

Os pacientes terminais e o princípio da dignidade da pessoa humana

Sergio Rodrigo MARTINEZ*
Skarleth ZALUSKI BELO**

RESUMO: O presente estudo versa sobre as dimensões jurídicas referentes à autonomia do paciente terminal, na defesa de sua dignidade. A análise recai especialmente sobre os limites de aplicabilidade dos direitos da personalidade, uma vez que, verifica-se a possibilidade de sua relativização em situações de indignidade, vivenciadas por pacientes terminais. De fato, o direito privado precisa ser interpretado sob a luz constitucional, dentro de sua hermenêutica, tendo como diretriz o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Essa temática é desenvolvida por meio de pesquisa teórica em leis, princípios, doutrinas e revisão bibliográfica sobre o tema. Em conclusão, o estudo demonstrou ser possível a defesa do direito à morte digna no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da modificação hermenêutica do princípio da proteção absoluta à vida, pela visão aberta do princípio da Dignidade, alcançando as leis que limitam as prerrogativas do indivíduo em combater situações de indignidade na terminalidade da vida.

PALAVRAS-CHAVE: Paciente terminal; dignidade da pessoa humana; direitos da personalidade.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Direitos humanos, fundamentais e da personalidade; 2. O princípio da dignidade humana e os direitos da personalidade dos pacientes terminais; 3. Considerações finais; 4. Referências.

ENGLISH TITLE: Terminal Patients and the Principle of Human Dignity

ABSTRACT: The present study describes the dimensions of terminal patients' autonomy, in defense of their dignity. The analysis is specifically about the limits of applicability of personal rights, since the possibility of its modification in situations of indignity, experienced by terminal patients. In fact, nowadays the private need to adjust your focus to the constitution, inside a hermeneutic activity, taking a guideline to the principle of Human Dignity. The methodology developed through a theoretical research on laws, principles, doctrines and literature review on the topic. In conclusion, the study demonstrated it is possible to defend the right to dignified death in the Brazilian legal system, through the modify the hermeneutic of principle of absolute protection to life, to the open view of the principle of dignity, reaching laws that limit the prerogatives of the individual in combat indignity situations in the end-of life.

* Professor e Pesquisador do Mestrado em Direito e Cidadania, da Universidade Comunitária de Chapecó (UNOCHAPECO); Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR.

** Advogada. Bacharel em Ciências Sociais e Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Pós-Graduada em Planejamento Municipal e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná.

KEYWORDS: Terminal patient; human dignity; personal rights.

SUMMARY: Introduction; 1. Human, fundamental and personality rights; 2. The principle of human dignity and personality rights of terminal patients; 3. Final thoughts; 4. References.

Introdução

O presente artigo entrelaçado à Bioética e ao Biodireito utiliza-se do princípio da dignidade como ferramenta mestra, para contribuir na resolução de conflitos jurídicos advindos dos constantes avanços na área médica relacionados à terminalidade da vida.

Ultrapassado o mito da neutralidade da ciência, atualmente são necessárias abordagens pluralistas e transdisciplinares sobre a rapidez dos avanços científicos e tecnológicos e os dilemas morais que causam, ao se tratar de pacientes terminais.

Partindo do pressuposto de que a sociedade está em constante transformação, mostra-se conveniente harmonizar as necessidades sociais com a integridade dos sistemas jurídicos. Confronta-se assim a concepção cultural da manutenção da vida a qualquer custo e a posição adotada pelo direito brasileiro em relação à terminalidade da vida, tomando-se como referência os direitos da personalidade, da autonomia privada e das liberdades individuais.

Em uma interpretação unilateral da lei, o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 garante a inviolabilidade do direito à vida, entretanto, em uma leitura harmonizada ao princípio da dignidade e aos direitos da personalidade, percebe-se que tal direito deixa de ser absoluto, uma vez que, é possível interpretá-lo de maneira que o direito à vida, não resulte em um dever. Especialmente, na situação em análise, seria indigno imputar uma obrigação de viver ao indivíduo que esteja em estágio terminal de vida, e que escolha abrir mão desse direito.

Nesse sentido, os direitos e prerrogativas individuais podem ser utilizados para não se admitir que o indivíduo em fase terminal seja obrigado a passar por tratamentos dolorosos e ineficazes, assim como, seja forçado a passar seus últimos dias em hospitais, sendo isto consequência da garantia constitucional de sua liberdade, autonomia jurídica, inviolabilidade de sua intimidade, e, de maneira especial, convergem para a aplicação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana como um harmonizador do sistema jurídico.

Assim o presente estudo busca o deslinde dos limites de aplicabilidade dos direitos da personalidade, nas situações fáticas enfrentadas pelo paciente terminal, a despeito de sua relativização em face da violação do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

O objetivo passa a ser demonstrar como os direitos da personalidade devem ser aplicados dentro do sistema jurídico, quando o prognóstico de terminalidade é declarado pelo médico e não mais reste dignidade ao paciente para seguir no tratamento.

O presente estudo utiliza, em regra, o método dedutivo, pois pressupõe a busca do conhecimento pelo levantamento de leis, doutrinas e princípios gerais do direito, para se desvelar como os direitos da personalidade podem ser aplicados aos indivíduos que estejam em fase terminal de vida.

Para tanto, após o levantamento bibliográfico, assim como a coleta de informações jurídicas a respeito dos pacientes terminais, a análise e interpretação dos dados foram realizadas à luz da obra “Domínio da vida” de Ronald Dworkin, que traz a polêmica discussão sobre os limites da vida e as liberdades individuais, passando pelo direito constitucional, filosofia moral e pensamento político-social, de maneira a estabelecer ilações sobre o problema de pesquisa apresentado.

O primeiro capítulo perfaz ao longo da história a linha evolutiva dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, atinentes à compreensão das influências auferidas pelos direitos da personalidade no direito brasileiro, com o fim, de constatar quão antigas são as prerrogativas de direitos inerentes à condição humana.

No segundo capítulo, cumpre demonstrar como o princípio da dignidade humana deve ser utilizado por via da hermenêutica, para relativizar as limitações à autonomia do indivíduo postas no ordenamento jurídico pelos direitos da personalidade.

1. Direitos humanos, fundamentais e da personalidade

A ideia de que os seres humanos têm direitos e liberdades fundamentais que constituem prerrogativas inerentes à condição humana existe há muito tempo. Segundo Celso de Albuquerque Mello¹, as origens dos Direitos Humanos constituem ponto de divergência entre os juristas, nas quais subsistem diversas correntes teóricas que possuem diferenciados entendimentos sobre os Direitos Humanos. Esses conceitos é que determinam qual será a origem defendida pelas posições teóricas, das quais destacam-se a jusnaturalista, positivista e histórica.

De acordo com a fundamentação jusnaturalista, desde a antiguidade clássica, os filósofos passaram a admitir a existência de prerrogativas inerentes à personalidade humana, entendendo que os Direitos Humanos são atemporais, universalmente válidos, ditados pela razão e inerentes à natureza humana.

[...] o jusnaturalismo defende a existência de direitos naturais do indivíduo que são originários e inalienáveis, em função dos quais, e para sua segurança, concebe-se o Estado. São direitos que, portanto, não incube ao Estado outorgar, mas sim reconhecer e aprovar formalmente.²

¹ MELLO, C. D. A. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997. p. 13 e 14.

² TAVARES, A. R. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 444.

Para a tese positivista, a ideia de direitos naturais não tem sentido, pois direito pressupõe a sua positivação, assim é inconcebível considerar qualquer norma válida anterior ao surgimento do direito. Nas palavras de Bobbio “o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”.³

[...] os direitos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e ampliação.⁴

A tese histórica dos Direitos Humanos aponta-os como fruto de determinado momento histórico, político, econômico e social de desenvolvimento da humanidade, positivados através de lutas sociais.

Reforça esse sentido Norberto Bobbio, para o qual os Direitos Humanos são direitos históricos, e foram conquistados ao longo dos tempos, a medida da evolução e necessidade da própria sociedade.

Desta forma, há divergências quanto ao momento do surgimento dos Direitos Humanos na história. Segundo a cientista social Genevois,⁵ referência para o movimento brasileiro de Direitos Humanos, muitos autores os situam na antiguidade clássica, quando foram aludidos num texto de Sófocles, sobre o conceito de liberdade, como expressão máxima da dignidade humana e da igualdade.

Mais ao oriente, Buda e Confúcio pregam a supremacia do direito e da justiça, o ensino da fraternidade e da generosidade, na formação de uma sociedade pacífica e justa. Os Estóicos defendiam a existência de princípios morais, universais, eternos e imutáveis que resultam direitos inerentes ao homem.⁶

Aos poucos o Cristianismo passa a ter grande influência nas sociedades, com uma doutrina que prega a igualdade entre todos os homens. “Esta igualdade não se limita ao usufruto individual dos direitos, mas supõe o dever do amor ao próximo”.⁷ Assim, percebe-se que os Direitos Humanos não são estáticos, mas acompanham o processo histórico, processo não linear, pois também conhece retrocessos.

Com o liberalismo do século XVII, os direitos individuais em face do Estado começam a ser acentuados. Surgem pensadores como Espinoza, Locke, Rousseau e Montesquieu, que pregam a existência de direitos como a liberdade e igualdade, com fundamentos racionalistas e não mais teológicos.

³ BOBBIO, N. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 26.

⁴ BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.37.

⁵ GENEVOIS, M. *Direitos humanos na história*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/margarid.htm>>. Acesso em 10/10/2014.

⁶ GENEVOIS, M. *Direitos humanos na história*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/margarid.htm>>. Acesso em 10/10/2014.

⁷ Ibid.

Grande importância para o reconhecimento dos direitos inerentes à pessoa devem-se às Revoluções Inglesa, Americana e Francesa, que à sua maneira influenciaram as constituições do século XIX.⁸

A Revolução Inglesa, no tocante às liberdades públicas, estabeleceu pela primeira vez no Estado moderno a separação de poderes como garantia das liberdades civis.⁹

Em 1776, é elaborada a Declaração de Independência dos Estados Unidos, ressaltando a igualdade entre todos os homens, concedendo-lhes direitos inalienáveis acima de qualquer poder político, referindo-se a vida, a liberdade e a busca pela felicidade.

A Revolução Francesa levou muitos pensadores a percebê-la não apenas como um movimento nacional, capaz de romper com cinco séculos de regime absolutista, mas como uma revolução de caráter supranacional, com legados que sequer a subsequente era napoleônica, conseguiu suprimir.

Este evento não foi um fenômeno isolado, mas, sim, o mais importante se comparado a outras revoluções, pois ocorreu em um dos países mais populosos e poderosos da época e foi uma revolução social de massa que teve seus ideais repercutidos pelo mundo todo.¹⁰

Tanto é verdadeira a amplitude da afirmação, que os ideais dessa revolução são considerados patrimônio da humanidade e ecoam até a atualidade nas Constituições dos países democráticos, por óbvio, inclusive a brasileira.

O maior legado da Revolução Francesa foi a evolução do alcance dos Direitos Humanos, não apenas em termos de direitos políticos e sociais como na Revolução Inglesa, mas a evolução dos direitos chamados de inerentes à pessoa humana.

Nesse sentido, em 1789 é promulgada pela Assembleia Nacional Francesa a mais importante declaração de Direitos Fundamentais, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que em seu artigo 16 afirma solenemente que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos Direitos Fundamentais nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.¹¹

Mais tarde tais postulados históricos criados durante a Revolução Francesa foram recepcionados e aprimorados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, que no ordenamento jurídico brasileiro assumiram aplicação efetiva na Carta Magna de 1988.

⁸ RUBIO, V. L. *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos: Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948*. Madrid: Civitas, 1998. p.82.

⁹ COMPARATO, F. K. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.92.

¹⁰ HOBBSAWM, E. J. *Da revolução industrial inglesa ao imperialismo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p.44.

¹¹ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. 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 07/11/2014.

Em outro sentido, para grande parte dos historiadores, apenas no século XX os Direitos Humanos se definiram explicitamente e adquiriram o reconhecimento mundial, como direito do pós Segunda Grande Guerra Mundial.

Nesse sentido, segundo Piovesan¹² sua origem é atribuída às monstruosas violações da condição humana na Segunda Guerra Mundial e à crença de que parte disso poderia ser prevenido, se um efetivo sistema de proteção internacional de Direitos Humanos existisse.

[...] O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para implementar esta concepção e promover o respeito dos Direitos Humanos em todos os países, no âmbito mundial.¹³

Embora os Direitos Humanos sejam próprios da condição humana, seu reconhecimento e proteção são frutos de um processo histórico, construído por lutas que modificam a realidade social, política e econômica das sociedades, logo, para além das concepções positivas e naturalistas.

A positivação de tais direitos, nos ordenamentos nacionais, vem a seguir, com a égide das Constituições Sociais, na constitucionalização dos chamados Direitos Fundamentais.¹⁴

Para Canotilho, as expressões Direitos do Homem e Direitos Fundamentais podem ser distinguidas quanto à sua origem e significado:

[...] direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.¹⁵

Sarlet diferencia Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, de maneira que, os primeiros são fundados necessariamente na dignidade da pessoa, e os últimos, são considerados direitos que “independentemente de terem, ou não, relação direta com a Dignidade da Pessoa Humana, são assegurados por força de sua previsão pelo ordenamento constitucional positivo”.¹⁶

¹² PIOVESAN, F. *Temas de Direitos Humanos*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹³ *Ibid.* p.04.

¹⁴ BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.30.

¹⁵ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 259.

¹⁶ SARLET, I. W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.97.

Para Barroso, é o princípio da Dignidade da Pessoa Humana o núcleo do qual irradiam todos os direitos materialmente fundamentais, “que devem receber proteção máxima, independentemente de sua posição formal, da geração a que pertencem e do tipo de prestação a que dão ensejo”.¹⁷

Os direitos do homem nascem como direitos naturais universais e desenvolvem-se como direitos positivos particulares, sendo positivados no momento em que as Constituições incorporam a Declaração de Direitos Humanos, “para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”.¹⁸

Logo, para Bobbio, é inquestionável que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, colocou as premissas para transformar também os indivíduos singulares, não mais apenas os Estados, em sujeitos jurídicos do direito internacional, tendo assim, por conseguinte, iniciado a passagem para uma nova fase do direito internacional, a que torna esse direito não apenas o direito de todas as gentes, mas o direito de todos os indivíduos.¹⁹

Também foi Bobbio quem consagrou as dimensões clássicas dos direitos. A primeira dimensão ou geração corresponde aos direitos civis e políticos. As liberdades individuais, o direito à vida, segurança, igualdade de tratamento perante a lei, e o direito de propriedade, de ir e vir, na época a única preocupação era proteger a pessoa do poder opressivo do Estado, “reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado”.²⁰

A segunda dimensão ou geração compreende os direitos econômicos, sociais e culturais, como direito à saúde, educação, moradia, trabalho, lazer e os direitos trabalhistas.

A terceira dimensão ou geração é dos chamados direitos dos povos, decorrentes da solidariedade ou de titularidade coletiva, ditos difusos, como o direito à paz, ao desenvolvimento, a participação no patrimônio comum da humanidade, a comunicação, a autodeterminação dos povos e o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

Caracterizam-se por destinarem-se à proteção, não do homem em sua individualidade, mas do homem em coletividade social, sendo, portanto, de titularidade coletiva ou difusa.²¹

Além das dimensões clássicas, correntes doutrinárias defendem a existências de direitos de quarta dimensão, decorrentes dos avanços sociais, genéticos e tecnológicos. Para Bobbio “tratam-se dos direitos relacionados à engenharia genética”.²²

¹⁷ BARROSO, L. R. *Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.180.

¹⁸ BOBBIO, N. *op.cit.*, p. 30.

¹⁹ BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 30.

²⁰ *Ibid.* p.32.

²¹ CUNHA JÚNIOR, D. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. p.626.

²² BOBBIO, N. *op.cit.*, p.06.

Nesse campo de quarta dimensão, é que surgem os chamados direitos da personalidade, uma vez observado que o avanço da tecnologia influi sobre as realidades individuais humanas.

É nesse espaço de reconhecimento da personalidade que o Direito busca garantir o respeito a toda potencialidade e expressões de sua personalidade humana. A pessoa traz em si valores que lhe são existenciais, esses valores integram a sua personalidade e lhe permitem desenvolver-se em sociedade, sendo a Dignidade da Pessoa Humana o centro garantidor dessa sua característica de personalidade.

Nesse sentido, Amaral, ensina:

Os direitos da personalidade, como direitos subjetivos, conferem ao seu titular o poder de agir na defesa dos bens ou valores essenciais da personalidade, que compreendem, no seu aspecto físico o direito à vida e ao próprio corpo, no aspecto intelectual o direito à liberdade de pensamento, direito de autor e inventor, e no aspecto moral o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem, à identidade e ainda, o direito de exigir de terceiros o respeito a esses direitos.²³

Insta destacar que decorre grande complexidade acerca da conceituação de pessoa e personalidade, sendo insuficiente tentar equivaler à pessoa a mero sujeito de direito e a personalidade à capacidade. Assim, o pensamento filosófico contemporâneo, acentua que, a pessoa é incompleta e inacabada, constantemente mutável, um "vir-a-ser" contínuo, de existir no devir.²⁴

Nesse projeto, "ser pessoa significa ser um fluxo de valores em eterna mudança".²⁵ a própria dignidade é um valor sujeito à autoconcepção e autointerpretação, mas sempre vinculado a um contexto histórico-cultural.

A participação ativa da própria pessoa na constituição, interpretação e aplicação dos direitos constitutivos de sua personalidade, é tão importante quanto o reconhecimento desses direitos pelo ordenamento jurídico, na forma de Direitos da Personalidade, pondera Stancioli, ao mesmo tempo em que propõe seu conceito de direitos da personalidade:

[...] direitos da personalidade são direitos subjetivos que põem em vigor, através de normas cogentes, valores constitutivos da pessoa natural e que permitem a vivência de escolhas pessoais (autonomia), segundo a orientação do que significa 'vida boa', para cada pessoa, em um dado contexto histórico-cultural e geográfico.²⁶

²³ AMARAL, F. *Direito Civil: Introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.246.

²⁴ COMPARATO, F. K. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.28.

²⁵ STANCIOLI, B. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.125.

²⁶ *Ibid.* p. 95.

Tal interpretação leva ao questionamento, sobre o que é uma vida digna à pessoa. A chave para a resposta, estaria em evitar a generalização e imposição de um conceito de 'vida boa', que considere o bem-estar individual e daí sua ampliação ao social.

Habermas²⁷ ao expor sobre a necessidade de proteger a esfera privada de existência de cada indivíduo e levar em conta seus diferentes projetos de vida, permitindo-lhe elaborar seu plano de vida, afirma que:

A sociedade justa deixa a critério de todas as pessoas aquilo que elas querem iniciar como o tempo de suas vidas. Ela garante a todos uma mesma liberdade para desenvolver uma autocompreensão ética, a fim de formar uma concepção pessoal da 'boa vida' segundo capacidades e critérios próprios.²⁸

Habermas²⁹ ainda afirma que o liberalismo político de John Rawls é bastante representativo da liberdade do indivíduo para desenvolver sua própria autocompreensão ética, ou seja, em um contexto democrático todos devem poder formar uma concepção pessoal de 'boa vida', segundo capacidades e critérios próprios, ser necessidade de submissão ao julgo da aceitação da maioria.

Para Dadalto, quanto à colocação de Habermas, assume especial sentido na discussão sobre a autonomia privada do paciente terminal no Brasil, pois “grande parte da sociedade brasileira é pautada por valores religiosos, segundo os quais a vida é um valor supremo e apenas Deus tem o direito de cessá-la”.³⁰

A lógica habermasiana teoriza que o Brasil aparece sob a égide de um modelo de Estado que preserva a pluralidade de projetos de vida, o Estado Democrático de Direito, “sob este viés, argumentos morais e religiosos devem ser mitigados do âmbito jurídico”.³¹

Stancioli³² destaca que outro ponto decisivo para a compreensão dos direitos do indivíduo, foi a percepção de que não há uma fonte moral única, capaz de ser a matriz de valores que conduzam à vida boa:

A opção por afirmar valores válidos para toda a sociedade foi substituída pela possibilidade dada aos interlocutores de construírem, pragmaticamente, os valores constitutivos da pessoa humana, em cada contexto.³³

Na construção dogmática dos Direitos da Personalidade, é necessário reconhecer que o homem, para viver a sua vida pessoal, há que possuir dignidade que, para além desses

²⁷ HABERMAS, J. *O Futuro da Natureza Humana*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

²⁸ Ibid. p. 05.

²⁹ Ibid.

³⁰ DADALTO, L. *Testamento Vital*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p.53.

³¹ Ibid. p.53.

³² STANCIOLI, B. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

³³ Ibid. p.94.

bens externos, há outros que se encontram no próprio homem, interiorizados à sua personalidade e necessários à sua integridade interior.

Tais bens são tão importantes que, se privado destes, o ser humano sofreria grave mutilação na sua premissa existencial. Pode-se considerar, como o fez San Tiago Dantas, que os “Direitos da personalidade, ou os bens internos, são aqueles cujo desfrute o homem encontra em si mesmo”.³⁴

Logo, a dignidade enfeixa os direitos da personalidade, os Direitos Fundamentais do indivíduo, e consagra a afirmação da integridade física e espiritual do homem, a garantia do desenvolvimento de sua personalidade e a defesa de sua autonomia individual, conforme ensina Canotilho.³⁵

A relação entre dignidade e direitos fundamentais é indissociável, como afirma Sarlet³⁶ pois, ainda que com intensidade variável, explicitações da dignidade da pessoa se fazem presentes em cada direito fundamental, mesmo que em ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, é valor informador de toda ordem jurídica.

O que Sarlet³⁷ sustenta é que a Dignidade da Pessoa Humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos Direitos Fundamentais e da personalidade em todas as dimensões:

[...] sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade, estar-se-á negando-lhe a própria dignidade, [...] as pessoas são titulares de direitos humanos em função de sua inerente dignidade.³⁸

O Direito Civil brasileiro acatou essa influência ao modificar sua matriz patrimonial clássica, até a sua conformação com os instrumentos de proteção aos Direitos Humanos e fundamentais.

O Código Civil de 1916 foi considerado, por longo período, a norma máxima dos direitos, em uma sociedade individualista e patrimonial, com princípio basilar na autonomia da vontade. Isso somente foi alterado com o advento da Constituição de 1988³⁹.

³⁴ SAN TIAGO DANTAS, E. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. p.194.

³⁵ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998. p.363.

³⁶ SARLET, I. W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.96.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid. p. 97.

³⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10/10/2014.

Com ela, surgiram as bases para a entrada em vigor do novo Código Civil em 2002, o qual reconheceu expressamente os direitos da personalidade ao tratar da pessoa natural.

O sistema jurídico brasileiro buscou uma unidade hermenêutica na positivação dos direitos, sendo que a Constituição de 1988 foi fundamento conformador e sistematizador dos Direitos Humanos em Direitos Fundamentais e com o advento do Código Civil brasileiro de 2002, estendidos aos direitos da personalidade.

Adota-se o entendimento hermenêutico a partir das lições de Miguel Reale, onde realizar o Direito é “realizar os valores de convivência, não deste ou daquele indivíduo, não deste ou daquele grupo, mas da comunidade concebida de maneira concreta,”⁴⁰ assim, tanto o intérprete-elaborador, quanto o intérprete-aplicador têm a missão de conhecer o Direito como um todo complexo, formado pelos subsistemas fático, normativo e axiológico, com o objetivo de aproximar a norma jurídica dos princípios e valores que norteiam uma sociedade, conseqüentemente da realidade social.

Observa-se que no direito brasileiro, cada vez mais o conceito de personalidade se aproxima do valor dignidade e ganha fundamental importância. Assertiva essa confirmada na história da evolução das sociedades contemporâneas, que denota a aptidão dos Direitos Humanos, Fundamentais e da Personalidade em convergir para afirmar e tutelar a Dignidade da Pessoa Humana.

Como visto, claro que existem dualidades e convergências entre direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade. O que cabe concluir é que, em relação ao paciente terminal, o feixe da dignidade humana é que irá orientar a canalização dessas três esferas de direitos, os quais muitas vezes se mesclam, a ensejar uma tutela integrada do indivíduo.

Isso implica que a defesa de seu estado de vulnerabilidade humana, precisa ser defendido na sua esfera privada, mas também reconhecido na esfera constitucional, por meio dos direitos fundamentais e, na esfera internacional, na esfera dos direitos humanos.

2. O princípio da dignidade humana e os direitos da personalidade dos pacientes terminais

Logo no início de seu texto, o Código Civil de 2002, dedicou um capítulo inteiro, aos direitos da personalidade, visando conceder proteção máxima à pessoa humana. Apesar de o Código Civil de 1916 já versar sobre direitos da personalidade, eles se davam de modo disperso, fragmentado e marginal, pois o foco dessa lei, resultado de um direito liberal, era a proteção da propriedade e não da personalidade.

Dessa forma, o Código Civil de 2002 proclama de forma inovadora a ideia de pessoa e os direitos da personalidade, demonstrando uma mudança paradigmática do Direito

⁴⁰ REALE, M. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994. p.701.

Civil, que reconhece ser parte de um ordenamento jurídico cujo valor máximo é a proteção da pessoa humana, ajustando-se com a Constituição Federal de 1988, que consolidou os direitos da personalidade, ao inserir a dignidade humana como princípio norteador de valores essenciais ao país.

Existem direitos que afetam diretamente a personalidade, os quais não possuem caráter econômico ou patrimonial, sendo a personalidade um conceito básico em que se apoiam os direitos. Cada direito da personalidade corresponderia a um valor fundamental, a começar pelo direito ao próprio corpo, que é a condição essencial do que somos, do ser pessoa, do que se sente, percebe, pensa e age.

Como reconhece Díez-Picazo e Gullón:

La persona no es exclusivamente para el Derecho civil el titular de derechos y obligaciones o el sujeto de relaciones jurídicas. Debe contemplar y proteger sobre todo a la persona considerada en sí misma, a sus atributos físicos y morales, a todo lo que suponga desarrollo y desenvolvimiento de la misma.⁴¹

Majoritariamente a doutrina ensina que os direitos da personalidade possuem características que lhes são próprias, elas podem variar de autor para autor, mas fundamentalmente são: “absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis”.⁴²

Absolutos, pois não permitem ao titular de direito renunciar ou ceder direito em benefício de terceiro ou da coletividade. Intransmissíveis por não poderem ser transferidos à esfera jurídica de outrem e irrenunciáveis, não podendo o seu titular deles abdicar. Extrapatrimoniais, insuscetíveis de aferição econômica. Indisponíveis, em regra, mas cabem exceções, por exemplo, ceder do próprio corpo órgão ou tecido para fins altruísticos e terapêuticos, ou a licença de uso da imagem. Imprescritíveis, uma vez que “não há prazo para o seu exercício. Não se extinguem pelo não uso, assim como sua aquisição não resulta do curso do tempo”.⁴³

Os direitos da personalidade são também vitalícios, adquiridos no instante da concepção e acompanham a pessoa até sua morte. Francisco Amaral considera que os direitos da personalidade são essenciais, inatos e permanentes, na medida em que nascem com a pessoa e a acompanham por toda a sua existência.⁴⁴

Tais características são assim apresentadas na redação do Código Civil:

⁴¹ DIÉZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*. v. I, Madrid, Tecnos, 1988. p.338.

⁴² DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro*. v.1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.120.

⁴³ AMARAL, F. *Direito Civil: Introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.250.

⁴⁴ *Ibid.*

Art. 11. Com exceção aos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.⁴⁵

Como se observa, a redação do Código Civil aventa a possibilidade de que haja exceções às características essenciais dos direitos da personalidade. Nesse sentido, seria então possível, uma vez previsto em lei, que os direitos da personalidade pudessem sofrer renúncias ou uma limitação voluntária de seu exercício.

Uma vez que isso é expresso no Código Civil, enquanto lei ordinária há que se reconhecer, por análise sistemática jurídica que, num nível superior, tais limitações poderiam também advir do texto constitucional.

Para Martel⁴⁶ é característica das Constituições e das Declarações de Direitos a capacidade de abrigar novos direitos, os Direitos Fundamentais não saíram do vazio, pois antes, são direitos incrustados em sistemas jurídicos que têm por base ideias como a dignidade humana e o igual respeito e consideração.

Logo, princípios constitucionais poderiam ser evocados à interpretação no sentido de resultar em limitações aos direitos da personalidade.

Isso ocorreria especialmente em relação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que se configura como cláusula geral aberta, no tocante aos direitos da personalidade.

Em nosso ordenamento, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana atua como uma cláusula geral de tutela e promoção da personalidade em suas mais diversas manifestações que, portanto, não pode ser limitada em sua aplicação pelo legislador ordinário.⁴⁷

Nesse sentido, se houver um confronto de valores primordiais reconhecidos pelo ordenamento jurídico enquanto norma infraconstitucional, buscar-se-á sempre a supremacia da Dignidade da Pessoa Humana.

Da mesma forma, para Venosa, “os direitos da personalidade são os que resguardam a Dignidade da Pessoa Humana”.⁴⁸

Isso aporta para a necessidade de relativizar as limitações dos direitos da personalidade, especialmente no tocante ao alcance dos termos irrenunciabilidade e limitação voluntária, expressos na letra do Código Civil.

⁴⁵ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 10/10/2014.

⁴⁶ MARTEL, L. C. V. *Direitos fundamentais indisponíveis – Os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de Doutorado. UERJ. Rio de Janeiro, 2010. p.323.

⁴⁷ BODIN DE MORAES, M. C. *Ampliando os direitos da personalidade*. In *20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação de impasse institucional*. Org. VIEIRA, J. R. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 369.

⁴⁸ VENOSA, S. S. V. *Direito Civil: parte geral*. V. I, 11^a ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 169.

Ao adentrar-se nessa questão, sobressai o pensamento de Ronald Dworkin, em sua obra “Domínio da vida”,⁴⁹ o filósofo do direito parte do pressuposto de que a dignidade possui tanto uma voz ativa (relacionado à autonomia) quanto passiva (relacionada à preocupação que a sociedade e o Estado devem ter com aqueles que não possuem capacidade de se autodeterminar), estando ambas conectadas.

Segundo Immanuel Kant as coisas possuem valores relativos, já as pessoas possuem valor em si mesmo, “O homem, e, de uma maneira geral, todo ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”,⁵⁰ essa é a condição para a existência de valores absolutos e o ser humano é dotado de um valor intrínseco que é a dignidade.

Dworkin também se reporta à doutrina de Kant, quando relembra que o ser humano não poderá jamais ser tratado como objeto, como mero instrumento para realização dos fins alheios, ou seja, um atributo inerente a qualquer ser humano, independente de fatores externos.

Quanto aos direitos da personalidade, sua relativização importa essencialmente no tocante ao final da vida humana (diretivas de última vontade, transplante de órgãos, ortotanásia e suicídio assistido).

Amaral⁵¹ pondera ser justificável a reconstrução contínua dos direitos da personalidade, estabelecendo novos critérios de reconhecimento de situações especiais e de solução de controvérsias.

Os juristas são chamados a desenvolver um processo de reconstrução jurídica que, superando eventuais limitações dos conceitos e categorias do direito moderno, elabore novos modelos, adequados à solução desses desafios, como paradigmas da pós-modernidade, particularmente no campo do direito da vida.⁵²

Em especial no Biodireito e na Bioética, há que se buscar uma contínua atualização das transformações relativas à vida, à saúde e à morte. A publicação em 1978 do *The Belmont Report* pela Comissão Nacional para proteção de Pessoas Humanas na pesquisa biomédica e comportamental, nos Estados Unidos, respondeu à necessidade da época em se encontrarem respostas éticas às questões lançadas pelo avanço biomédico.

A solução foi estabelecer alguns princípios ou critérios objetivos, que fundamentados nos princípios da ética médica clássica, intentavam estabelecer a diferença existente

⁴⁹ DWORKIN, R. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁵⁰ KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: Textos selecionados. Col. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p.135.

⁵¹ AMARAL, F. *Por um Estatuto Jurídico da vida humana – a construção do Biodireito*. Conferência proferida no Simpósio de Bioética e Biodireito, realizado em Londrina (PR), 1997, apoiado pela UEL – Universidade Estadual de Londrina, e pelo CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista12.asp>>. Acesso em 15/09/2014.

⁵² *Ibid*, p. 111.

entre respeitar a liberdade e garantir os interesses mais legítimos das pessoas, o relatório referiu-se a três princípios básicos: o respeito às pessoas, a beneficência e a justiça.

Na mesma época, em 1978, Beauchamp e Childress vinculados ao *Kennedy Institute of Ethics*, em seu livro *Principles of Biomedical Ethics*,⁵³ consagraram o uso de princípios na abordagem de dilemas e problemas bioéticos, considerando quatro princípios: da autonomia, beneficência, não maleficência e justiça, esse conjunto serviu de base para o que se denominou Teoria Princípalista, escola bioética baseada no uso de princípios como modelo explicativo, que proporcionam as “diretrizes morais para o agir humano diante dos dilemas levantados pela biomedicina,”⁵⁴ a fim de que a dignidade humana venha a ser respeitada.

A beneficência no sentido de fazer o bem, está incluída no Juramento de Hipócrates, refere-se ao dever do médico em maximizar o benefício e minimizar o prejuízo, mas para que seja obrigatório deve haver uma ponderação entre os custos e benefícios. “A Beneficência no contexto médico é o dever de agir no interesse do paciente”,⁵⁵ sendo que a maior crítica a esse princípio é o risco do paternalismo, ou seja, o conflito não ocorre exatamente entre a Beneficência e a Autonomia, mas sim entre o Paternalismo e a Autonomia do paciente.

O princípio da não maleficência propõe a obrigação de não infligir dano intencional,⁵⁶ logo, Beauchamp e Childress propõe que é possível violar o dever de não-maleficência sem agir com malícia e sem querer provocar o dano. Ademais, no âmbito da não maleficência são tratados os princípios do duplo efeito, da totalidade, do mal menor e dos meios ordinários e extraordinários.

O duplo efeito é tolerado, mas não procurado, em extremas circunstâncias, quando “é legítimo que uma ação tenha duas consequências: uma positiva e outra negativa, o efeito danoso é indireto e não propositado”.⁵⁷ O princípio da totalidade surge do confronto entre a plenitude do todo em relação à parte.

O princípio do mal menor é aplicável quando uma ação é inevitável e todos os seus efeitos serão negativos, assim opta-se pelo mal menor.

O princípio dos meios ordinários e extraordinários era, tradicionalmente, usado pela moral católica. Hoje, prefere-se falar de

⁵³ BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. *Principles of biomedical ethics*. 4. ed. New York: Oxford University, 1994.

⁵⁴ DINIZ, M. H. *O estado atual do biodireito*. 6ª ed. ver., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p.15.

⁵⁵ PELLEGRINO, E.; THOMASMA, D. *For the patient's good: the restoration of beneficence in medical ethics*. New York: OUP, 1988, p. 58.

⁵⁶ BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. *Principles of biomedical ethics*. 4. ed. New York: Oxford University, 1994, p. 189.

⁵⁷ MOTA, S. *Da bioética ao biodireito: a tutela da vida no âmbito do direito civil*. Dissertação Mestrado em Direito Civil - UERJ. Rio de Janeiro, 1999. Disponível em: <http://www.silviamota.com.br/enciclopediabiobio/artigosbiobio/principiosdabioetica.htm#_ftnref9>. Acesso em 10/07/2015.

meios opcionais e obrigatórios ou de meios proporcionais e desproporcionais.⁵⁸

Tal princípio é caracteristicamente aplicável em situações de eutanásia, vez que, “demarca se um ato, do qual resulta a morte, é entendido como matar e especialmente como um matar culpável”.⁵⁹ Assim, auxilia a estabelecer se a recusa dos meios chega a ser um delito.

William Frankena,⁶⁰ propôs que os princípios da beneficência e justiça, são deveres *prima facie*, ou seja, de acordo com o conceito proposto por Ross “um dever *prima facie* é obrigatório, salvo quando for sobrepujado por outras obrigações morais simultâneas”.⁶¹ Ainda, segundo Frankena o Princípio da beneficência e da não maleficência não diz como distribuir o bem e o mal, apenas manda promover o primeiro e evitar o segundo. Quando se manifestam exigências conflitantes, o mais que ele pode fazer é aconselhar a conseguir a maior porção possível de bem em relação ao mal.

Diante de tal perspectiva o princípio da autonomia ampara a ideia de que o indivíduo deve ser reconhecidamente autônomo em suas decisões, ou seja, capaz de deliberar sobre os seus objetivos pessoais.

Dadalto⁶² descreve situações jurídicas existenciais que devem ser reconhecidas pelo potencial da pessoa humana em se autodeterminar, o que está intimamente ligado ao reconhecimento da dignidade da pessoa:

Assim situações que envolvam idoso, relações conjugais, técnicas de reprodução assistida, filiação, biotecnologia, direito de morrer e direito ao corpo, entre outras, são situações jurídicas existenciais, que passaram a ser mais discutidas pela doutrina brasileira após a Constituição de 1988 e após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, vez que todas essas situações tutelam a autonomia da pessoa humana em suas mais variadas facetas.⁶³

Do mesmo modo, Dworkin⁶⁴ acredita que as pessoas devem ter poder para decidir sobre sua própria morte, ou sobre a morte dos outros, em três tipos principais de situação. A primeira seria relativa à pessoa consciente e competente; a segunda seria a pessoa inconsciente e a terceira, pessoa consciente, mas incompetente, citando como exemplo os acometidos pelo mal de Alzheimer em estágios avançados:

Contudo, as leis de todos os países ocidentais (com exceção, na prática, da Holanda) ainda proíbem que médicos, ou outros, matem

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ FRANKENA, W. K. *Ética*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981, p. 61.

⁶¹ ROSS W. D. *The right and the good*. Oxford: Clarendon, 1930, p. 19.

⁶² DADALTO, L. *Testamento Vital*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p.34.

⁶³ Ibid. p.35.

⁶⁴ DWORKIN, R. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

diretamente pessoas que lhes peçam para fazê-lo, injetando-lhes um veneno letal, por exemplo. Assim, o direito produz o resultado aparentemente irracional: por um lado, as pessoas podem optar por morrer lentamente recusando-se a comer, recusando-se a receber um tratamento capaz de mantê-las vivas ou pedindo para ser desligadas de aparelhos de respiração artificial; por outro, não podem optar pela morte rápida e indolor que seus médicos poderiam facilmente conseguir-lhes.⁶⁵

Tais situações críticas dos direitos da personalidade em face da morte refletem assuntos considerados delicados e, por vezes, afastados enquanto "tabus sociais". São situações em que as sociedades optam por simplesmente não discutir as questões relativas à liberdade do indivíduo, para renunciar ou dispor de seus direitos básicos da personalidade.

Os médicos são frequentemente forçados a decidir se vão ou não prosseguir com o suporte vital para alguém que está inconsciente e moribundo. (...) Quase todos os hospitais desenvolveram uma política, às vezes formal, outras informal, sobre quando ressuscitar alguém cuja probabilidade de sobreviver mais que alguns dias é muito pequena.⁶⁶

No Brasil, a Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, que trata de critérios para a prática da ortotanásia, enfrentou ação civil pública de decretação de nulidade proposta pelo Ministério Público Federal, Ação nº 2007.34.00.014809-3.⁶⁷

Em sentença o magistrado Roberto Luis Luchi Demo,⁶⁸ chegou à convicção de que a resolução regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos, que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis. Prevista desde que exista autorização expressa do paciente ou de responsável legal, não ofendem o ordenamento jurídico posto, vez que não versa sobre direito penal, e sim, sobre ética médica e consequências disciplinares.

A decisão ainda avança mais ao entender que a ortotanásia se insere num contexto científico da Medicina Paliativa:

[...] nessa fase, o princípio da não-maleficência assume uma posição privilegiada em relação ao princípio da beneficência - visto que nenhuma medida terapêutica poderá realmente fazer bem ao paciente.⁶⁹

⁶⁵ Ibid. p. 259.

⁶⁶ DWORKIN, R. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 262.

⁶⁷ BRASIL. 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. *Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3*. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Juiz Federal Substituto: Roberto Luis Luchi Demo. Brasília, DF, 1º de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em 14/09/2014.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid. p. 11.

O Presidente do Conselho Federal de Medicina à época, Roberto Luiz d'Avila, em entrevista ao site do Conselho,⁷⁰ afirma que a decisão valoriza a opção pela prática humanista na Medicina, em detrimento de uma visão paternalista, super-protetora, com foco voltado para a doença, numa busca obsessiva pela cura a qualquer custo, mesmo que isso signifique o prolongamento da dor e do sofrimento para o paciente e sua família.

A decisão do Judiciário contempla a própria evolução dos costumes e das relações sociais. A sociedade está preparada para essa mudança que tem como fundo o *resgate da dignidade do ser humano* em todos os momentos de sua trajetória, inclusive a morte.⁷¹

Dworkin⁷² cita no direito inglês a decisão de um Tribunal de Apelação em 1992 sobre um paciente vegetativo para que legitimamente lhe fosse retirado o suporte vital por autodeterminação que lhe permitisse optar pela morte. A Câmara Alta do Parlamento inglês confirmou a decisão, enfatizando não a autodeterminação do paciente, mas o fato de a continuidade do tratamento não estar entre seus interesses fundamentais.

Essas decisões sobre a morte têm implicações morais e políticas específicas, cujas definições não podem ser confundidas com o mero livre arbítrio desmedido. São situações extremas, perante as quais a dignidade humana do viver esteja em confronto com o direito da personalidade.

Nessa acepção Roxana Borges interpreta que:

[...] o significado do poder de disposição e expressões correlatas é o poder que a pessoa humana tem de exercer seu direito de personalidade de forma positiva, ou seja, de forma ativa, não apenas protegendo de terceiros, mas principalmente, atribuindo aos seus direitos de personalidade o fim que melhor se adequar à realização de sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.⁷³

Para Dworkin⁷⁴ somente haveria tal espaço para a relativização dos direitos da personalidade, quando a condição humana não permitir nada mais a ser vivido, senão dor ou sofrimento, aos quais a morte possa pôr termo a esse quadro indigno.

Com as mesmas inquietações, Kübler-Ross,⁷⁵ diz que uma sociedade propensa a ignorar ou a evitar a morte, acaba por ampliar a ansiedade em relação ao morrer. Torna-se

⁷⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Justiça valida Resolução 1805, que trata sobre ortotanásia*. Brasília, 06 dez. 2010. Disponível em: <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content &view=article&id=21154%3Ajustica-valida-resolucao-1805-que-trata-sobre-ortotanasia&catid=3%3Aportal&Itemid=1](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21154%3Ajustica-valida-resolucao-1805-que-trata-sobre-ortotanasia&catid=3%3Aportal&Itemid=1)>. Acesso em 10/09/ 2014.

⁷¹ Ibid. (grifo nosso).

⁷² DWORKIN, R. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.266.

⁷³ BORGES. R. C. B. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 02.

⁷⁴ DWORKIN, R. op. cit., p. 266.

⁷⁵ KUBLER-ROSS, E. *Sobre a morte e o morrer*. 9ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2008. p. 16.

capaz de desenvolver uma ciência com o único objetivo de prolongar a vida, ao invés de mitigar o sofrimento, em detrimento do homem como indivíduo sensível.

Para Dworkin, a morte domina o debate dos direitos da personalidade porque não é apenas o começo do nada, mas o fim de tudo. A ênfase colocada em morrer com dignidade mostra como as pessoas consideram importante que a vida termine apropriadamente, “que a morte seja um reflexo do modo como desejamos ter vivido”.⁷⁶

Essa perspectiva combate o aumento indesejado dos casos de mistanásia, ou seja, “a morte miserável” segundo Dadalto,⁷⁷ experienciada quando o indivíduo não recebe e não tem as condições necessárias ao exercício de sua dignidade humana, pois por razões políticas, sociais e econômicas, não consegue ingressar no sistema de atendimento médico.

É interessante destacar que na religião católica o Papa João Paulo II, na Encíclica *Evangelium Vitae* em 1995, reconheceu o direito do paciente de não ser submetido às formas de excesso terapêutico:

Há, sem dúvida, a obrigação moral de se tratar e procurar curar-se, mas essa obrigação há de medir-se segundo as situações concretas, isto é, impõe-se avaliar se os meios terapêuticos à disposição são objetivamente proporcionais às expectativas de melhora. A renúncia a meios extraordinários ou desproporcionados não equivale ao suicídio ou à eutanásia; exprime antes, a aceitação da condição humana defronte à morte.⁷⁸

O Papa João Paulo II refere-se também à Distanásia que é comumente denominada a obstinação terapêutica ou futilidade médica “se dedica a prolongar o máximo a quantidade de vida humana, combatendo a morte como grande e último inimigo”.⁷⁹ “Não visa prolongar a vida, mas sim o processo da morte”.⁸⁰

Deve ficar claro que, enquanto ato de autonomia e de respeito à dignidade humana, qualquer limitação ao exercício dos direitos da personalidade requer uma ação consciente e desejada do indivíduo.

O que aqui se discute e, por meio do qual se busca a relativização das características essenciais dos direitos da personalidade, diz respeito aos casos em que o indivíduo manifeste e comprove condição indigna de viver.

Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes:

⁷⁶ DWORKIN, R. *op.cit.*, p. 280.

⁷⁷ DADALTO, L. *Testamento Vital*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p. 56.

⁷⁸ JOÃO PAULO II. P. *Evangelium vitae*. 1995. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_po.html>.

Acesso em 27/10/ 2014.

⁷⁹ PESSINI, L. *Eutanásia: Por que abreviar a vida?* São Paulo: Edições Loyola, 2004. p. 218.

⁸⁰ DINIZ, M. H. *O estado atual do biodireito*. 6ª ed. ver., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 391.

Sob esta ótica, as normas de direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada deve ser em todos os seus momentos expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a Dignidade da Pessoa Humana [...]. Tais são os fundamentos daquilo que se começa a delinear como a fundação de um direito civil constitucionalizado, um direito civil efetivamente transformado pela normatividade constitucional.⁸¹

Assim, com o advento da Constituição de 1988, esta passou a exercer papel centralizador do ordenamento jurídico, harmonizando a legislação infraconstitucional através de princípios e valores. Como consequência, o direito privado precisa ser interpretado sob a luz constitucional, em uma atividade hermenêutica da doutrina civil-constitucional, tendo como diretriz o princípio da dignidade humana.

Uma pesquisa apresentada pela *Swiss Medical Lawyers Association* (SMLA), feito com 12 mil europeus, mostrou que, em muitos países da Europa a maioria das pessoas quer poder escolher como morrer.

A versão resumida e gráfica dos resultados permite perceber que a ideia de que as pessoas devem ter o direito de decidir quando e como morrer é apoiada por mais de metade dos inquiridos de todos os países. Em Portugal, 79% apoiam a ideia e 16% discordam dela. A Alemanha e a Espanha aparecem como aqueles em que há maior percentagem de respostas positivas — 87% e 85 %, respectivamente — e no polo oposto estão os gregos, 52% dos quais concordam com o direito à escolha e 37% desaprovam-no.⁸²

Michel Foucault aponta que durante muito tempo, o direito sobre a vida e a morte era reservado à figura do soberano, esse tipo de poder “[...] era, antes de tudo, nesse tipo de sociedade, direito de apreensão das coisas, do tempo, dos corpos e, finalmente, da vida, culminava com o privilégio de se apoderar da vida e suprimi-la”.⁸³

O poder toma a vida de assalto, invadindo a subjetividade, a inteligência, a imaginação e até a morte, que passam a ser de domínio das ciências, do Estado, da mídia e do capitalismo, por meio de mecanismos anônimos dispersos. Tais mecanismos de poder atuam nas maneiras de ser, de sentir, amar, julgar, envelhecer e morrer.⁸⁴

⁸¹ BODIN DE MORAES, M. C. *A caminho de um direito civil constitucional*. In *Direito, Estado e Sociedade*: Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 1,2. ed.. Rio de Janeiro: PUC-RIO, jul./dez. 1991. p. 68.

⁸² RIBEIRO, G. B. *Inquérito indica que portugueses admitem o suicídio assistido*. Publicado em 30 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.publico.pt/sociedade/noticia/inquerito-indica-que-portugueses-admitem-o-suicidio-assistido-1575642>>. Acesso em 08/08/2014.

⁸³ FOUCAULT, M. *História da sexualidade: a vontade de saber*. 12. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1997. p.128.

⁸⁴ CORREA, M. R. *Ensaio sobre a relação do homem com a morte*. Tese de doutorado, UNESP, 2011. p. 53.

O caminho para a relativização dos direitos da personalidade, em face da dignidade humana, é uma demonstração clara de soerguimento das demandas individuais em lidar com seu próprio sofrimento.

Isso permite a superação do papel totalitário do Estado sobre as pessoas e seus corpos, herança de origem medieval, mas cuja sede de poder ainda é contemplada cotidianamente.

Autores como Bonavides, identificam uma quarta geração de direitos, inclusos o direito à democracia, à informação e o pluralismo “deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.⁸⁵

Segundo Borges, essa visão encontra-se sob o princípio da dignidade da pessoa, fundamento basilar da República Federativa Brasileira, expresso na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III. “O inciso XXXV do art. 5º garante, inclusive, o direito de o paciente recorrer ao Poder Judiciário para impedir qualquer intervenção ilícita em seu corpo contra sua vontade”.⁸⁶

Para Dadalto a dignidade, intimamente ligada à autonomia, tem como função:

[...] *limitar a atuação do legislador, do juiz, do médico, da família e de outras entidades intermediárias em situações existenciais, para que seja garantido tal espaço único de decisão pessoal, principalmente quando afetas à própria saúde.*⁸⁷

Por todos esses aspectos apresentados, há embasamento suficiente para se justificar uma interpretação constitucional do Código Civil, especialmente no tocante aos direitos da personalidade.

Se o próprio Código Civil,⁸⁸ em seu artigo 11, permite a possibilidade de exceções balizadoras de limites às características essenciais dos direitos da personalidade, a aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana será também uma forma hermenêutica para produzir tais limites.

Logo, ao se pensar nas características de irrenunciabilidade e de vedação à limitação voluntária do exercício dos direitos da personalidade, o intérprete do Direito deverá verificar, no caso concreto, a condição humana existente.

⁸⁵ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 525.

⁸⁶ BORGES, R. C. B. *Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado*. In: SANTOS, M. C. C. L. (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001. p. 32.

⁸⁷ DADALTO, L. *Testamento Vital*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p.09. (grifo nosso).

⁸⁸ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 10/10/2014.

O tema ainda é recente e apresenta dificuldades teóricas em se avançar sobre o questionamento do princípio absoluto da vida, em sede dos direitos da personalidade. Não obstante, ao se eleger a dignidade humana enquanto feixe maior de valores, há que se questionar o que venha a ser absoluto e o que deva ser relatividade, quando o que está em jogo é permitir a indignidade.

Por isso, quando um paciente terminal estiver exposto a uma situação de indignidade, é sua personalidade que estará em compasso de violação, caso a ordem jurídica não permita que os direitos da personalidade possam ser repensados nesse momento.

3. Considerações finais

A história das sociedades contemporâneas, especialmente após a segunda metade do século XX, demonstra a aptidão dos sistemas jurídicos em convergir para tutelar a Dignidade da Pessoa Humana. No Brasil a Constituição de 1988 é o fundamento conformador dos Direitos Humanos às demais normas do ordenamento jurídico, assim, cada vez mais o conceito de personalidade se aproxima do valor dignidade e ganha fundamental importância na realidade social.

Cabe analisar os direitos da personalidade à luz da limitação voluntária do exercício desses direitos, pois quando não há mais dignidade em se viver, qual a utilidade de se atribuir uma irrenunciabilidade a algo indigno e que progride ao pior.

Verifica-se que a morte por se tratar de assunto preterido pela sociedade, acaba sendo decretada antes mesmo de sua consumação ao indivíduo com prognóstico de morte, condenado à chamada morte social, por ser excluído das decisões referentes ao seu próprio corpo, suprimido de sua liberdade e autodeterminação.

A defesa da dignidade do paciente terminal perpassa pela reivindicação a vários direitos e situações jurídicas inerentes à personalidade, tais como a liberdade, autonomia de decidir sobre si, seu corpo e seus limites de sustentabilidade ao sofrimento.

Conclui-se que inerentes à revolução científica da área médica, estão os Direitos Humanos e decorrente desses os Direitos Fundamentais, que se atam à Bioética e ao Biodireito neste momento de controvérsias sobre a manipulação humana da vida. Com princípios que trazem luz especialmente ao tabu da morte, esclarecendo que antes de tudo é preciso garantir a dignidade da pessoa desde o nascimento até o seu fim, garantindo a limitação voluntária dos direitos da personalidade, açambarcando as liberdades individuais e a autonomia da vontade sobre o próprio corpo, de modo a permitir que cada indivíduo conceba por si os limites de sua dignidade.

4. Referências

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Por um Estatuto Jurídico da vida humana – a construção do Biodireito*. Conferência proferida no Simpósio de Bioética e Biodireito, realizado em Londrina

(PR), apoiado pela UEL – Universidade Estadual de Londrina, e pelo CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, em maio de 1997. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista12.asp>>. Acesso em 15/09/2014.

BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEAUCHAMP, Tom L., CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. 4. ed. New York: Oxford University, 1994.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *A Era dos Direitos*, p. 6. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A caminho de um direito civil constitucional*. In **Direito, Estado e Sociedade**: Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 1,2. ed.. Rio de Janeiro: PUC-RIO, jul./dez. 1991, p. 59-73.

_____. *Ampliando os direitos da personalidade*. In **20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação de impasse institucional**. Org. VIEIRA, José Ribas. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 369-388.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. *Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3*. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Juiz Federal Substituto: Roberto Luis Luchi Demo. Brasília, DF, 1º de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em 14/09/2014.

_____. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 10/10/2014.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10/10/2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Justiça valida Resolução 1805, que trata sobre ortotanásia*. Brasília, 06 dez. 2010. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21154%3Ajustica-valida-resolucao-1805-que-trata-sobre-ortotanasia&catid=3%3Aportal&Itemid=1>. Acesso em 10/09/2014.

CORREA, Mariele Rodrigues. *Ensaio sobre a relação do homem com a morte*. Tese de doutorado, UNESP, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

DIÉZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. v. I, Madrid, Tecnos, 1988.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v.1. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O estado atual do biodireito*. 6ª ed. ver., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. Trad: Maria Thereza da Costa e Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 12. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1997.

FRANKENA, William Klaas. *Ética*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

GENEVOIS, Margarida. *Direitos humanos na história*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/margarid.htm>>. Acesso em 10/10/2014.

HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HOBSBAWM, Eric John Ernest. *Da revolução industrial inglesa ao imperialismo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

JOÃO PAULO II. Papa. *Evangelium vitae*. 1995. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_po.html>. Acesso em 27/10/2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: Textos selecionados. Col. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KUBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a morte e o morrer*. 9ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2008.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis – Os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de Doutorado. UERJ. Rio de Janeiro, 2010.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997. Pág. 13 e 14.

MOTA, Sílvia. *Da bioética ao biodireito: a tutela da vida no âmbito do direito civil*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) UERJ. Rio de Janeiro, 1999. Disponível em: <http://www.silviamota.com.br/enciclopediabiobio/artigosbiobio/principiosdabioetica.htm#_ftnref9>. Acesso em 10/07/2015.

PELLEGRINO, Edmond; THOMASMA, David. *For the patient's good: the restoration of beneficence in medical ethics*. New York: OUP, 1988.

PESSINI, Leo. *Eutanásia: Por que abreviar a vida?* São Paulo: Edições Loyola, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIBEIRO, Graça Barbosa. *Inquérito indica que portugueses admitem o suicídio assistido*. Publicado em 30 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.publico.pt/sociedade/noticia/inquerito-indica-que-portugueses-admitem-o-suicidio-assistido-1575642>>. Acesso em 08/08/2014.

ROSS, William David. *The right and the good*. Oxford: Clarendon, 1930, p. 19-36.

RUBIO, Valle Labrada. *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos: Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948*. Madrid: Civitas, 1998.

SAN TIAGO DANTAS, Edmea. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%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 07/11/2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. *Direito Civil: parte geral*. V. I, 11^a ed. São Paulo: Atlas, 2011.

civilistica.com

Recebido em: 06.06.2015
Aprovado em:
04.07.2015 (1º parecer)
15.07.2015 (2º parecer)

Como citar: MARTINEZ, Sergio Rodrigo. BELO, Skarleth Zaluski. Os pacientes terminais e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun./2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/os-pacientes-terminais-e-o-principio-da-dignidade/>>. Data de acesso.