cuja publicação, transmissão ou distribuição se prometeu não fazer ou impedir que se faça, mesmo que expressada por desenho, figura, programa ou outras formas capazes de produzir resultados, for desabonadora da honra e da conduta de alguém:

Pena: Reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, ou multa de 5 (cinco) a 50 (cinquenta) salários-mínimos da região.

Partindo-se do pressuposto de que o equilíbrio do ser humano depende da sua harmonia física e psíquico-moral, havendo íntima conexão entre elas, e de que a moral – tanto objetiva quanto subjetiva – é objeto de tutela do ordenamento jurídico, devendo, pois, ser conservada imaculada, é visível a possibilidade de um dano físico ter repercussões morais.

“O equilíbrio psíquico e a integridade física constituem matéria do direito à saúde, e esta deve ser garantida pelo poder público, não somente no interesse do próprio indivíduo, mas também por razões sociais.” (SZANIAWSKI, 2005, p.472). Quando o paciente busca ajuda especializada, procura restabelecer sua saúde, porém nem sempre o resultado desejado é

possível, e a insistência cega, desobediente à liberdade de escolha, caracteriza risco de macular a integridade do mesmo.

Conforme assevera Lionço (*apud* BRUSTOLINIÉ, 2010, p. 108), a vida, liberdade, integridade física e moral integram cláusulas pétreas, não estando passíveis de alteração, já que a Constituição em seu artigo 60 proíbe a alteração de princípios básicos, sendo dever do intérprete e do julgador compatibilizar os avanços tecnológicos da Medicina e da Biologia com a Constituição Federal e com os demais ordenamentos jurídicos.

Diante do exposto, pode-se afirmar que se faz necessária a aplicação dos métodos hermenêuticos, quando da aplicação das fontes do Direito, de forma a compatibilizar os avanços tecnológicos que trouxeram benefícios para a Medicina, de modo que esses avanços não sirvam como meios para que os direitos da personalidade do paciente terminal sejam agredidos por via do desrespeito à sua liberdade.

Conforme se pontuou, é inegável o fato de que a imposição de tratamentos médicos que prolongam a dor e/ou o estado vegetativo dos pacientes em um quadro de saúde agravado e irreversível implica a possibilidade de desrespeito aos direitos à integridade física e moral, inerentes, como se viu, a todas as pessoas. Tal risco de dano evidencia a urgência de fixação de limites éticos e jurídicos, em prol de envolver tais práticas com a tutela jurídica, para que os profissionais de saúde tenham um norte que direcione as suas práticas de acordo com a vontade do próprio doente, ou que se verifique se, por meio da interpretação extensiva dos direitos da personalidade, há a possibilidade de já se exigir tal proteção.

3.2 DELIMITAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE AOS CONFLITOS DO PACIENTE TERMINAL

3.2.1 Os limites ao livre desenvolvimento da personalidade e à vida

A preocupação em resguardar a Constituição reside no intuito de proteger todo o ordenamento jurídico vigente, já que tal diploma é a base legislativa de máxima importância, à qual se reportam todas as demais leis infraconstitucionais. Sabendo-se que os direitos fundamentais abarcam as garantias às quais se atribui mais acentuado valor pelo corpo constitucional, a proibição em relação a serem restringidos obedece à mesma lógica da tutela da Carta Magna. Teme-se que qualquer eventual delimitação de tais direitos possa maculá-los

em sua essência, e que possa, assim, gerar tantos casos excepcionais para justificar sua desobediência que os façam carecer de eficácia.

No entanto, há que se ponderar que, por mais importantes que sejam os direitos, não são autoaplicáveis, e que a dinamicidade das relações sociais é incompatível com a possibilidade de existir um legislador onisciente e que consiga prever todos os remotos casos de colisão entre os direitos, entre estes e os demais bens juridicamente tutelados, entre direitos e interesses pessoais, estatais ou comunitários, de modo que se criam direitos abstratos e gerais que se solidificam com a aplicação aos casos concretos.

Grandes abstrações no tocante aos direitos, ao mesmo tempo em que abarcam um maior número de situações, dificultam a aplicabilidade. Desta forma, há que se frisar que a harmonização dos direitos e garantias entre si se torna possível por meio da demarcação de limites, sejam expressos pelo legislador constituinte, sejam reconhecidos implicitamente.

Sob esse prisma, pode-se afirmar que os direitos fundamentais possuem uma reserva geral de ponderação, para tratar das colisões entre interesses de liberdade e interesses opostos. Essa cláusula de reserva atinge inclusive os direitos que não possuem reservas explícitas. Entretanto, há de se frisar que o que ocorre não é uma mera declaração de limites já existentes, mas, sim, a determinação de uma maneira geral constitutivamente acerca do *se*, *como* e *o quanto* eventualmente o direito deve ceder (NOVAIS, 2010, p. 570-571). Essa relativização do absolutismo dos direitos contribui para que eles encontrem suas respectivas eficácias sociais, afastando-se, pois, dos riscos de se resumirem a preceitos teóricos da esfera do *dever ser*.

Conforme o pensamento de Robert Alexy (2014, p. 90 et. 104), os direitos fundamentais devem ser compreendidos como princípios, ou seja, normas que expressam a realização de algo na medida possível e conforme as possibilidades jurídicas e fáticas, de modo que não contêm um mandamento definitivo, apenas *prima facie*. Essa concepção é contestada por José Carlos Andrade (2012, p. 266-268), pois, para o autor, a propositura de critérios de ponderação e de harmonização capazes de limitar, comprimir, restringir ou até sacrificar direitos, tal qual sugere Alexy, faz com que essa limitação seja muito ampla, de modo que o autor defende uma delimitação substancial do âmbito normativo dos direitos ao nível constitucional, por interpretação que permita restringir *a priori* o âmbito de proteção da norma de direito fundamental, para se atribuir, de início, quais valores são intocáveis.

Desta forma, o legislador constituinte que normatiza as liberdades, ao acolhê-las como direito fundamental de forma genérica e programática, corre o risco de contribuir para que seja exacerbado o grau de disponibilidade dessas liberdades por parte da Administração ou do legislador infraconstitucional, sob o pretexto de necessidade de concretização; e também abre margem para o risco de que haja um excesso de controle do juiz constitucional. Por outro lado, ao dispor de normas de liberdade como regras jurídicas minuciosas, com concretização pormenorizadamente regulada, arrisca-se a tolher as tarefas de realização e compatibilização de bens e valores constitucionais (NOVAIS, 2010, p. 25).

Apesar dos desafios aos quais se submetem os intérpretes com a criação de normas genéricas, mais louvável se torna o acolhimento da teoria de Alexy, visto que a delimitação substancial proposta por Andrade mostra-se de difícil concretização. Como exemplo para tanto, podemos asseverar que ao Poder Constituinte que proclamou a Constituição de 1988 não se podia cobrar que previsse todos os avanços da Medicina e da Farmacologia no sentido de prolongamento do processo de morte, na tentativa de se restaurar a vida. De modo que é incompatível culpá-lo por não ter especificadamente previsto que a preservação da vida, na qualidade de direito fundamental, deve ser limitada pela conservação da dignidade; tampouco, se poderia exigir de tal poder que dispusesse dos conflitos entre preservação da vida, com base em opinião da equipe médica ou dos familiares, *versus* respeito à liberdade do paciente.

Nesse contexto, há que se afirmar que a generalidade das previsões normativas não significa omissões, mas implica atribuir aos hermenutas e aplicadores do Direito a incumbência de utilizar os juízos de ponderações e harmonização, numa abordagem casuística, impondo ao legislador infraconstitucional e aos demais poderes deste Estado Democrático de Direito o dever de respeitar as dimensões de extensão e os limites de incidência dos direitos fundamentais. Sob esse prisma, de fundamental importância para a concretização dos direitos fundamentais se torna a análise das possibilidades de restrição ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à vida. Como os direitos da personalidade compartilham o mesmo núcleo principiológico dos direitos fundamentais, compartilham dos mesmos esforços em prol da sua segurança jurídica, o que justifica as suas análises em conjunto.

Desse modo, o fundamento que legitima se considerar os direitos fundamentais como garantias jurídicas fortes, das quais o poder estatal não dispõe, é a dignidade, que além de base, é limite último que as restrições a direitos fundamentais devem observar, para garantir o

controle jurisdicional de constitucionalidade efetivo nas fases de delimitação interpretativa do direito fundamental afetado; na avaliação do cabimento constitucional da justificação ou autorização para restringir direito; e na fase de controle de constitucionalidade da medida restritiva efetivada no caso concreto (NOVAIS, 2012, p. 96-97).

Ao se considerar a vida e a liberdade como direitos fundamentais, quaisquer restrições a tais direitos devem ser submetidas a uma análise conforme o vetor axiológico da dignidade. Quando o exercício exacerbado da autonomia contrariá-la, deve ser restringido, assim como não deve prevalecer a manutenção da vida a todo custo, quando a sua perpetuação implicar a transgressão do íntimo do indivíduo.

Conforme se verificou, os direitos fundamentais, por apresentarem, em sua maioria, caráter de princípios e não de regras, possuem alto grau de indeterminação de generalidade, e encontram delimitação ao serem analisados no caso concreto. Do mesmo modo, não se pode exigir que seja esmiuçadamente prevista no nosso ordenamento cada uma das restrições a tais direitos, de modo que a flexibilidade do princípio da dignidade permite a adequação aos preceitos constitucionais desde a fase de interpretação, fundamentação dos limites, até a fase de controle de constitucionalidade do ato propriamente dito, na busca de uma homogeneidade lógica do sistema jurídico.

Partindo-se da compreensão de que o ser humano é um ser intelectual e moral capaz de determinar e desenvolver a sua liberdade, a dignidade mostra-se um limite ao direito geral negativo de liberdade, ou seja, ao direito de impedir coerção exterior sobre a decisão do indivíduo. A liberdade negativa é complementada pelos princípios materiais decorrentes da dignidade, considerando a vinculação do indivíduo com a comunidade, com a finalidade de proteger os direitos fundamentais. Em síntese, a liberdade é limitada por restrições do legislador, em prol da convivência em sociedade, dentro dos limites daquilo que é razoavelmente exigível, conforme as circunstâncias do caso concreto, mas com a preservação da independência da pessoa (ALEXY, 2014, p. 354-358).

Entretanto, como a existência de liberdade negativa não implica a defesa por uma autonomia positiva desenfreada, a título de ilustração, podem-se enumerar casos em que a liberdade não pode ser suscitada como argumento válido e irrefutável em âmbito hospitalar: quando o paciente expressa sua opção por um tratamento sem o devido consentimento informado sobre as demais opções ou sobre os efeitos colaterais da conduta a ser adotada; quando a enfermidade é curável, não é progressiva, mas o paciente quer optar pelo suicídio

assistido; quando se dá a escolha por determinado procedimento cirúrgico desnecessário, a exemplo da amputação de algum membro, por motivos que contrariam a finalidade da Medicina, como aqueles adotados pelos chamados *wannabes*; quando o paciente expressa querer recusar um tratamento essencial para o seu suporte vital, por não se sentir confortável em conviver com uma deficiência física apresentada posteriormente.

Em sentido contrário, Roxin (2008, p. 202) afirma que “a vontade do paciente é decisiva, mesmo nos casos em que um juízo objetivo a considere errônea, ou que seja irresponsável aos olhos de muitos observadores”. Porém, tal pensamento não há de prosperar no ordenamento jurídico brasileiro, por ser incompatível com o principal vetor interpretativo da ordem constitucional em vigor: a dignidade.

Há de se salientar que quando há qualquer tipo de coação, seja por parte da equipe de saúde, seja por parte dos familiares, para a adoção de determinado posicionamento pelo enfermo, a invalidade de tal escolha não figura como limite à liberdade, já que, neste caso, a vontade expressa não condizia com aquela de foro íntimo.

Nesse sentido, a proteção do corpo contra a vontade da própria pessoa é fundamentada na proteção à saúde do sujeito disponente, como meio para impedir a autolesão e para proteger, de forma geral e ampla, esse sujeito. Tal conflito surge como resultado das concepções individualistas de corpo, percebido como propriedade da pessoa, amparado não somente pela liberdade individual, mas também por um direito à identidade corporal (MORAES; KONDER, 2012, p. 163). Seguindo o mesmo raciocínio, Beltrão (2012, p. 229) assevera que o direito ao desenvolvimento da personalidade não engloba a possibilidade de disposição do corpo, se este ato ferir o direito à vida e à integridade física, contrariando os princípios de ordem pública.

Como forma de resolução, há que se entender que tanto a liberdade individual genérica como as demais decorrentes desta encontram como limite a proteção do ser humano contra ele mesmo, de modo que se faz imprescindível se analisar até que ponto respeitar a sua vontade significa prejudicá-lo, e em quais hipóteses implicará ajuda condizente com os princípios fundamentais. Essa análise é delicada, e quando se trata de pacientes terminais demanda grande esforço da equipe multidisciplinar de saúde, pois em se adotando uma postura contraditória à expressão do enfermo se corre o risco de se obter uma conduta arbitrária, e caso se obedeça acriticamente à disposição de vontade, arrisca-se a contrariar a indisponibilidade dos direitos e princípios fundamentais.

Para que a autodeterminação do indivíduo na esfera jurídica seja concordante com as exigências constitucionais, faz-se necessário reservar à autonomia privada um campo de atuação adequado, sem limitações excessivas em relação aos pressupostos e à forma. Nesse sentido, viola-se a liberdade geral de ação caso o poder público, desprovido de justificação ou proporcionalidade, imponha deveres negativos ou positivos, através de reservas de autorização para a atuação ou imponha condições para tal (PINTO, P., 2000, p. 217-218).

Coadunando com esse pensamento, Novais (2010, p. 570) explica que possuir um direito fundamental de liberdade, em sua dimensão subjetiva, implica ter uma posição forte de garantia de liberdade e autonomia pessoal, a qual acaba por vincular, de modo direto, as entidades públicas. Quando estas atuam como legislador democraticamente legitimado, não detêm a faculdade de dispor livremente da liberdade, fazendo com que sua intervenção se submeta aos requisitos constitucionais estritos.

Se tais ressalvas forem aplicadas, obter-se-á a justiça constitucional em relação à aplicação da liberdade, pois se terá um campo livre para a atuação individual, garantida e protegida pelo Poder Público, que apenas restringirá a autonomia pessoal com a devida fundamentação constitucional.

Contextualizando as diretivas efetuadas pelos pacientes que se encontram num estágio de terminalidade, para que se protejam os aspectos mais íntimos desses seres humanos, é imprescindível que o dever de abstenção seja obedecido. Ora, se, conforme foi relatado, a dignidade visa proteger os direitos fundamentais, se há uma relação de complementaridade entre esse princípio e o direito geral de liberdade, a imposição de tratamentos em âmbito hospitalar contradiz a teoria do livre desenvolvimento da personalidade. Como se verificou, a dignidade é um limite; não deve ser obedecida a vontade autônoma quando a sua expressão viola aquela. No caso da extensão do processo de morte, contra a vontade do enfermo, ocorre exatamente o contrário: viola-se tanto o direito geral negativo de liberdade como o mínimo axiológico intocável do nosso constitucionalismo.

A liberdade analisada no âmbito privado tampouco carece de limites, a exemplo do que se pode verificar no Código Civil espanhol, que, em seu artigo 1255, prevê que cabem aos contratantes estabelecer contratos, cláusulas e condições que melhor lhes convierem, contanto que se respeitem às leis, à moral e à ordem pública, evidenciando o caráter limitado da prerrogativa que tem o fito de evitar interferências na esfera da liberdade privada. O Código Civil italiano também, no artigo 1322, prevê a lei como limite à autonomia, e acrescenta a

necessidade de que os interesses que se pretendam atingir pelos contratos sejam dignos de proteção.

Acerca das limitações que comprovam a supremacia do interesse coletivo diante dos privados, López (2012, p. 307-308) esclarece que as leis às quais se refere o texto espanhol são as leis imperativas, que, por conterem interesses gerais, não podem ser objeto de pactos particulares. Tais leis podem ser formuladas com a imposição ou exclusão de um determinado conteúdo de um ato autônomo; proibição de um ato de um determinado ato de autonomia; exigência de um interesse concreto do particular para que se justifique a utilização de certo ato cuja estrutura seja delineada no ordenamento jurídico; e imposição de formalidades.

O requisito de obediência à moral como limite à autonomia se fundamenta no dever de respeito aos valores internalizados pela coletividade, de modo que a melhor interpretação a ser feita é de “moral” no sentido de “bons costumes”. No tocante ao requisito de obediência à ordem pública, tem-se como objetivo a tutela da estrutura política, jurídica e social, embasando-se na existência de interesses que transcendem a esfera dos particulares, e, por tal razão, não podem ser alvo de disposição. Os limites integrados pela ordem pública são residuais em relação aos demais, e também têm caráter complementar, ao eclodir dúvida sobre o caráter imperativo ou dispositivo de uma determinada lei (LÓPEZ, 2012, p. 308-311).

No diploma cível português, encontra-se o artigo 405 a liberdade de contratar nos limites da lei, mas é interessante se observar, na seção que trata de convenções antinupciais, que ao mesmo tempo em que a permite, inclusive no tocante à escolha do regime de casamento, conforme dispõe o artigo 1698, especifica, no seguinte, os limites de tais pactos: proibição de regulamentação da sucessão hereditária, da alteração dos direitos e deveres paternais e conjugais, alteração de regramento acerca da administração dos bens, estipulação da comunicabilidade de certos bens. Verifica-se, pois, que determinados preceitos foram postos sob o manto da intocabilidade, ainda que seja por força da vontade dos pactuantes.

Com abordagem semelhante à atribuída à liberdade como direito fundamental, ao se tomar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como uma espécie de direito da personalidade, infere-se, por consequência, que tal direito possui limites intrínsecos e extrínsecos.

O desenvolvimento do Estado Social, ao longo do século XX, e o surgimento da Constituição de 1988, com a interferência direta dos princípios constitucionais no âmbito das relações privadas, fizeram o Direito Civil passar a ser voltado à satisfação dos interesses do

indivíduo como verdadeiro ser humano, fazendo com que o exercício da autonomia privada deixasse de ser irrestrito, limitando-se a valores sociais ou respeito a terceiros, afastando, pois, tal conceito da definição de autonomia da vontade, para que a autonomia privada passasse a ter mais objetividade, vinculada aos valores mais relevantes do ordenamento jurídico, respaldada no princípio constitucional da liberdade (ALVES, 2014, p. 200-201).

Em se tratando das limitações intrínsecas, há que se destacar as seguintes: a) extensão do objeto – a personalidade humana do titular como objeto de proteção dessa classe de direitos que visa à proteção tanto de bens da realidade física de cada homem quanto de bens da autonomia e da liberdade, protegendo os bens interiores e o espaço vital exterior; b) limites da estrutura dos poderes e dos deveres jurídicos – impondo deveres universais de abstenção por parte dos sujeitos passivos; c) abuso de direito em sentido estrito – atribuindo ao titular a faculdade de exercer poderes e liberdades dentro da autonomia privada, tendo como requisito o respeito ao fim social e econômico do Direito (SOUSA, 1995, p. 515-522).

Tal perspectiva mostra-se condizente com o conceito de direito ao livre desenvolvimento da personalidade, segundo o qual a sua proteção é voltada para a conservação da individualidade e liberdade do indivíduo. Desse modo, em sendo um direito da personalidade, a autonomia do indivíduo deve ser preservada tanto intrinsecamente quanto na sua dimensão relacional com as outras pessoas; requerendo dos sujeitos passivos, que são também sujeitos ativos dos mesmos direitos, a obrigação de respeitar os limites individuais dos outros, contanto que durante o seu exercício se obedeçam às finalidades do Direito.

Já no que concerne às limitações extrínsecas, há os limites: a) de natureza contratual – instituindo obrigações que são livremente assumidas nos limites da lei, na busca de uma conciliação entre a vida individual e a vida social; b) derivados de relações intersubjetivas de direitos de outras pessoas – fundamentados na necessidade de proteção das demais personalidades da comunidade; c) deveres jurídicos do titular – limitações por deveres que não correspondem a direitos alheios, a exemplo dos deveres deontológicos de certos profissionais; d) a violação da boa-fé dos bons costumes – considerando a boa-fé como princípio normativo, e os bons costumes como aqueles aceitos pela convivência social (SOUSA, 1995, p. 522-530).

Os limites de natureza contratual se coadunam com a busca pela função social dos contratos. As limitações que se fundam na proteção das demais pessoas mostram-se compatíveis com a preocupação do Direito em proteger os que se encontram em situação de

fragilidade. Os limites em relação ao exercício de certas profissões evidencia a necessidade de se analisar em cada caso qual a conduta exigível do profissional, conforme os preceitos éticos da sua classe. E a proteção da boa-fé e dos bons costumes, como se verificou, mostra a preocupação com a manutenção dos preceitos de Ordem Pública, mesmo na esfera privada.

No Código Civil brasileiro, o respeito ao princípio da autonomia da vontade é de tal importância que a sua ausência compromete a eficácia e a validade dos pactos. Engloba a liberdade inerente às partes contratantes de escolher com quem contrata, de fixar o objeto do contrato e de fixar as suas cláusulas, de modo a ser incontestável o fato de que a autonomia da vontade mostra-se como um desdobramento da autonomia privada.

Dessa forma, pode-se afirmar que não são admitidos atos e contratos pelos quais uma pessoa se torna um vassalo da outra, obrigando-se a permanecer sob o domínio da outra, já que a faculdade de contrair obrigações é uma demonstração do direito à liberdade, o qual é inerente de limites derivados da natureza humana e da Ordem Jurídica (CIFUENTES, 1999, p. 79). A proibição de submissão excessiva de uma parte em relação à outra evidencia a preocupação em se manter o tratamento isonômico entre os contratantes, de modo que o acordo seja resultado desse encontro de vontades, eivado de coação.

Nessa acepção, Tartuce (2011, p. 84) defende que “a vontade é o próprio elemento propulsor do domínio do ser humano em relação às demais espécies que vivem sobre a Terra, ponto diferenciador dos fatos humanos (atos jurídicos ou jurídicos) em relação aos fatos naturais”. Ora, partindo-se dessa premissa, pode-se inferir que, se é a vontade que qualifica como humana a ação, conclui-se que negar a externalização dos interesses de alguém é negar-lhe a sua condição de sujeito de direitos.

Conforme se verificou anteriormente, no âmbito da Bioética a liberdade se solidifica por meio do princípio do respeito à autonomia, e que, apesar da sua extrema importância, também possui limites, principalmente quando para a sua obediência se fizer necessário se desconsiderar outro princípio de mesma força.

Nesse sentido, Childress (1990, p. 15-16) expressa que há casos em que deve haver a substituição do axioma ou a infração do princípio do respeito à autonomia: quando concorrer com outros vetores mais fortes; quando a sua infração possivelmente ou necessariamente proteger outro princípio; quando se constatar que se trata do meio menos intrusivo ou restritivo nas circunstâncias, protegendo-se, pois, outros princípios. No entanto, frisa que toda infração deve ser justificada e explicada aos agentes que tiveram sua autonomia respeitada.

Verifica-se grande risco sobre o exercício da autonomia enquanto princípio bioético quando da assinatura dos termos de consentimento livre e esclarecido para fins de sujeição de seres humanos às pesquisas de fármacos e outras terapias. Também não se pode suscitar tal princípio para fundamentar o direito de livre circulação de um indivíduo portador de doença fortemente contagiosa. No primeiro exemplo, o princípio constitucional e ético que diretamente se opõe à prática da autodeterminação é a dignidade; no segundo exemplo, verifica-se a incompatibilidade com o princípio da solidariedade, em uma acepção negativa, no sentido de não causar dano à saúde pública comunitária.

Ir além do princípio do respeito à autonomia não implica abandoná-lo, mas implica superar as suas distorções e, ao incorporá-la a outros princípios, garante-se o desempenho do papel crítico da Bioética (CHILDRESS, 1990, p. 17). Entretanto, é justamente com base nessa criticidade que se faz imprescindível se analisar a casuística, para que não se arrisque a enxergar tantos limites ao exercício do axioma que o faça carecer de efetividade.

Ainda em se considerando o viés bioético, em se tratando de pacientes terminais, há uma necessidade mais pungente de prevalência do princípio do respeito à autonomia, condizente com a liberdade privada, no que tange ao exercício das escolhas na elaboração do testamento vital e das diretivas antecipadas. Como se tratam de opções personalíssimas, em tese, não colidem com as liberdades alheias, cabendo ao titular explicitar até que ponto ele compreende haver vida com dignidade, estabelecendo-se o limite para a consideração da indisponibilidade do seu direito fundamental maior. Sabendo-se que o Direito está imbuído de normas éticas, é incompatível analisar os dilemas da relação médico-paciente apartando-se da Bioética e detendo-se no constitucionalismo puro.

Dessa forma, os direitos fundamentais podem ser afetados, seja para a proteção de outros bens, de outros interesses, seja por impossibilidades fáticas, de modo que implicitamente se pode afirmar que são limitáveis, e que “apesar da sua importância capital, até mesmo o direito fundamental à vida pode ter de ceder, em casos concretos, e independentemente das diferenças de opinião que a propósito suscitam” (NOVAIS, 2012, p. 88).

A importância dos limites é evidenciada por Perlingieri (2008, p. 680-681), ao afirmar que, em se tratando de direitos subjetivos, os limites externos nascem junto ao próprio direito, e constituem seu aspecto qualitativo, de modo que o interesse somente permanece tutelado pelo ordenamento enquanto atender àquelas razões, que também possuem natureza coletiva, e

são garantidas com a técnica das limitações e dos gravames; desse modo, os limites externos ao direito não o modificam, mas contribuem para que se identifique a sua essência e a sua função.

Nesse sentido, o direito à vida deve ser compreendido dentro de uma análise teleológica, buscando-se os propósitos da sua legitimação, mas também se utilizando uma análise sistêmica, enxergando os limites para a sua extensão ou manutenção. O direito à vida, quando analisado sob o prisma da esfera particular de cada um, confronta-se com o mesmo direito dos outros, com interesses comunitários, com outros direitos e princípios, inclusive o axioma da dignidade, que, conforme se expressou previamente, é vetor para delimitar o alcance da liberdade e de suas restrições. Desse modo, mesmo que a necessidade de relativizar o conceito de vida seja de uma minoria, seja premente em pacientes em estágio de terminalidade, há a necessidade de ponderar esse direito abstrato conforme as necessidades concretas de uma população vulnerável.

De forma sintetizada, é possível se encontrar, no artigo 29º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, as limitações ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade:

1. O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade. 2. No exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática. 3. Em caso algum estes direitos e liberdades poderão ser exercidos contrariamente aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

Da exegese desse dispositivo, constata-se uma consonância com o que foi explanado previamente, no capítulo inaugural da presente pesquisa: a concepção de que o homem é individual, mas inserido num âmbito coletivo, o que limita o exercício da liberdade aos deveres comuns; no item nº 2 é ratificado que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é exercido até que se depare com as barreiras legitimadas por força de lei, daí a importância de se identificar quais limites são legítimos e quais poderiam comprometer a eficácia do direito; ainda em relação ao segundo item, há de se acentuar a preocupação em se garantir o exercício do livre desenvolvimento até o ponto em que tal direito não impeça a liberdade alheia, à luz do pensamento democrático; e, por fim, a Declaração expressa o intuito de que a interpretação do dispositivo seja feita de forma sistemática, a fim de garantir a homogeneidade dos princípios e objetivos das Nações Unidas.

Em relação especificamente ao direito geral de liberdade, pode-se dizer que tem variação decrescente no peso do princípio da dignidade humana, aparecendo em um dos extremos desse espectro os casos em que é atribuído o melhor peso possível ao princípio da dignidade; com o decrescimento do peso desse princípio, surgem os casos de liberdade de ação e de liberdade contra intervenção (ALEXY, 2014, p. 370). Esse posicionamento remete à ideia de que o direito geral de liberdade é variável conforme a dignidade, e denota a constatação de que, no equilíbrio desse pêndulo, residem as hipóteses em que a dignidade deixa de ser um limite ao direito geral de liberdade e passa a ser um requisito para a concretização desse direito.

3.2.2 O conteúdo essencial dos direitos fundamentais

Constatou-se que o livre desenvolvimento da personalidade, ao exaltar a liberdade, mostra-se condizente com o axioma bioético da autonomia. Verificou-se também que, no campo ético, esse valor sofre limitações, principalmente no âmbito de incidência da beneficência, de modo que não é de causar surpresa o fato de, no âmbito jurídico, os direitos fundamentais e da personalidade também serem passíveis de limitações, conforme restou demonstrado.

Em se tratando das tomadas de decisões dos pacientes terminais, o grande questionamento que reside no cerne dos conflitos – os quais deixam de ser apenas éticos, e passam a ser jurídicos – é a análise sobre se o exercício do direito de liberdade abarcaria a possibilidade de se restringir direitos fundamentais, como a vida e a saúde. Para elucidar essa questão, imprescindível se mostra a percepção de qual é o conteúdo essencial resguardado por tais direitos presentes no constitucionalismo brasileiro.

Pode-se asseverar que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é delineado analisando-se as seguintes variáveis: o que é protegido pelas normas de direitos fundamentais; como esses bens se relacionam com as suas possíveis restrições; e verificando-se os fundamentos para os bens que se protegem e para os que se restringem (SILVA, V., 2014, p. 183). Essa preocupação busca assegurar esse respeito ao conteúdo, para que não desnaturalizem o direito fundamental, tornando-o impraticável, desprotegido; ou dificultando o seu exercício além do razoável. Compete, então, ao legislador não somente concretizar o

conteúdo normativo desses direitos, garantindo sua aplicação, mas, também, o dever de respeitar esse valor mínimo (LOPES, 2004, p. 7-8).

A teoria em enfoque confessa a limitação dos direitos, ao mesmo tempo em que traça barreiras materiais para que a atuação discricionária não o modifique a tal ponto que perca suas essências e razões para existir. Apesar de, em uma abordagem inicial, verificar-se o seu direcionamento à atividade legislativa, é incontestável a sua aplicabilidade na realização da interpretação do direito e na tomada de decisão judicial diante dos conflitos concretos instaurados.

Dois critérios são propostos pela doutrina para a demarcação desse conteúdo. De acordo com a dimensão objetiva, ele é definido pautando-se no significado que o direito tem para a vida social como um todo. Já de acordo com a dimensão subjetiva, que se centra na função de proteger as condutas e posições jurídicas individuais, esta prevê que é possível que uma restrição ou eliminação da proteção de um direito fundamental em um caso concreto individual possa implicar a violação ao conteúdo essencial dele, sem afetar a sua dimensão objetiva (SILVA, V., 2014, p. 185). Dispõe, então, ser necessário o exame da gravidade da limitação em relação ao indivíduo – sujeito de direito fundamental (LOPES, 2004, p. 7-8).

Mostra-se, pois, que a dimensão subjetiva é consonante com a visão humanística do direito. Ela obedece à lógica da proteção da pessoa, individualmente considerada, devendo, pois, ser a priorizada quando da análise dos casos concretos de limitação à liberdade, ao direito à saúde, e, por vezes, até limitação à vida, em âmbito hospitalar.

Entretanto, verifica-se que essa distinção estabelecida entre dimensão objetiva e subjetiva aplica-se de forma mais direta aos poderes públicos. Quando se trata das relações entre particulares, principalmente entre médico e paciente, faz-sede grande valia a análise das teorias relativa e absoluta acerca da determinação do conteúdo essencial, para que se delimite a esfera de ingerência do profissional nos direitos dos enfermos submetidos aos seus cuidados.

À luz da teoria *relativa*, o conteúdo essencial do direito fundamental é conhecido por meio da análise de cada caso concreto, centrando-se nos valores e interesses em questão, de forma que defende que as exigências do momento são capazes de ampliá-lo ou restringi-lo (LOPES, 2004, p. 8). Nessa acepção, rejeita-se, pois, um conteúdo definido em contornos fixos e definíveis *a priori* para cada direito fundamental (SILVA, V., 2014, p. 186).

Conforme a teoria *absoluta*, o conteúdo de um direito não é modificado por força das circunstâncias. Funda-se em critério fixo e predeterminado, de modo que o âmbito protetivo dos direitos fundamentais deve consistir em barreira intransponível contra o abuso de poder, havendo, pois, um conteúdo mínimo desses direitos, capaz de resistir a todas as situações sociais. A teoria do conteúdo essencial *absoluto dinâmico* pressupõe a existência de uma área intangível, porém mutável do direito a ser protegido; e a teoria *absoluta-estática* defende que essa intransponibilidade abrange valores imutáveis com o tempo (SILVA, V., 2014, p. 187-189).

A importância dessas definições teóricas para a presente pesquisa deve-se ao fato de se buscar esclarecer em que condição se encontra a dignidade humana, se é valor absoluto no sentido material-temporal, ou se é relativo. Em se adotando a concepção relativa, poder-se-ia correr o risco de relativizar demasiadamente o princípio que se encontra no cerne de todo o constitucionalismo pautado em direitos humanos.

Filiando-se à teoria do conteúdo absoluto-estático, poder-se-ia colocar a dignidade na posição intangível, mesmo em meio a outros valores variáveis; mas a teoria do conteúdo absoluto-dinâmico, ao dispor que há direitos não relativizáveis que podem ser mutáveis ao longo do tempo, serviria para defender as diferentes formas necessárias de tutela da dignidade ante a revolução biotecnológica, readequando seu conceito às mudanças científicas e sociais, sem comprometer a sua essência.

Seguindo-se esse raciocínio, tem-se que, na aplicação da proporcionalidade, deve ser tida como sagrada a proteção contra a ingerência alheia, estatal ou particular, nessa esfera mínima do indivíduo, de modo que nenhuma restrição deve ultrapassar essa barreira, principalmente quando os direitos fundamentais que estiverem em questão forem os direitos à vida, à saúde e à liberdade.

Nesse sentido, a dignidade constitui limite absoluto do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, por ser base de todos os direitos, e princípio da sua unidade material. Apesar de os direitos poderem ser restringidos— devido à existência de outros princípios ou valores —, esse limite absoluto ao poder de restrição pauta-se na ideia de que o homem é ser digno e livre, raciocínio este que embasa os direitos, liberdades e garantias (ANDRADE, J., 2012, p. 306). Desse modo, em face das dificuldades de limitação do conteúdo essencial de determinados direitos fundamentais, mostra-se relevante, na qualidade de aspecto limitador, o uso da dignidade humana, protegendo e servindo de suporte para outros direitos

fundamentais, tanto alargando o seu âmbito de proteção quanto limitando as possibilidades de renúncia que afetem seu conteúdo essencial (ADAMY, 2011, p. 154).

Nenhuma renúncia a direito fundamental pode importar limitação demasiada no que diz respeito às possibilidades de desenvolvimento das potencialidades do renunciante. Nesse caso, deixaria de ser considerada como forma de conformação da sua personalidade, passando a configurar uma intromissão na dignidade e na liberdade do indivíduo, de modo que se pode afirmar que a garantia ao livre desenvolvimento apresenta-se também como limitação ao instituto da renúncia (ADAMY, 2011, p. 158). Nessa acepção, a liberdade deve ser compatibilizada com valores inabaláveis, protegendo, quando necessário, o indivíduo inclusive de si mesmo, sem que, no entanto, implique desconsiderá-lo como sujeito de direitos.

Vê-se, pois, que, consonante com a noção de pessoa como fim do Direito, por vezes o ser humano, que é considerado autônomo em vários aspectos, não será tido como apto para consentir acerca de um tratamento médico, devido ao fato de a sua escolha contrariar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais à vida, à saúde e à liberdade. Nesse sentido, para a valoração dos casos concretos, mostra-se de essencial importância o princípio da proporcionalidade, para se verificar quais restrições a direitos serão justificadas.

3.2.3 A proporcionalidade aplicada aos direitos à vida e à liberdade: em prol da solução de dilemas na terminalidade

Assim como a avaliação entre riscos e benefícios é feita pela equipe médica quando seleciona a medida terapêutica que deverá ser implementada no paciente, executando os princípios da não maleficência e da beneficência, considerando quais os benefícios que se pretende alcançar e quais os custos de cada manobra para a integridade psicofísica do enfermo, no âmbito jurídico usa-se da aplicação da proporcionalidade para se verificar qual valor deve ser priorizado, qual deverá sofrer limitação, e se coloca em relevo a importância das razões que justificam cada eleição e cada restrição.

A proporcionalidade, na qualidade de máxima geral de interpretação, serve para fazer a ponderação concreta de bens e para traçar os limites de atuação do legislador, servindo, pois, de elemento decisivo da dogmática dos direitos fundamentais. Trata-se de garantia

efetiva dos direitos fundamentais, na medida em que combate o excesso de restrição a direitos e os configura para que haja o efetivo exercício, resultando numa linha diretiva de ponderação (DUQUE, 2014, p. 390-393).

Por três elementos é composta a proporcionalidade: finalidade, adequação e necessidade. De acordo com o primeiro, toda ação estatal deve perseguir um fim legítimo, centrando-se no interesse público e no bem comum; de acordo com a adequação, deve-se buscar um meio para atingir essa finalidade que seja útil, e que fomente ou promova o alcance do propósito buscado; já a necessidade preceitua a prevalência do resultado que seja menos lesivo aos direitos fundamentais, de modo que o legislador deve optar pelo meio que gerar menor intervenção na esfera protegida pelo particular.

O objetivo de uma intervenção no âmbito de direitos fundamentais, para ser considerado adequado e, conseqüentemente, constitucionalmente legítimo, em geral reside na realização de outro direito fundamental (SILVA, V., 2014, p. 169-173). A partir dessa premissa, pode-se constatar que é possível se priorizar um direito fundamental, se para tanto for preciso sacrificar outro da mesma classe.

Em relação ao tema do livre desenvolvimento da personalidade na terminalidade, a proporcionalidade atua para sopesar o valor da liberdade em face da indisponibilidade da vida, e demanda a análise das diferentes possibilidades de existência conforme o quesito qualidade, assim como evidencia a necessidade de se traçar as formas de exercício da autonomia, para que se verifique a realização de qual direito fundamental será priorizada.

Aplicar a proporcionalidade em sentido estrito significa, essencialmente, indagar sobre a adequação de uma relação estabelecida entre dois termos ou duas grandezas variáveis e comparáveis. Essa aplicação ocorre mais frequentemente como instrumento de controle das medidas de restrição de liberdade, figurando de um lado a importância ou a importância do fim que se objetiva alcançar e a gravidade do sacrifício imposto pela restrição (NOVAIS, 2014, p. 178)

Não há que se esperar que esses elementos destinados ao âmbito público tenham semelhante aplicação na esfera privada, já que, quando se trata de relações entre particulares, ambos são sujeitos dos mesmos direitos universais, fundamentais e da personalidade, de modo que o alargamento da esfera de exercício do direito de uma pessoa implica diretamente a diminuição das faculdades da outra pessoa com quem ela se relaciona.

Dessa forma, a proporcionalidade em âmbito privado torna necessária a aplicação desse princípio em sentido estrito, como parâmetro de concordância dos bens presentes nessa relação. Pode-se afirmar que são as soluções devidamente fundamentadas que se pretende buscar, para que haja a ponderação de princípios e bens jurídicos em colisão, visando à máxima realização desses direitos (DUQUE, 2014, p. 429-430). É em face dessa perspectiva que se deve questionar os direitos de quem devem ser priorizados.

Alerta-se, porém, que, nessa ponderação, apesar de que, fatalmente, a escolha da prevalência do direito de uma pessoa preterirá o da outra, os elementos decisórios não se pautam em destinar privilégios a alguém, mas, sim, residem na valoração dos bens em conflito, de modo que será prevalente o posicionamento daquele que visar proteger bem de maior valor.

Sabendo-se que a liberdade geral de ação, como decorrência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, permite o exercício de liberdades inominadas, não previstas, incompatível seria a cada momento da sua aplicação se verificar se a conduta obedeceria aos critérios de finalidade, adequação e necessidade, já que, diferentemente da atuação estatal, a ação particular geralmente é feita de forma intuitiva, e é no âmbito relacional que há o encontro de liberdades e os eventuais confrontos de direitos.

Em se tratando dos conflitos em final de vida, diante da medicalização da saúde, a proporcionalidade deve ser aplicada para compatibilizar os direitos dos pacientes com os direitos inerentes aos médicos no exercício da sua profissão, usando a adequação dos preceitos jurídicos aos casos concretos, visando evitar desproporção entre o direito escolhido a ser estendido, prevalecido, e as consequências jurídicas desse ato. Delimita-se na casuística a extensão dos direitos de exercício de Medicina, conforme a boa técnica recomenda aos profissionais especializados, confrontando-os com os direitos de integridade que concernem ao enfermo.

Quando o dilema não ocorre por contraposição entre direitos do médico e direitos do paciente, ocorrendo na verdade um conflito entre dois ou mais direitos do enfermo, será contraposta a grandeza de um ante a do outro – na terminalidade geralmente há o confronto entre o direito à vida e o direito à liberdade – para valorar as restrições a cada uma, considerando os seus respectivos conteúdos essenciais. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que a proporcionalidade fundamenta a ponderação de bens, sacrificando, muitas vezes, um, por preferir o benefício a ser trazido pelo alargamento do outro.

Ratificando o exposto, Novais (2014, p. 181) esclarece que na proporcionalidade se aprecia o *desvalor* do sacrifício imposto à liberdade quando comparado ao valor do bem que se pretende atingir, deixando-se de centrar exclusivamente na apreciação do meio, mas frisando-se a qualidade de bom ou, pelo menos, inquestionável do fim visado.

Sob esse prisma, a proporcionalidade deve ser aplicada em conjunto ao princípio da concordância prática, o qual preconiza uma coordenação proporcional entre bens jurídicos, mesmo que sejam de igual hierarquia, avaliando no caso concreto o peso de cada um dos interesses e as suas influências perante outros (DUQUE, 2014, p. 432).

A análise da proporcionalidade em conjunto com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais remete à ideia de que os sacrifícios a direitos impostos pela aplicação do primeiro princípio, seja em âmbito público, seja em âmbito privado, encontra necessariamente como limite máximo e inabalável o respeito à dignidade.

Desse modo, partindo-se do pressuposto de que se um meio impuser uma lesão demasiada a um direito fundamental, mais difícil será sustentar com argumentos a sua predileção, pode-se afirmar que não há embasamento teórico compatível com qualquer desrespeito ao princípio da dignidade, por ele encontrar-se em patamar tão superior. O seu respeito enquanto conteúdo mínimo dos direitos fundamentais é tão grande que deve ser obedecido, inclusive pelo seu próprio titular, de modo que não será considerada válida qualquer renúncia a direito fundamental se isso implicar transgressão dele.

Muito se enfatizou a dignidade ao longo da presente pesquisa; entretanto, há de se atentar para as consequências práticas geradas pela sua consagração no trato do paciente terminal. A questão de cunho prático que se mostra relevante para a dinâmica médica reside em se verificar quais ações estarão condizentes com esses princípios e em quais casos obedecer à liberdade do paciente seria contrariar esse conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

O fim da vida, quando não brusco, quando causado pelo surgimento ou agravamento de uma enfermidade, muitas vezes é agressivo à integridade psicofísica do paciente, principalmente se vier acompanhado de fortes dores e demais desconfortos, de modo que se mostra essencial a destinação de cuidados paliativos a esse sujeito, na tentativa de tornar menos traumática a sua despedida da vida.

Conforme o Ohio Health Hospice (2014, p. 14-16), os cuidados paliativos têm o fito de aliviar o sofrimento e de agregar qualidade tanto à vida quanto ao processo de morte, de

modo que, além de promoverem o alívio dos problemas existentes, destinam-se a prevenir a ocorrência de novos, e a provocar oportunidades para experiências significativas e valiosas, com o objetivo de promover o crescimento pessoal, espiritual e a autorrealização do enfermo.

Esses três aspectos, além de complementares tratamentos modificadores da doença, no caso de impossibilidade de cura, podem chegar a se tornar o foco total do cuidado. Apesar de tradicionalmente a sua aceção remeter à ideia de atenção centrada em pacientes na fase final da vida, atualmente estão disponíveis também para os familiares, e não exclusivamente na terminalidade, mas, também, durante todo o processo de doença ameaçadora à continuidade da vida, bem como no transcurso do luto.

Essa análise dinâmica do processo de adoecimento de doenças progressivas reflete a ideia de que os cuidados paliativos não se resumem à sedação, e que a sua aplicação não necessariamente cessará a consciência do paciente. A sua prática correlaciona-se ao controle da dor e do sofrimento, como forma de preservação da dignidade do enfermo, tanto isoladamente considerado, quanto na sua esfera relacional. Ademais, respeitando-se a autonomia como princípio bioético, é possível se defender que é direito do paciente ter acesso aos cuidados paliativos, inclusive se houver optado por um tratamento em domicílio.

A aplicação da sedação paliativa, na qualidade de manobra que integra os cuidados paliativos, não implica necessariamente a prática da eutanásia, por não visar ao término da vida do indivíduo, mas ao conforto dos sintomas que podem ser presenciados com o agravamento da doença, a exemplo de delírio, agitação, desconforto respiratório e dor.

Em outros termos, pode-se afirmar que essa sedação trata-se do uso controlado de medicamentos com o intuito de aliviar sintomas resistentes, pela indução de graus variados de inconsciência, em pacientes portadores de doenças terminais (CAMPBELL, 2009, p. 280). Dessa forma, como a morte não é critério de sucesso da sedação, esta deve ser implementada somente quando houver insucesso quanto à aplicação de outras terapias direcionadas a cada sintoma apresentado, ou seja, em pacientes sem perspectivas de melhora. Desse modo, é necessário que as manifestações das quais se busca alívio sejam definidas e compreendidas pelos profissionais de saúde como consequências da doença (NOGUEIRA; SAKATA, 2012, p. 586).

Mediante o confronto entre priorização de qualidade de vida versus quantidade, questiona-se se a sedação influencia no prolongamento da existência. Conforme apontam Nogueira e Sakata (2012, p. 590), o fato de um paciente ter sido sedado não implica sua

manutenção nessas condições até a morte, já que se estima que, em uma unidade de cuidados paliativos, 23% dos pacientes que receberam sedação paliativa tiveram alta. Assim, cumpre sublinhar que priorizar a dignidade no fim da vida não implica antecipar a morte, pelo que se denota a necessidade de se usar a proporcionalidade para se estabelecer as diferenciações entre condutas lícitas e ilícitas no fim da vida.

Entretanto, diante da tendência de medicalização dos comportamentos humanos, em especial do processo de morte, os maiores conflitos bioéticos emergem em âmbito hospitalar. É patente a ideia vaga que a maioria dos pacientes tem acerca dos cuidados paliativos, sobre os seus direitos e sobre a abrangência das suas liberdades, de modo que se faz necessário analisar situações hipotéticas para que melhor se compreendam os conceitos correlatos ao morrer com dignidade, e também para que se analise qual tipo de conduta deve ser priorizada pela equipe de saúde nas situações críticas constantes no âmbito da terminalidade.

Quanto à possibilidade de o médico ser passível de responsabilização por um ato de autonomia existencial que cause dano ao seu disponente, há que se analisar o caso concreto, para se verificar se a autonomia privada é a melhor forma de garantir o livre desenvolvimento da personalidade, ou se se estará comprometendo a dignidade. Nessa acepção, pode-se afirmar que

se o ato dispositivo é digno de tutela jurídica, por estar pautado em nos valores que garantem o livre desenvolvimento da pessoa humana, mesmo que acarrete limitação ao exercício da situação ou até autolesão, o declarante estará no âmbito do exercício da situação. Dessa forma, trata-se de causa de eliminação do ilícito civil (MEIRELES, 2009, p. 268).

Nesse contexto, tomando-se como premissa a ideia de que a proporcionalidade tem sua concretização nos casos práticos, perquirir-se-á, com base em casos clínicos, qual conduta deve ser adotada pelo médico responsável pelo trato de saúde, fundamentando-se em qual valor deve ser priorizado ao deparar-se com os conflitos costumeiros na realidade de quem lida com pacientes terminais, obedecendo como limite ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

a) Eutanásia ativa direta

Caso clínico: Paciente portador de síndrome do encarceramento, condição irreversível, com escaras, com quadro não indicativo de neurocirurgia, e com tetraplegia. Apresenta como comorbidades úlceras de compressão e atrofia muscular intensa.

Como o paciente está restrito ao leito e não consegue se comunicar, exceto com os movimentos dos olhos, a dedução do médico acerca do sofrimento ocorre com um parâmetro visual e dedutivo, de modo que, com base em suas suposições, movido por um sentimento de piedade, visando diminuir o suposto sofrimento, injeta no paciente substância que paralisa o coração ou aparelho respiratório.

Ponderando-se a conduta profissional, vê-se que, de um lado, a ação do profissional se pautava em uma noção do médico acerca do que seria preservar a dignidade do seu paciente. Entretanto, apesar de suas razões *a priori* serem humanitárias, não têm respaldo legal. Houve uma ingerência excessiva da liberdade do médico na liberdade do paciente, maculando-se de forma gritante a integridade deste. A gravidade do sacrifício ao direito à vida e à liberdade exercida por delegação – quando não se tem capacidade para consentir – não justificaria a conduta.

Seguindo-se esse pensamento, podem-se citar como objeções à prática da eutanásia: a inviolabilidade da vida; as possibilidades de excesso, caso houvesse a legalização da prática; a morte poder ser encarada como opção terapêutica; erros de diagnóstico; eventual descobrimento futuro da cura; possível perda de confiança no médico; e dificuldade de provar os requisitos da vontade e da racionalidade (FARIAS, 2007, p. 110-117).

b) Eutanásia ativa indireta

Caso clínico: Paciente idoso, portador de Doença de Alzheimer grave, sofreu múltiplos acidentes vasculares cerebrais, diabético, hipertenso; evoluiu com agitação psicomotora, delírio e agressividade.

Neste caso, a opção pela sedação paliativa pode requerer altas doses, visando ao controle dos sintomas psíquicos da doença. Assim, esta medida pode vir a resultar em morte,

ainda que esse não seja o resultado esperado, em consequência do fato de a alta dosagem de sedativo poder vir a se tornar tóxica ao sistema nervoso central (tronco-cerebral).

Verifica-se um meio-termo, pois se busca a dignidade do paciente, proporcionando-lhe conforto, ao mesmo tempo em que se tem noção do quão arriscada é a manobra. Como a vida que figura no mais alto patamar dos direitos fundamentais é aquela caracterizada por ter qualidade de ser experienciada nas suas mais diversas formas, justifica-se a restrição do bem à vida, pois a dignidade é razão imperativa, e núcleo desse direito transgredido. A possibilidade de antecipação da morte é um custo justificável pelo benefício que se busca.

c) Suicídio assistido

Caso clínico: Paciente portador de câncer de próstata em estágio terminal, com substanciais dores ósseas, devido às múltiplas metástases; não responde aos analgésicos potentes, está em progressiva desnutrição, e, apesar de ter acompanhamento psicológico não alcança uma melhoria de condições emocionais, relatando sofrimento diário.

O médico instala um sistema na veia do paciente, por meio do qual, ao se acionar um gatilho, ser-lhe-á injetada uma substância letal. Neste caso, porém, o médico não injeta diretamente a substância; o acionamento do dispositivo dependerá da ação autônoma do paciente.

Utilizando-se da ponderação, neste caso pode-se afirmar que o exercício, em tese, libertário do paciente não estará respaldado pelo ordenamento jurídico vigente, por violar a dignidade, conteúdo essencial inclusive do direito fundamental à liberdade. O excesso do direito ao livre desenvolvimento da personalidade acabaria por atacar o mínimo existencial e intocável, por isso não pode ser justificável.

d) Ortotanásia e distanásia

Caso clínico: Paciente portador de esclerose lateral amiotrófica em estágio avançado é refratário a todos os analgésicos fracos e potentes (derivados da morfina), e emitiu diretiva antecipada contrapondo-se a qualquer manobra que prolongasse o seu processo de morte, especificando que não gostaria de ser reanimado, caso sofresse uma parada cardíaca. Também determinou que não gostaria de ser hidratado ou alimentado artificialmente.

Nesta hipótese, o médico não mais requisitará exames de imagem, não mais investigará as causas da doença, mas terá como função empregar neste paciente a sedação paliativa, que irá lhe prover conforto e subtrair a sua consciência dessa situação agonizante. A ação do médico não terá como objetivo prolongar ou encurtar a vida, apenas deixar que ela siga o seu curso natural, utilizando-se da biotecnologia e dos seus conhecimentos especializados exclusivamente para prestar conforto ao paciente.

Essa conduta mostra-se proporcional porque a restrição à liberdade do paciente expressa em diretiva repercutiria no custo à sua dignidade, gravidade de restrição que não justificaria ser optada em prol da manutenção de uma vida sem qualidade, de uma vida que já adentrou em seu processo de morte.

O contrário, obviamente, ocorrerá, se houver desrespeito à vontade do paciente. Neste caso, haveria a distanásia, tomando-se como imperativa a manutenção da vida, independentemente da sua qualidade, sujeitando-se o paciente ao sacrifício da sua dignidade e liberdade, configurando, pois, medida desproporcional.

e) Eutanásia passiva

Caso clínico: Paciente internado há um ano na UTI, desnutrido, em suporte ventilatório, dependente de nutrição parenteral, e com ausência de perspectiva terapêutica.

Constatada essa complicação clínica, o médico, movido por um sentimento de piedade, devido à vida vegetativa enfrentada por seu paciente, resolve desligar progressivamente todo o suporte imprescindível para a manutenção vital.

Neste caso, não se trata de ortotanásia porque o médico não deixou o processo de morte seguir o seu curso normal, nem priorizou os cuidados paliativos. Houve a antecipação da morte, fim buscado pelo profissional, advindo de conduta omissiva. Ponderando-se a conduta do profissional de saúde, verifica-se que ele exerceu uma liberdade, em relação ao paciente, que não lhe cabia; maculou a dignidade, ao desrespeitar o enfermo como ser humano autônomo. Como se deixou claro neste estudo, nas hipóteses em que faltar ao enfermo a competência para discernir sobre seu futuro clínico, caberá ao decisor substituto averiguar a medida que mais resguarde o valor mínimo dos direitos fundamentais.

Ora, se em análise ao direito geral de liberdade pode-se afirmar que, nesse direito fundamental, figuram tanto a dignidade quanto a liberdade, e sabendo-se que uma não pode ser pensada sem a outra (RUZYK, 2011, p. 302), independentemente do dilema ético em que se encontre o profissional de saúde, deve-se ao máximo buscar compatibilizar essas duas grandezas inerentes aos seus pacientes.

Em síntese, pode-se afirmar que, quando o enfermo adentra em determinada condição de fragilidade do seu quadro clínico, não seria justa a continuidade no investimento de tratamentos incapazes de curá-lo, pois essa ação seria desproporcional ao bem que seria sacrificado. Mas quando há possibilidade de cura, quando ele opta por prorrogar as suas manobras terapêuticas, esse posicionamento também deverá ser respeitado, com base na sua liberdade, e, conseqüentemente, na sua dignidade.

3.3 O DIREITO DE MORRER COM DIGNIDADE COM BASE NA AUTONOMIA: ANÁLISE SOB O PRISMA DA PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE

A liberdade já foi exaltada neste trabalho, quando se tratou da evolução dos direitos humanos. Viu-se que o constitucionalismo foi permeado pelos ideais humanitários e que houve a conseqüente adequação da normativa privada a partir da compreensão de que o Direito deve ser centrado na proteção do ser humano. Constatou-se que essa liberdade vestiu-se de uma dimensão individualizada e passível de especificação a depender do contexto em que será concretizada. Analisou-se que nenhum direito, por mais fundamental que seja, pode ser considerado totalmente absoluto, e que todos os direitos são capazes de limitação, a depender dos valores ou demais direitos com os quais se confrontem.

Resta analisar se a doutrina do direito ao livre desenvolvimento da personalidade se aplica ao paciente que adentra em um estágio de terminalidade terapêutica, e se serve de meio para que se busque resguardá-lo em toda a sua integridade, psicofísica e moral, analisando, por fim, se o seu exercício libertário engloba a possibilidade de se posicionar sobre a manutenção ou não dos meios extraordinários de suporte vital.

Considerando-se que “questões como o exercício das liberdades num mundo variável e diversas opções culturais (...) apresentam graus de intensidade diversa, conforme as correlações das forças sociais nos contextos nacionais, sendo admitidas parcialmente, negadas ou controladas” (ALARCÓN, 2012, p. 50), faz-se necessário compreender criticamente se o fato de um sujeito de direitos estar acometido de uma enfermidade é argumento válido para negar-lhe o exercício da sua liberdade, e se devido aos fatores psicológicos que são suscitados quando o mesmo percebe a incurabilidade da doença podem justificar o controle desse exercício, a ponto de negar-lhe a possibilidade de optar sobre o seu processo de morte.

“O conceito de vida deve considerar a integridade das células. E, sobretudo, como integridade das células permite que ele se relacione com seu meio, qualificando sua vida” (OLIVEIRA, OSELKA, 2008, p. 87). Seguindo esse raciocínio, pode-se afirmar que a integridade está diretamente ligada aos qualitativos da vida, de modo que a proteção da integridade física implica a proteção da vida material. Entretanto, como se verificou no início do capítulo, a vida, na concepção psíquica e moral, pode alcançar valor muito superior, quando se trata de tutela do ser humano.

A partir da solidificação das culturas, no sentido dos modos de viver, houve a percepção comunitária de que a agressão física era uma conduta indesejada, verdade esta que foi sedimentada por séculos, fazendo com que o homem se conscientizasse de que a lesão corporal é proibida, independentemente de esta norma ter sido imposta pelo costume, pelo princípio ou pela escrita (PLAGIARINI, 2012, p. 31).

Dessa mesma forma houve uma evolução da percepção moral da integridade física até que passasse a constar de modo expresso nos ordenamentos jurídicos. De maneira menos veloz, houve a sedimentação moral e legal da integridade psíquica, e a adoção de uma visão global do ser humano, para além das partes do seu corpo, até se chegar à valorização suprema de um conceito repleto de subjetividade, a dignidade.

Há uma relação intrínseca entre a dignidade e a liberdade, já que o ser humano só consegue manter-se intacto se conseguir expressar seus desígnios. Ora, se a restrição do seu

poder autônomo em relação à locomoção já agride a natureza humana, muito mais grave se torna, capaz de comprometer até a sua própria autoestima, sua honra subjetiva, o desrespeito à sua liberdade de pensamento, especialmente no que concerne às decisões que o atingem diretamente.

Supor que todo paciente portador de doença incurável e progressiva necessariamente está depressivo e incapaz de decidir por si só é uma afronta à universalidade dos direitos fundamentais e da personalidade. Na verdade, há de se ponderar que a possibilidade de tachá-lo como incapaz poderá agravar a sua má percepção sobre si, sua honra subjetiva, e aumentar o seu sofrimento.

Partindo-se do pressuposto de que “temos de tratar a construção da nossa vida como um desafio que podemos enfrentar bem ou mal” (DWORKIN, 2014, p. 22), há de se frisar que desafio muito maior é o da construção do processo de morte, já que, como é permeado por despedidas e tentativas de desapegos para diminuir o martírio, e geralmente é presenciado por sintomas das enfermidades e efeitos colaterais dos tratamentos que são administrados no doente, de modo que para seja bem enfrentado esse desafio final, é imprescindível que haja o respeito pela autenticidade ética dessa pessoa que está se despedindo da vida.

Um paciente, quando se submete aos cuidados hospitalares, e especialmente quando se interna em uma Unidade de Cuidados Intensivos, já tem sua liberdade de locomoção mitigada, seja devido à própria doença, seja devido ao aparato tecnológico que é acoplado ao seu corpo, seja pelo senso de responsabilidade da equipe de saúde que teme ser responsabilizada por negligência ou omissão de socorro e estimula a sua permanência no hospital. É justamente nesse momento crucial que se torna injustificável negar-lhe o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

“Cada um é fruto daquilo que está além de si” (TIBURI, 2014, p. 94), e é a partir dessa percepção que se pode encarar o poder de influência dos fatores externos e de outras pessoas na existência individual de cada um. Se acaso fosse possível e comum a manutenção de uma vida em total isolamento em relação aos outros, se acaso não existissem obstáculos naturais e sociológicos capazes de aprisionar, não se teria razão para proclamar a necessidade da liberdade, pois esta já existiria normalmente.

Indissolúvel ao direito ao livre desenvolvimento da pessoa encontra-se o direito à saúde, o qual pode possuir várias facetas, dependendo da sua importância e da sua configuração, a exemplo do direito à assistência sanitária, à salubridade do meio ambiente, à

integridade física ou mental, importando, na verdade, na proteção do valor unitário da pessoa (PERLINGIERI, 2008, p. 775). Focar-se em qual é o sujeito dos direitos elencados no corpo constitucional, e quem, portanto, figura no centro dos ordenamentos jurídicos, é de suma importância, para que não se perca a noção dos propósitos das normas estabelecidas.

Quando há a violação dos direitos humanos, surgem as vítimas, pessoas humanas que sofrem qualquer tipo de diminuição ou até de negação de seu ser humano, de seu ser ético; que se encontra em uma situação na qual lhe é tolhida a possibilidade de produção e reprodução de sua vida material, de sua corporeidade, de sua identidade cultural e social, de sua participação política e de sua expressão como pessoa, inviabilizando a sua vivência de seu ser sujeito de direitos (CARBONARI, 2007, p. 170). Se a saúde é pré-requisito para a existência, quando se violam os direitos que resguardam o bem-estar humano, impreterivelmente, compromete-se o maior dos direitos fundamentais.

A saúde é um valor unitário inseparável da pessoa, que, apesar de ser prevista individualmente no âmbito constitucional, deve ser considerada em conjunto com o princípio geral de reconhecimento e garantia dos direitos do homem, excluindo-se qualquer taxatividade ou tipicidade deles (PERLINGIERI, 2008, p. 775).

Ser saudável, pois, não significa estar eximido de qualquer enfermidade física. Desse modo, em uma perspectiva mais ampla, atual e eficaz, pode-se afirmar ser possível se priorizar a preservação da saúde mental em detrimento da saúde física; é defensável que nos casos em que a melhoria da integridade física não seja possível, deva-se tutelar o valor abstrato e mais importante do ser humano, a sua dignidade. Apesar de ausência de previsão específica que norteie qual tipo de saúde deve ser priorizada, o que deve ser considerado critério de decisão deve ser o bem-estar do sujeito de direitos.

Se em relação à prestação pública de serviços de saúde corre-se o risco de o paciente ter sua integridade física comprometida pela falta de acesso às prestações mínimas de tratamento e cuidado, no serviço privado corre-se o risco de sua integridade psíquica ser comprometida devido à obstinação terapêutica desproporcional. De qualquer modo, desrespeitar a saúde em um contexto amplo implica negar ao paciente a sua condição de sujeito de direitos, e enquadrá-lo como vítima.

É imprescindível, para a realização dos direitos humanos, um contexto no qual o ser humano seja considerado superior ao lucro (ALARCÓN, 2012, p. 64), gerando o desafio ético da realidade capitalista, que possui dentre os ramos empresariais o hospitalar, e que

fatidicamente tem uma renda proporcional ao tempo de internamento de um paciente em uma das suas unidades de cuidados intensivos. Há a necessidade de adequação e tutela do Direito, de modo a garantir que a livre iniciativa dos hospitais não se sobreponha à liberdade individual do paciente.

Caso haja a omissão por parte do médico na administração do anestésico, ou se o aplicar em quantidade insuficiente, contrariando o requerimento do enfermo, tal comportamento substancia lesão corporal por omissão, já que este profissional deixou de evitar sofrimentos desnecessários ao doente (ROXIN, 2008, p. 193). Essa aceção é condizente com o argumento que preconiza o eterno dever de cuidado da equipe de saúde, mesmo quando a cura não é alcançável; evidencia a predileção da autonomia do enfermo, em detrimento do paternalismo médico, e da visão do hospital como uma autoridade à qual se deve obediência, à qual o paciente tacitamente se subordina a partir da sua internação.

Como se verificou neste estudo, quando se tratou de diretivas antecipadas de vontade, quando o posicionamento não é tomado, quando há a possibilidade de o próprio paciente se expressar, deve ser mantido o seu direito de liberdade, a ser exercido por meio de representação, por meio do decisor substituto, um terceiro, em geral um familiar, que possa constatar se a existência restante ao paciente é realmente aquela que é tida como indisponível pelo Direito.

Conforme assevera Novais (2012, p. 93), partindo-se do pressuposto de que todo direito fundamental obedece à reserva legal de ponderação, as regras específicas dos deveres decorrentes desses direitos se condicionam ao controle judicial; nessa perspectiva, é dever do Estado a promoção do acesso aos bens jusfundamentais, mas que, para tanto, há a reserva do possível e do financeiramente possível, e acentua que o controle judicial é mais intenso quando a desobediência de dever do Estado ocorre pela prática de ato; sendo, portanto, de menor intensidade, quando há a omissão no tocante ao dever de promover o direito.

Nesse sentido, é necessário se reconhecer à pessoa a possibilidade de autopromover o desenvolvimento da sua personalidade por meio da regulação dos seus interesses existenciais, partindo-se do pressuposto de que a função imediata das situações existenciais é promover o livre desenvolvimento da personalidade do seu titular, não tendo apenas um condão de dever negativo (MEIRELES, 2009, p. 60).

Diante dessa realidade, faz-se necessário atentar para a necessidade de atuação estatal, tanto positiva quanto negativa, seja na promoção do consentimento informado nos hospitais e

clínicas; seja no estímulo à antecipação dos posicionamentos acerca da terminalidade; seja na omissão, abstando-se de impor a opinião majoritária das pessoas saudáveis, em detrimento da liberdade dos que efetivamente sentem dor e se recusam a serem submetidos ao prolongamento desta. Não é permitido que o Direito desvie o olhar para as necessidades dos pacientes terminais, pois isso implicaria excluir da busca pela justiça social uma importante classe de pessoas em situação de vulnerabilidade fática.

A imposição que cabe ao Estado é no tocante ao respeito ao direito à vida dos demais, mas no que diz respeito à própria vida, apenas pode incentivar e promover o seu valor e o seu respeito. O Estado pode e deve respeitar e principalmente fazer respeitar o direito à vida, mas não o pode impor (PRICE, 2012, p. 37). Esta última imposição é proibida, pois o ato sairia da esfera pública, atingiria a esfera privada sem autorização plausível, desrespeitaria a liberdade geral de ação do paciente terminal.

É nesse sentido que se pode afirmar que:

(...) o direito de viver, que, por ser direito potestativo, é renunciável apenas pelo seu titular. E se não fosse renunciável, não seria direito, mas dever de viver. E enquanto dever de viver geraria consequências jurídicas distintas das que hoje são conhecidas, começando pela punição da tentativa de suicídio, passando pela proibição dos esportes radicais e atividades de risco em geral e culminando na mecanização da vida para além da vida, o que importaria tratamentos desumanos e degradantes ao doente. (RIBEIRO, 2006a)

Tamanha ingerência na autonomia privada refutaria toda a construção teórica acerca do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e desconsideraria a concepção de Estado Democrático de Direito, pois negaria ao sujeito de direitos o poder de escolher os seus desígnios justamente em um momento crucial da sua existência, seu fim. É indelegável atestar sobre a suportabilidade ou não de um tratamento, e quando o paciente não se pode expressar, é razoável que um decisor substituto que tenha intimidade suficiente com ele possa julgar a continuidade das manobras clínicas, sendo impensável que haja um dever de viver, a todo custo.

O interesse geral do Estado em relação ao bem-estar de seus cidadãos não é razão suficiente para que se mantenha a vida de alguém que esteja em situação em que o seu bem-estar seria morrer com dignidade (DWORKIN, 2006, p. 221). Considerando-se que os dois princípios fundamentais da política são: tratar igualmente os governados e respeitar as responsabilidades éticas de seus cidadãos (DWORKIN, 2014, p. 23), qualquer imposição de um ônus demasiado à sua existência fere diretamente os dois axiomas, pois tanto discrimina

injustamente as pessoas doentes, restringindo a liberdade aos saudáveis, quanto impõe uma única verdade ética para pessoas diferentes, com convicções e realidades físicas e psicológicas distintas.

“O tempo que vivemos é o tempo da construção de opções – para não sucumbir à ideia de que há uma só opção (...). Ora, se já não há certezas (absolutas), resta ao menos a certeza de que a incerteza é exatamente a abertura para várias possibilidades.” (CARBONARI, 2007, p. 185). Nessa acepção, não se pode tomar como verdade absoluta que toda vida deve ser resguardada, e que todo tipo de vida deve figurar no rol da indisponibilidade, unicamente pelo fato de ser considerada direito fundamental; há de se frisar que só se pode dispor do que se é proprietário. Se se acreditar que não mais existe vida, nem sequer de disponibilidade se estará tratando.

Não se pode classificar como suicídio a rejeição a tratamento que mantenha a pessoa viva a um custo que possa parecer muito grande a ela e aos outros, a exemplo de uma amputação severa ou uma grande cirurgia, de modo que é um erro se considerar que um testamento relativo à vida implique cometer um suicídio hipotético (DWORKIN, 2006, p. 224). Tampouco o desligamento de um aparelho respiratório não é prática caracterizadora da eutanásia ativa, punível na qualidade de homicídio, já que há, no caso, uma suspensão do tratamento por uma omissão de atividades ulteriores, sendo, pois, impunível se condizente com a vontade do enfermo (ROXIN, 2008, p. 205). Se diferente fosse a percepção, defender-se-ia que, uma vez adotadas as medidas de suporte vital, caso o paciente no início do tratamento suportasse o sofrimento mas com o prosseguimento do tempo e a piora da doença progressiva clamasse por abstenção ao mesmo, estaria proibido de fazê-lo.

Quando há interrupção ou omissão do tratamento, de forma contrária à vontade do doente, acarretando ou adiantando a morte, há um homicídio por omissão, se o omitente estiver em uma posição de garantidor, que é o que ocorre no caso de médicos. (ROXIN, 2008, p. 207). No caso da ortotanásia, não há conduta ilícita; há justamente o respeito pela vontade autônoma do paciente. Trata-se do reconhecimento de que o paciente terminal é sujeito de direitos, assim como o são as pessoas saudáveis, e que a sua consciência não lhe pode ser renegada.

Há de se frisar que essa prática não se confunde com eutanásia passiva, pois nesta haveria a possibilidade de cura. A ortotanásia trata exclusivamente de pacientes com doença progressiva e incurável e, diferentemente da eutanásia, não suscita o problema da disponibilidade de direitos fundamentais e da limitação ao exercício das liberdades para a

proteção do ser humano contra si próprio; na ortotanásia se protege a liberdade para que haja a proteção da pessoa em todas as dimensões éticas e psicológicas.

As medidas que intervêm nos sintomas angustiantes, desconfortáveis ou dolorosos, nas hipóteses em que não há cura possível para a doença de base, além de propiciarem um alívio, melhoram a qualidade de vida do paciente até que chegue a sua morte e contribuem para a elaboração do luto dos familiares. Deste modo, existe limite para a cura e para o tratamento, mas não para os cuidados (BURLÁ; PY, 2006, p. 125-126). Em outros termos, pode-se afirmar que a proteção da dignidade não se exaure quando do diagnóstico da terminalidade terapêutica; pelo contrário, deve despertar do Direito uma maior atenção para que seja o mais agradável possível, ou pelo menos, o menos doloroso possível, o transcurso do tempo que resta ao paciente, respeitando e estimulando o pronunciamento daquele que está mais diretamente implicado, o próprio enfermo. Entretanto, a realidade mostra que,

apesar da constante presença da morte no cotidiano hospitalar, há um conluio em torno do silêncio, repercutindo na solidão do paciente em seu processo de morrer, solidão da equipe de saúde em relação a seus próprios medos e angústias, isolamento da família e resta comprometido o processo de ritualização da morte, impossibilitando as despedidas, de suma importância para um processo não complicado de luto (ESSLINGER, 2006, p. 156).

Considerando-se que a comunicação é imprescindível para a manifestação da liberdade, há de se romper a barreira do silêncio, para que se supere o mito da onipotência científica, para que haja uma relação de franqueza entre paciente e equipe de saúde, uma relação horizontal, sem subordinação, sem manifestação de autoridade, visto que há uma incompatibilidade entre o direito libertário da personalidade e a imposição de condutas clínicas.

É nesse sentido que Jorge Miranda e Rui Medeiros (2010, p. 612) expressam que, no tocante ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, pode-se afirmar que a liberdade geral de ação engloba realidades tão amplas e distintas que podem ser objeto de liberdades específicas e previstas de modo autônomo no texto constitucional, como a escolha dos meios de tratamento médico.

Verificou-se que um dos atributos inerentes ao livre desenvolvimento da personalidade é o da identidade, que prevê o respeito à individualidade das pessoas, para que se entendam os diferentes posicionamentos em relação a um só tema de escolha, denotando uma intrínseca relação entre autonomia e autenticidade. Esse raciocínio é importante particularmente na realidade dos enfermos que adentram na terminalidade, pois preconiza que uma ação que

pode ser benéfica para uma determinada pessoa não necessariamente será para outra, pois há distinções de consciências, valores éticos, de experiências sensoriais no tocante à dor, entre outros fatores.

Entretanto, Dworkin (2014, p. 324-325) contesta a equiparação entre os conceitos, afirmando que a autenticidade exige que as decisões sobre a sua vida sejam feitas pela própria pessoa, sendo prejudicada quando alguém é obrigado a aceitar o juízo de outrem no tocante aos valores ou objetivos que devem evidenciar a sua vida; e entende que a autonomia se limita à exigência de que determinada gama de escolhas possa ocorrer devido aos somatórios das circunstâncias, naturais ou políticas. Em síntese, defende que a autonomia existe quando há opções para escolher, mesmo quando o governo manipula certa cultura de uma comunidade, repudiando determinados modos de viver; e que a autenticidade diz respeito não somente ao fato de haver obstáculos à escolha, mas também ao caráter desses obstáculos.

Essa distinção é estéril do ponto de vista prático, pois restringe a autonomia; apartada individualidade inerente às escolhas autônomas; e contraria a liberdade geral de ação, preceituada justamente para ampliar a esfera de decisão dos sujeitos de direito. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade reveste essa autonomia de um caráter geral, mas ponderando que as escolhas são personalíssimas, sempre que possível, sempre que o sujeito seja capaz de se expressar ou tenha decidido em momento prévio ao estado de incapacidade.

É óbvio que só há autenticidade de decisão se for livre de coação, se for esclarecida. No caso dos doentes, será válida se tiver havido o consentimento esclarecido com base nas informações prestadas pela equipe de saúde, mas é inaceitável dizer que a autonomia se manifesta mesmo quando o Estado restringe algumas opções possíveis. Como se analisou previamente, qualquer limitação estatal deve ser pautada não na autoridade, mas na preservação de valores mais essenciais, cabendo a ponderação no caso concreto.

Coadunando-se com esse posicionamento, pode-se afirmar que liberdade geral de ação demonstra a resistência à penalização dos comportamentos e lega o ônus de fundamentar a coerção ao poder legislativo, eximindo as pessoas do dever de justificar suas liberdades (MIRANDA, J.; MEDEIROS, 2010, p. 612); em outros termos, o paciente é tido como sujeito livre, até que se prove ou que se fundamente qualquer impedimento de manifestação, para que se garanta a sua integridade, por via do respeito à autonomia.

Conforme pontua Pessini (2006, p. 26-27), o cuidado adequado aos que estão em processo de morte, em um contexto clínico, procura respeitar a integridade do doente como pessoa, garantindo que o paciente

a) Será mantido livre da dor tanto quanto possível, de forma que o momento final seja marcado pela dignidade; b) receberá cuidados continuados e não será abandonado ou perderá a sua identidade pessoal; c) terá tanto controle quanto possível em relação a decisões relacionadas com seu tratamento, e permissão de recusar as intervenções terapêuticas que prolongam somente o processo de morrer; d) será ouvido como pessoa nos seus medos, pensamentos, sentimentos, valores e esperanças; e) terá a opção de morrer onde desejar.

Verifica-se compatibilidade entre os ideais bioéticos expressados por Pessini e o suporte teórico em que se pauta o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, já que quando se propõe o manejo da dor se protege a integridade do paciente; quando se preserva a sua identidade leva-se em consideração a individualidade das pessoas; preconiza-se a ação autônoma na medida do possível; preocupa-se com a dignidade e possibilita-se a ortotanásia, o auge da expressão da liberdade do paciente terminal.

Nessa perspectiva, cumpre ponderar que “não há um direito fundamental à imortalidade. O que há é um direito fundamental à dignidade humana, que compreende a autonomia, a autodeterminação, e que não diferencia vida e morte, mas compreende a morte como um elo natural e inerente ao ciclo da nossa existência” (RIBEIRO, 2006a, s/p).

A vida não deve ser uma incumbência penosa, que deve ser submetida a toda degradação causada pela revolução biotecnológica, a qual se instaurou com o pretexto de melhorar a existência humana, mas que cobra um ônus muito grande quando não consegue êxito: o aumento do sofrimento do paciente terminal. O homem pode tornar-seo maior predador de si ou dos seus semelhantes, ao esquivar-se de julgar os avanços da biotecnologia segundo os preceitos dos direitos humanos.

Diante disso, com base em Heidegger, Sloterdijk (2000, p. 27) afirma que

é certo que o homem não guarda o ser como o doente guarda o leito, mas antes como um pastor guarda seu rebanho na clareira, com a importante diferença de que aqui, em vez de rebanho de animais, é o mundo que deve ser serenamente percebido como circunstância aberta – e, mais ainda, que essa guarda não constitui uma tarefa de vigilância livremente escolhida no interesse próprio, mas que é o próprio ser que emprega os homens como guardiães.

Desta forma, partindo-se do pressuposto de que na acepção humanitária é considerada vítima aquela pessoa que possui dignidade, mas que tem a realização dos seus direitos negada;

que é um agente ativo, mas que padece passivamente de violação (CARBONARI, 2007, p. 170), pode-se afirmar que a negatória dos direitos de liberdade ao paciente terminal aumentaria a sua vulnerabilidade fática, e o enquadraria como vítima, porque acabaria por macular a sua dignidade, ao desrespeitar o seu todo, a sua integridade física, psíquica, moral.

Apesar das teses que refutam o direito à liberdade geral de ação, em uma análise teleológica claramente se enxerga a sua eficácia social, a qual consiste em permitir a ação autônoma mesmo quando não haja especificação expressa sobre determinada liberdade. O que deve ser explicitado, obrigatoriamente, é a norma de limitação, a justificativa para a restrição, e não o inverso. Desse modo, pode-se afirmar que o ser humano que adentra na terminalidade não passa a ser, automaticamente, considerado como incapaz de decidir sobre si mesmo, já que permanece com a qualificação de sujeito de direitos, principalmente humanos, fundamentais e da personalidade, de modo que o fim da vida não lhe nega o gozo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, inclusive no tocante ao seu uso como subsídio para as diretivas sobre o seu processo de morte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim como uma rosa começa o seu processo de morte após ser colhida, a etapa inicial do falecimento costuma iniciar com o acometimento de uma doença incurável e progressiva, quando a morte não é provocada ou acidental. Esse fatídico evento que tanto se tenta evitar, ou pelo menos adiar, por meio de aparatos e de medicamentos provenientes da revolução biotecnológica, carrega o fardo da inevitabilidade, realidade esta que contraria a percepção de onisciência que vários representantes da classe científica ostentam de si. Tal prepotência embasa os argumentos de autoridade e a relação vertical entre médicos e pacientes, cuja desconstrução tanto se busca, por contrariar diretamente os preceitos basilares dos direitos humanos, sejam positivados internacionalmente, sejam pátrios.

A necessidade de se reconhecer quem são os sujeitos de cada um dos direitos implica diretamente o alcance das suas eficácias sociais, de modo que se verificou a necessidade de se compreender o maior objetivo que as Ciências Jurídicas devem almejar: a proteção dos seres humanos, e que, para que a Justiça, que as simboliza, seja alcançada, faz-se necessária a inclusão dos pacientes terminais no rol de pessoas autônomas.

Obedecendo a essa perspectiva de proteção, verificou-se ser de grande importância os direitos da personalidade, por tratarem da conservação de elemento essencial para a manutenção da vida na acepção mais exaltada, a personalidade; viu-se que cada uma das espécies dessa classe de direitos destina-se à regulação da proteção da pessoa nas relações privadas, mas que também abarca um dever negativo de abstenção de ingerência estatal, justificando-se a atuação do Estado apenas como um garantidor da persecução dos ideais personalíssimos; e também se atestou que, como os direitos da personalidade compartilham o mesmo núcleo axiológico dos direitos fundamentais, contribuem para o alcance da eficácia social da dignidade na esfera privada.

Por meio da análise dos direitos da personalidade se constatou a necessidade de aplicação dos mesmos para a proteção do ser humano inserido em âmbito hospitalar, sob cuidados da equipe de saúde, e se compreendeu que, como os pacientes que adentram na terminalidade ainda possuem resquício de vida, não deixaram de ser titulares de tais direitos, podendo estes direitos ser suscitados para que sejam protegidas principalmente as integridades psicofísica e moral dos enfermos.

Quando se trata de paciente internado, especialmente quando a internação ocorre em uma unidade de cuidados intensivos, um dos direitos fundamentais que mais comumente torna-se passível de violação é a liberdade. Considerando-se a individualidade característica dos seres humanos, há de se frisar que o exercício dos atos de independência deve ser guiado por suas respectivas vontades, pautadas no reconhecimento da autonomia das pessoas. É sob esse prisma que se constatou que a universalidade inerente aos direitos fundamentais deve ser respeitada, de modo que abranja em seu rol de sujeitos os enfermos, para que os atos autônomos destes sejam priorizados, em detrimento da política interna do hospital, da ética particular dos profissionais de saúde, e do posicionamento dos seus familiares, podendo ser considerados atos indelegáveis, sempre que o quadro clínico do paciente possibilitar a comunicação.

Ratificando os ideais libertários, evidenciando a tendência de constitucionalização do Direito Civil, foi trazida ao debate a teoria que preconiza a existência de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, positivado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, também nos ordenamentos português e alemão, e implícito no ordenamento jurídico brasileiro.

Sabendo-se que a liberdade individual é pressuposto para o alcance da dignidade, e que a autonomia privada é decorrente dessa liberdade preconizada na Constituição, concluiu-se que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade ratifica a necessidade de se buscar a homogeneidade do ordenamento jurídico, posto não ser apenas plenamente compatível com o direito fundamental, mas complementar dele; por também reconhecer o ser humano como pessoa e como sujeito autônomo, e conseqüentemente, como sujeito de direitos.

Viu-se que, assim como o direito fundamental de liberdade, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade destina a sua proteção à individualidade, liberdade, personalidade e ao direito à diferença, sendo sua aplicação variável conforme o seu sujeito e de acordo com o ambiente em que está inserido, tornando-se, pois, uma noção aberta que proporciona uma tutela global da personalidade.

Com base em um dos desmembramentos do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, constatou-se que o direito geral da personalidade não precisa ser percebido como contraposição direta à classificação clássica dos direitos da personalidade, que é possível se considerar o rol de espécies de direitos da personalidade como não taxativo,

defendendo-se que pode haver a sua extensão à medida que a dinâmica social demande novos direitos, utilizando-se a dignidade como cláusula geral de inclusão de novas liberdades.

A liberdade geral de ação, outra dimensão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, propõe um conceito mais amplo de liberdade, para além da dimensão física. Contém uma norma permissiva que possibilita o agir no limite das restrições legais, contendo uma carga positiva e negativa, conforme foi explicado nesta pesquisa.

Da análise conjunta das duas interfaces do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, pode-se asseverar que a extensão da sobrevida de modo artificial, por meio dos aparatos proporcionados pela revolução biotecnológica, ensejou um novo direito de liberdade, o de legitimar o paciente terminal a expressar a sua vontade; e que, como a liberdade geral de ação abarca a possibilidade de recusar a imposição de conduta, serve de argumento válido para se pautar o repúdio aos atos de obstinação terapêutica.

Esse posicionamento pauta-se em algumas das premissas que foram comprovadas na pesquisa:

- a relação jurídica entre médico e paciente é regida por direito civil, por ser relação personalíssima;
- a falta ou perda da capacidade jurídica não implica a inexistência de capacidade para consentir, já que esta última deve-se às competências intelectuais de compreensão acerca de enfermidades e tratamentos médicos, e varia de acordo com o nível de abstração da informação e o nível de dificuldade da decisão;
- o fato de haver uma assimetria de informação entre doente e profissional não desnatura o caráter civilista da relação, apenas evidencia a necessidade de se estimular o consentimento informado, como forma legítima de exercício autonomia, pautando-se nos princípios bioéticos;
- o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é compatível com os princípios bioéticos, tanto pelo fato de o axioma da autonomia correlacionar-se com o ideal de liberdade quanto devido ao respeito à individualidade das pessoas mostrar condizente com o dever de beneficência dos médicos, que devem buscar o melhor procedimento individual, quando o paciente não tiver capacidade para consentir;

- deve haver o estímulo ao desenvolvimento das diretivas antecipadas de vontade, como forma de exercer a autonomia preventiva, antes que o quadro clínico se agrave a ponto de impossibilitá-la;
- os testamentos vitais são válidos e compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, contanto que obedçam aos requisitos de validade dos negócios jurídicos;
- os conflitos bioéticos e jurídicos apresentados pela terminalidade não são de fácil solução, e não comportam generalização, devendo-se respeitar os limites constitucionais e aplicando-se a proporcionalidade para compatibilizar o confronto entre grandezas, e para constatar se a gravidade ou restrição da aplicação de dado direito seria justificável diante de razões imperativas;
- apesar da importância de se garantir o exercício de liberdade dos pacientes terminais, suas vontades encontrarão como barreira intransponível o conteúdo essencial dos direitos fundamentais;
- há o direito de não ter o seu processo de morte prolongado artificialmente, com base na autonomia – enquanto princípio bioético–, na liberdade– enquanto princípio fundamental–, na dignidade –enquanto princípio fundamental e mínimo existencial intocável–, à luz do livre desenvolvimento da personalidade e da sua liberdade geral de ação.

Desta forma, o reconhecimento da existência de liberdades inominadas, não positivadas, justifica-se pelos valores que protegem, e decorrem da necessidade de evitar que aos pacientes terminais seja negada a universalidade de acesso aos direitos fundamentais e da personalidade. Ao se proteger a vontade do paciente, protege-se a sua integridade psicofísica e moral subjetiva, conseqüentemente tutela-se a sua dignidade, e garante-se um fim de vida menos traumático e mais compatível com o constitucionalismo construído na base dos direitos humanos. Pode-se reafirmar, portanto, que a teoria do livre desenvolvimento da personalidade apresenta-se como mais um fundamento em prol da defesa da vontade dos pacientes terminais.

REFERÊNCIAS

ACKER, Leonardo Van. Tridimensionalidade do homem. In:CAVALCANTI FILHO, Teófilo (Org.). **Estudos em homenagem a Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

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

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência** (em contraposição à antologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2009.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **Jornadas de Direito Civil I, II, III e IV: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2012.
Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>> . Acesso em 19 abr. 2015.

_____. **III Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2005.

Disponível em:

<http://daleth.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf> .

Acesso em: 05 mai. 2015.

_____. **IV Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007.

Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2016>> . Acesso em: 05 mai. 2015.

ALARCÓN, Pietro de JesúsLora. Constituição e direito *intergentium*: a ductilidade *pro homine* e o possível *iuscommune* para os desafios jurídicos contemporâneos. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. (Coords.). **Direito constitucional e internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**.

São Paulo: Ed. Método, 2004.

ALEXANDRINO, José de Melo. **A indivisibilidade dos direitos do homem à luz da dogmática constitucional**. VIII Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Constitucional. México, 2010. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/793-1198.pdf>> . Acesso em: 21 ago. 2014.

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

_____. _____. 2014.

ÁLVAREZ, Clara Isabel Cordero. **La protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen en el tráfico privado internacional**. 2012. Tesis doctoral - Universidad Complutense de Madrid - Facultad de Derecho, Madrid, 2012.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A autonomia privada no direito de família. In: BRAGA NETO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (Orgs.). **Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. **Revista Derecho del Estado**, Universidad Externado de Colombia, n.º 30, enero-junio de 2013, pp. 93-124.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso de direito. In.: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **III Jornada de Direito Civil**. Brasília : Conselho da Justiça Federal, 2005.

_____. A terminalidade da vida. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Ludwing (Orgs.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Direito Civil: Teoria Geral**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios da Ética Biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BELTRÃO, Silvio Romero. A fenomenologia do consentimento informado na relação médico-paciente: estudo baseado na teoria geral do direito civil. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 3. N. 7. 2014a. Disponível em:

<http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/07/2014_07_04751_04816.pdf> . Acesso em: 07 jun. 2015.

_____. **Direitos da personalidade**: de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. _____. São Paulo: Atlas, 2014b.

_____. Direito da personalidade e o consentimento informado do paciente. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direitos do paciente** (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2012.

BERNAL, Gilberto A. Gamboa. **El ser humano y su dimensión bioética**. Chía: Universidad de La Sabana, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOFF, Leonardo. **Ética da vida**: a nova centralidade. Rio de Janeiro: Record, 2009.

BONAMIGO, Elcio Luiz. **Manual de bioética: teoria e prática**. São Paulo: All Print Editora, 2012.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002.

_____. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 24 ago. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>> Acesso em: 18 ago. 2014.

_____. **Decretonº 6.949 de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 16 fev. 2015.

_____. **Lei nº 5.250**, de 9 de fevereiro de 1967 . Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm > . Acesso em: 16 fev. 2015.

_____. **Lei nº 7.649**, de 25 de janeiro de 1988. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7649.htm> . Acesso em: 16 fev. 2015.

_____. **Lei nº 8.069 de 1990**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 16 fev. 2015.

_____. **Lei nº 8.501**, de 30 de novembro de 1992 . Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8501.htm> .Acesso em: 16 fev. 2015.

_____. **Lei nº 9.434**, de 04 de janeiro de 1997. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm> . Acesso em: 16 fev. 2015.

_____. **Lei nº 10.205**, de 21 de março de 2001. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10205.htm> .Acesso em: 16 fev. 2015.

_____. **Lei nº 10.211**, de 23 de março de 2001. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10211.htm> . Acesso em: 16 fev. 2015.

_____. **Lei n. 10.741 de 2003**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10741.htm> . Acesso em: 18 fev. 2015.

_____. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm#art42> . Acesso em: 16 fev. 2015.

_____. **Lei nº 11.340 de 2006**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 16 fev. 2015.

_____. **Lei nº 13.146 de 2015**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial.n. 521697/RJ. Ministro César Asfora Rocha. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 16 de fevereiro de 2006.

BRUSTOLINIÉ, Leomar Antônio .Pensar o Humano entre a biofilia e a biofobia.
_____(Org.). **Bioética: Cuidar da vida e do meio ambiente**. São Paulo: Paulus, 2010.

BURLÁ, Claudia; PY, Ligia. Humanizando o final da vida em pacientes idosos: manejo clínico e terminalidade. In: PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana. (Orgs.) **Humanização e cuidados paliativos**. São Paulo: Loyola, 2006.

CABRAL, Bruna; LEITE, Cinthya. O que você faria? Arrecifes. **Jornal do Comércio**. Recife, 09 set. 2012.

CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. La construcción de la persona, el tiempo, y la materia del Derecho Privado: El Derecho Privado en la complejidad personal, temporal y material. **Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social**. Universidad Nacional de Rosário, Vol. 25, 2001, pp. 37-48. Disponível em: <<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/issue/view/72/showToc>> Acesso em: 13 ago. 2014.

CAMPBELL, Margaret L. **Nurse to nurse: cuidados paliativos em enfermagem**. São Paulo : ArtMed, 2009.

CARBONARI, Paulo C. Sujeito de direitos humanos: questões abertas e em construção. In: SILVEIRA, Rosa M. et.al. **Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metolológicos**. João Pessoa: Universitária, 2007.

CATÃO, Marconi do Ó. **Transplante de Órgãos Humanos e Direitos de Personalidade**.São Paulo: WVC editora, 2004.

CECCHETO, Sergio. **Curar o cuidar: bioética enelconfín de la vida humana**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

CEZAR, Denise Oliveira. **Pesquisa com medicamentos: aspectos bioéticos**.São Paulo: Saraiva, 2012.

CHILDRESS, James F. The place of autonomy in bioethics. **The Hastings Center Report**. Vol. 20. N. 1. Jan/Fev, 1990.

CIFUENTES, Santos. **Elementos de derecho civil**. Parte general. 4. Ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Código de Ética Médica. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 05 mai. 2015.

_____. **Resolução nº. 001, de 1988**. Brasília. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/comissao/conep/resolucao.html>>. Acesso em: 02 set. 2014.

_____. **Resolução n. 1995 de 2012**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf> . Acesso em: 05 mai. 2015.

_____. **Resolução nº. 466, de 2012**. Brasília. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2014.

CÓRTEZ, Édgar. El daño patrimonial derivado de las lesiones a la integridad psicofísica: notas sobre la jurisprudencia de la C.I.D.H.. **Revista Universidad Externado de Colombia**. N. 12-13. Colômbia, 2007.

COSTA, Carlos Celso Orcesi. **Código Civil na visão do advogado**. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COTARELO, Rubén Ortega. Las comunidades primarias y el libre desarrollo de la personalidad. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho [Publicaciones periódicas]. Valencia. Núm. 25, 2002.

COUTINHO, Arnaldo Pineschi de Azeredo. **Ética na medicina**. Petrópolis: Vozes, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: O direito romano e o direito civil brasileiro**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Trad. Afonso César Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DANTAS, Eduardo. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014.

DIAS, Eduardo Rocha. Situações jurídicas existenciais e jusfundamentalidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson; LÔBO, Paulo. **Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos do Jordão, n. 6, p. 71-99, Jun. 2005.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

DRANE, James F. O suicídio: algumas reflexões bioéticas. In: PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana; BARCHIFONTAINE, Christian de P. de. (Orgs.) **Bioética, cuidado e humanização**. Vol. I. Bioética: das origens à contemporaneidade. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

DRAY, Guilherme Machado. **Direitos da personalidade: anotações ao código civil e ao código do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2006.

DUQUE, Marceelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Domínio da vida:** aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **O direito da liberdade:** a leitura moral da Constituição Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ENDO, Paulo. Morte morrida, morte matada: o direito à própria dor. In: KÓVACS, Maria Júlia; ESSLINGER, Ingrid (Orgs.). **Dilemas éticos.** São Paulo: Loyola, 2008.

ESSLINGER, Ingrid. O paciente, a equipe de saúde e o cuidador: de quem é a vida, afinal? Um estudo acerca do morrer com dignidade. In: PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana. (Orgs.) **Humanização e cuidados paliativos.** São Paulo: Loyola, 2006.

ESPANHA. Código Civil. Disponível em: <[http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_espanhol_\(em_espanhol\).pdf](http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_espanhol_(em_espanhol).pdf)>. Acesso em: 16 out. 2014.

FACHIN, Luiz Edson. A “Reconstitucionalização” do Direito Civil Brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (Coords.). **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FARIAS, Gisela. **Muerte voluntaria.** Sedación. Suicidio assistido. Eutanasia. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2007.

FIUZA, César. Direitos da personalidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7340>. Acesso em: 01 set 2014.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRANÇA. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> . Acesso em> 05 mai. 2015.

GARAY, Oscar Ernesto. **Código de Ética de Los Médicos: Comentario Ético, Bioético e Jurídico**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

GOMES, Orlando. **Memória justificativa do anteprojeto de reforma do Código Civil**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1963.

GÓMEZ., Juana María Jaramillo. Autonomía. Relación médico-paciente. Consentimiento. Comprensión. In: BERNAL Gilberto A. Gamboa (Editor académico). **Bioética en la práctica: casos comentados**. Chía: Universidad de La Sabana, 2013.

GÓMEZ, Rocío Serrano. **Derecho civil personas**. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. Vol. 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUILLÉN, Maria Candelária Dominguéz. Sobre los Derechos de la Personalidad. **Dikaion: Revista de actualidad jurídica**. Universidad de La Sabana. Año 17, n. 12, 2003. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipoDeBusqueda=ANUALIDAD&revistaDeBusqueda=7885&claveDeBusqueda=2003>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. Liberdade e direito privado. In. NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Função do direito privado no atual momento histórico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GUSMÃO, Ivanilde Morais de. **Dignidade na morte: direito do ser social idoso – de apagar as luzes do seu entardecer**. Olinda: Livro Rápido, 2009.

HIRSCHHEIMER, Mário Roberto; CONSTANTINO, Clóvis Francisco; OSELKA, Gabriel Wolf. Consentimento no atendimento pediátrico. **Revista Paulista de Pediatria**. V. 28, n. 2, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpp/v28n2/v28n2a01>>. Acesso em: 26 jan. 2015.

HOEPPNER, Marcos Garcia (Org.). **Minidicionário Jurídico**. São Paulo: Ícone, 2008.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ITÁLIA. **II Codice Civile Italiano**. Disponível em: <[http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_italiano_\(em_italiano\).pdf](http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_italiano_(em_italiano).pdf)> . Acesso em: 16 out. 2014.

JACOB, M. Sánchez. El menor maduro. **Boletín de pediatria**. Vol. 45. N. 193. Sociedad de Pediatría de Asturias, Cantabria y Castilla y León. 2005.

JESUS, Damásio. **Estudos de Direito Penal**. v. 2. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

JOAS, Hans. **A sacralidade da pessoa**: nova genealogia dos direitos humanos. São Paulo: Unesp, 2012.

KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito**. Coleção Fundamentos do Direito. São Paulo: Ícone, 2013.

LEITE, Glauber Salomão. A autonomia da vontade no direito de família: o problema da regulamentação da união estável. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Função do direito privado no atual momento histórico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LEPARGNEUR, Hubert. Bioética e conceito de pessoa: esclarecimentos. In: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Orgs.). **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Paulus, 1996.

LIPPMANN, Ernesto. **Testamento vital**: o direito à dignidade. São Paulo: Matrix, 2013.

LISBOA, Roberto Senise. **Direito Civil de A a Z**. Barueri: Manole, 2008.

LÔBO, Paulo. Contratante vulnerável e autonomia privada. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3749, 6 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25358>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

_____. Danos morais e direitos da personalidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4445>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

_____. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Metodologia do direito civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson; LÔBO, Paulo. **Direito civil constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito, 2014.

LOCH, Jussara de Azambuja; CLOTET, Joaquim; KIPPER, Délio José. Autonomia na infância e na juventude. In: CONSTATINO, Clóvis Francisco; BARROS, João Coriola Rego; HIRSCHHEIMER, Mário Roberto (Eds). **Cuidando de crianças e adolescentes sob o olha da ética e bioética**. São Paulo: Atheneu, 2009.

LOCKE, John. **Prazer, dor, as paixões**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**. N 164. out/dez. Brasília, 2004.

LOPES, Giovana F. Peludo; SILVA, Denis Franco. O conceito de pessoa: em busca da abstração legal. In.: FIUZA, César Augusto de Castro; SILVA, Rafael Peteffi da; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio. **Direito Civil: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI**. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=370666e2a8735a18>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

LÓPEZ, Ángel M. López y. **Fundamentos de derecho civil: doctrinas generales y bases constitucionales**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.

LÓPEZ-MORATALLA, Natalia. El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano. **Persona y bioética**. Vol. 14. N. 5, Colômbia, 2010.

LOSH, Richard. Summary of Federal Patient Self-Determination Act. **Colorado Bar Association**. Disponível em:

<<http://www.cobar.org/index.cfm/ID/1816/subID/6625/CLPE/Summary-of-Federal-Patient-Self-Determination-Act-by-Richard-Losh/>>. Acesso em: 29 jan. 2015.

MARCELINO, Rosana Guida Krastins. Os princípios de direito privado e liberdade. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Função do direito privado no atual momento histórico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARCHI, Eduardo C. Silveira; RODRIGUES, Dárcio R. M.; MORAES, Bernardo B. Queiroz de. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**: estudo comparativo e tradução de suas fontes romanas. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTIN, Leonard M. A ética e a humanização hospitalar. In: PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana. (Orgs.) **Humanização e cuidados paliativos**. São Paulo: Loyola, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. **Privacidade na comunicação eletrônica**, Brasília, v. 30, n. 1, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19652001000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 ago. 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para um aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Ludwing (Orgs.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAUKSCH, H. O contexto organizacional do morrer. N: KLUBER-ROSS, E. **Morte**: estágio final da evolução. Rio de Janeiro: Record, 1975.

MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Orgs.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Curso de direito civil: parte geral**. 2. e.d. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2013.

MENEZES, Renata Oliveira Almeida. **Ortotanásia: o direito à morte digna**. Curitiba: Juruá, 2015.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Carta dos direitos dos usuários da saúde**. 3. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2011.

MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. N. 10. Ano 2. Lisboa, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. _____. Tomo VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: _____ (Orgs.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa anotada. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de; KONDER, Carlos Nelson. **Dilemas de direito civil-constitucional: casos e decisões**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido. In: COSTA, Sérgio Ibiapiana Ferreira *et al.* (coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: parte geral**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NASIO, Juan-David. **A dor física: uma teoria psicanalítica da dor corporal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Apontamentos sobre o direito de testar. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (Coords.). **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011.

NOGUEIRA, Fabíola Leite; SAKATA, Rioko Kimiko. Sedação paliativa do paciente terminal. **Rev. Bras. Anestesiologia**, Campinas, v. 62, n. 4, p. 586-592, Agosto, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-70942012000400012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 jul; 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado democrático de direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

OHIO HEALTH HOSPICE. **Vamos falar de cuidados paliativos**. Columbus, Ohio, USA, 2014.

OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de; OSELKA, Gabriel. Terminalidade da vida: doença incurável e morte encefálica. In: KÓVACS, Maria Júlia; ESSLINGER, Ingrid (Orgs.). **Dilemas éticos**. São Paulo: Loyola, 2008.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. Publicado no Diário da Justiça, Seção I, do dia 01.03.95, pp. 4.000/4004. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaooab/codigodeetica.pdf>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos: adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em 05 mai. 2015.

OVERHAGE, Paul. Hominización; In: RAHNER, Karl; OVERHAGE, Paul. **El problema de la hominización**: sobre el origen biológico del hombre. Madrid: Ediciones Cristiandad, 1973.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica do direito constitucional internacional dos direitos humanos. In: _____; DIMOULIS, Dimitri. (Coords.). **Direito constitucional e internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PEDROSO, José Luiz; FÉLIX, Evandro Penteadó V.; FERRAZ, Maria Elisabeth M. R. Coma. In.: BERTOLUCCI, Paulo H. F., et. al. (Coords.). **Guia de neurologia**. Barueri: Manole, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PESSINI, Leo. **Eutanásia**: por que abreviar a vida? São Paulo: Loyola, 2004.

_____. Humanização da dor e do sofrimento humanos na área da saúde. In: PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana. (Orgs.) **Humanização e cuidados paliativos**. São Paulo: Loyola, 2006.

PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana. Introdução. In: _____ (Orgs.) **Humanização e cuidados paliativos**. São Paulo: Loyola, 2006.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**, 4ª Ed. atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In. MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo (Orgs.). **Direitos**

fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Portugal-Brasil – ano 2000. **Stvdia Ivrídica**, n. 40. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

PORTUGAL. **Código Civil Português.** Disponível em: <<http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

PRICE, Jorge Merchán. **Ética médica, abusos y atropellos.** Bogotá: Ediciones de la U, 2012.

PORTUGAL. **Lei n.º 25**, de 16 de julho de 2012. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/legislacao/portugal/>>. Acesso em: 27 jun. 2015.

RAHNER, Karl. La hominización en cuanto cuestion teológica. In: RAHNER, Karl; OVERHAGE, Paul. **El problema de la hominización: sobre el origen biológico del hombre.** Madrid: Ediciones Cristiandad, 1973.

RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. De la propiedad del individuo a la propiedad de la persona. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (Coords.). **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REALE, Miguel. **Discurso do Prof. Miguel Reale em solenidade de sanção do projeto de lei que institui o novo Código Civil Brasileiro.** [S.l.], 2002a. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 11 jul. 2014.

_____. **Lições preliminares de direito.** São Paulo: Saraiva, 2002b.

RIBEIRO, Diaulas. A eterna busca da imortalidade humana: a terminalidade da vida e a autonomia. **Observatório da justiça.** Edição n. 13. 13 dez. 2006. Disponível em: <<http://www.sinajur.org/artigo13a.php>>. Acesso em: 27 jan. 2015.

_____. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Família e dignidade humana.** São Paulo: IOB Thompson, 2006.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Trad. Osório de Oliveira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

RIVADENEIRA, Rodolfo Arango. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Colombia: Legis, 2012.

ROCHA, Júlio Cesar de Sá da. **Direito da saúde**: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: Atlas, 2011.

RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 19, jul/set. 2004.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no Código Civil. In. TEPEDINO, Gustavo (Org.). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROSEVALD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades. In. BRAGA NETO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (Orgs.). **Direito privado e contemporaneidade**: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUSSO, Eduardo Ángel. **Derechos Humanos y Garantías**: el derecho al mañana. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diego Luna. Sujeitos de direitos e tecnologias da vida: as dimensões da personalidade e os desafios do direito moderno. In. BRAGA NETO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (Orgs.). **Direito privado e contemporaneidade**: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte Digna**: o direito do paciente terminal. Curitiba: Juruá, 2010.

SALAS, Francisco Millán; ORTEGA, Juan Carlos Peralta. El derecho de autodeterminación informativa como derecho de la personalidad o derecho fundamental. **Cuadernos de Estudios Empresariales**. n. 5, Servicios de Publicaciones UCM, Madrid, 1995. pp. 203-222.

SANCHES, Mário Antonio. **Bioética: ciência e transcendência**. São Paulo: Loyola, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética: aspectos médicos-sociais**. Vol. II. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. **Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica**. Vol. I. São Paulo: Loyola, 2009.

SILVA, Josimário. A importância da Bioética na formação médica. In: SILVA, Josimário; BONAMIGO, Elcio Luiz (Orgs.). **Bioética: pontos de mutação de uma sociedade em mudanças**. São Paulo: All Print Editora, 2013a.

_____. Diretivas antecipadas da vontade. In: SILVA, Josimário; BONAMIGO, Elcio Luiz (Orgs.). **Bioética: pontos de mutação de uma sociedade em mudanças**. São Paulo: All Print Editora, 2013b.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no Direito Contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SLOTERDIJK, Peter. **Regras para o parque humano: uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo**. São Paulo: Estação Liberdade: 2000.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

STEPKE, Fernando Lolas. **Muito além do corpo: a construção narrativa da saúde**. São Paulo: Loyola, 2006.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Lei de introdução e parte geral. v. 1. São Paulo: Método, 2014.

_____. _____.: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. v. 3. 6. ed. São Paulo: Método, 2011.

THIBAU, Vinícius Lott. O direito privado e a constitucionalidade democrática. In. BRAGA NETO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (Orgs.). **Direito privado e contemporaneidade**: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

TIBURI, Marcia. **Filosofia prática**: ética, vida cotidiana, vida virtual. Rio de Janeiro: Record, 2014.

TURNER, Bryan S. **Corpo e sociedade**. São Paulo: Ideias & letras, 2014.

UNESCO. **Declaração de Bioética e Direitos Humanos**. 19 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/undh.htm>> . Acesso em: 26 jun. 2015.

_____. **Programa de base de estudos sobre bioética**. Programa temático: programa de educação em ética. Escritório Regional de Ciências da UNESCO para América Latina e Caribe. Montevideú, 2015.

UNITED STATES OF AMERICA. **Federal Patient Self-determination Act**: Final regulations. Disponível em: <<http://www.cobar.org/docs/psda.pdf?ID=1816>> . Acesso em; 26 jan. 2015.

VIDELA, Mirta. **Los derechos humanos en la bioética**: nacer, vivir, enfermar y morir. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.