

O DIREITO À MORTE DIGNA: A BUSCA DE UMA RESPOSTA PARA UM CHOQUE DE PRINCÍPIOS | *THE RIGHT TO DIGNIFIED DEATH: THE SEARCH FOR AN ANSWER A SHOCK OF PRINCIPLES*RAPHAEL DE SOUZA ALMEIDA SANTOS
JURINEU ALVES CAIRES SEGUNDO

RESUMO | O presente artigo trata do direito à morte digna. Para tanto, a pesquisa foi estruturada analisando-se os termos, conceitos, características, além da problemática originada a partir da colisão de princípios relacionados ao instituto. Por conseguinte, realiza uma análise da diferença entre regras e princípios na doutrina de Dworkin e Alexy. Por conseguinte, apresenta a questão da ponderação, elucidando os seus efeitos a partir do que dispõe a fórmula proposta por Robert Alexy. Ao final, foi verificada a necessidade de resguardar a dignidade do paciente terminal diante de tratamentos fúteis, que não possibilitem melhorias ao indivíduo, no intuito de estabelecer o direito à morte digna como um direito humano universal.

PALAVRAS-CHAVE | Dignidade. Morte digna. Princípio. Vida.

ABSTRACT | *This article deals with the right to obtain a dignified death. To do so, the research was structured analyzing the terms, concepts, characteristics, besides the issues originated from the collision of principles related to this field. Therefore, this article analyzes the difference between rules and principles in Dworkin and Alexy's doctrine. Consequently, it raises the question of weighting, elucidating its effects based on the formula proposed by Robert Alexy. At the end, we verified that it is necessary to safeguard the dignity of the terminal patient undergoing futile treatments that do not make any improvements to the individual, in order to establish the right to a dignified death as a universal human right.*

KEYWORDS | *Dignity. Dignified death. Principle. Life.*

1. INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico da medicina nas últimas décadas do século XX vem provocando mudanças culturais no que tange aos aspectos relacionados ao fim da vida humana. A morte já foi tratada como um evento natural e aceita pela sociedade como algo inevitável, como um fim onde todos deveriam chegar. Porém, com o avançar da tecnologia, sobretudo no prolongamento artificial da vida por equipamentos eletrônicos, o tema passa a ser novamente inspiração para muitos debates, pois o momento final do ser humano sofreu um deslocamento de seu ambiente familiar para os leitos hospitalares.

O direito não poderia ficar de fora destes debates. Todo conhecimento científico deve estar a serviço da humanidade, respeitando a dignidade do ser humano, fonte de legitimação de todo nosso ordenamento jurídico. Assim, passa-se ao questionamento do direito a uma morte digna dentro dos hospitais, haja vista que o avançar tecnológico não consegue proporcionar um prolongamento da vida de forma confortável e que respeite a dignidade dos pacientes terminais.

O problema a ser discutido nestes casos está centrado no choque entre princípios de ordem constitucional e de grande valor axiológico, a saber: os princípios da vida e da dignidade da pessoa humana, respectivamente.

Em determinados casos de pacientes terminais, cuja possibilidade de recuperação é improvável e a morte é iminente, é natural surgirem questões relacionadas ao limite do prolongamento artificial da vida, o respeito quanto à escolha do paciente no tocante ao seu direito de morrer dignamente, a prevalência de determinado direito em caso de colisão de princípios fundamentais, etc.

O presente trabalho almeja analisar a problemática envolvendo o prolongamento artificial da vida pela utilização de meios tecnológicos em contraposição ao desejo de alguns indivíduos de poderem exercer o direito de morrer dignamente.

A respeito, destaca-se que o presente trabalho foi elaborado a partir de limites precisos, sendo adotada, na ocasião, a opção por revisão bibliográfica, momento em que foi realizado o levantamento da produção já escrita sobre o tema em livros, artigos, dissertações, etc., dentre os quais foram analisados sob a ótica do método dedutivo.

De início, será feita uma abordagem geral sobre o direito à morte digna e as mudanças ocorridas no processo de morrer com o passar dos anos, o qual sofreu algumas alterações, diante das inovações proporcionadas pela medicina moderna.

Em seguida, será feita a delimitação dos termos entendidos como importantes no estudo relacionado ao direito a morrer com dignidade, diferenciando os termos eutanásia, suicídio assistido, ortotanásia, distanásia, movimento *hospice* e cuidados paliativos.

No item quatro, será realizada uma análise da diferença entre regras e princípios na doutrina de Dworkin e Alexy. Em seguida, explanar-se-á sobre o princípio da dignidade humana e o princípio da vida.

Passando-se ao item cinco, será analisado o princípio da ponderação, no intuito de tentar estabelecer uma relação de precedência com os princípios da dignidade humana e da vida, em casos de pacientes terminais sem possibilidades de recuperação médica.

Ao final, serão realizadas algumas reflexões sobre o tema em análise, no intuito de estabelecer o direito à morte digna como um direito humano universal, e também explanar sobre o que é viver bem e o que é ter uma vida boa, concluindo-se, após.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A MORTE DIGNA

A morte é natural a todos seres vivos. Os homens sabem que ela é invencível. O modo como ela é encarada diverge entre as sociedades e vem mudando ao longo dos anos (GONÇALVES, 2006, p. 08). A morte pode ser entendida como um produto social e da história, sendo esta resultado da morte

dos homens. As sociedades se reproduzem porque morrem, e só têm história por não se reproduzirem como eram antes (PESSOA, 2011, p. 14).

A morte era um acontecimento visto como natural, em uma época em que a expectativa de vida era curta e a medicina pouco evoluída, da parte de quem ia morrer havia um sentimento de aceitação, apesar de não ser este seu desejo, era considerado essencial ao enfermo saber o seu destino para se preparar espiritualmente e tomar suas últimas disposições (GONÇALVES, 2006, p. 09).

O medo de morrer é consagrado universalmente, está relacionado ao desejo de manter a vida, a morte impede o ser de realizar seus objetivos, sejam pequenos ou grandiosos, somente alguém sem nenhum interesse pode não ser prejudicado pela morte (GONÇALVES, 2006, p.13-14).

Atualmente, na maioria dos casos, a morte ocorre em leitos hospitalares (GONÇALVES, 2006, p. 10). Há um deslocamento do final da vida, do seu ambiente familiar para a solidão dos hospitais, o que agrava o medo de morrer (KOVÁCS, 2014, p. 95).

A morte em hospitais tornou-se um evento solitário, sem deixar espaço para qualquer tipo de sofrimento ou despedidas, o paciente está ligado a imagem de alguém que não consegue morrer, sustentado por tubos, tendo como companhias ponteiros e ruídos de máquinas (KOVÁCS, 2014, p. 95).

O ser humano não possui o poder sobre o final de sua existência, mas o fato de a morte ser inevitável e inerente à condição humana não interfere na aptidão de alguém buscar antecipá-la, esta escolha envolve um universo de questões morais, religiosas e jurídicas (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 236). No século XXI, o legislador, os juristas e os aplicadores do direito devem refletir constantemente sobre o tema, por ser complexo e abarrotado de axiomas, nunca se afastando da ideia central em que a dignidade humana é valor fonte de todo o ordenamento jurídico brasileiro (DINIZ, 2017, p. 511).

O desenvolvimento tecnológico na área de saúde acabou por criar um ambiente desumano, relegando a dignidade a plano de fundo. Prolongar a vida e os tratamentos sem fixar limites pode levar ao temor e ao sofrimento que são

presenciados em unidades de terapia intensiva (UTI's), sem a companhia de familiares e amigos (KOVÁCS, 2014, p. 95).

Todo conhecimento científico deve estar voltado à humanidade, respeitando sua dignidade, inclusive a de uma morte digna, pois determinados pensamentos em vez de ajudarem, acabam por colocar em dúvida este direito (DINIZ, 2017, p. 510). Todos os pontos a serem discutidos somente terão solução adequada se o direito positivo passar a enfrentá-los de forma objetiva, prevalecendo sempre a noção de preservação da dignidade humana, todas decisões deverão se orientar em relação à humanidade, pois elas sempre envolvem riscos pelo fato de serem consequência da onisciência humana (DINIZ, 2017, p. 511).

Tendo por base o exposto, buscamos neste trabalho analisar a possível legalização da prática da chamada ortotanásia em hospitais brasileiros. O centro da discussão aqui abordado encontra-se no choque de princípios constitucionais da dignidade humana e vida, os quais poderiam ser levantados em caso de uma legalização; o primeiro permitindo e o segundo funcionando para alegar inconstitucionalidade da possível inovação legislativa. Porém, inicialmente, faz-se necessário definir os termos englobados pelo tema morte digna. Isto será feito de forma breve no próximo tópico, buscando trazer as características de cada termo analisado.

3. DELIMITAÇÃO DOS CONCEITOS ENGLOBADOS PELA MORTE DIGNA

3.1 Eutanásia

O significado etimológico do termo eutanásia significa boa morte (*eu-boa; thanatus-morte*) (GONÇALVES, 2006, p. 103). O termo não possui definição pacífica, havendo divergência quanto à definição. Para Gonçalves, a eutanásia pode ser entendida como:

[...] terminação deliberada e indolor da vida de uma pessoa com doença incurável, avançada e progressiva que levará inexoravelmente à morte, a seu

pedido explícito, repetido, informado e bem refletido, pela administração de um ou mais fármacos em doses letais (GONÇALVES, 2006, p. 103).

Barroso e Martel (2010, p. 238) também fazem menção a este problema terminológico, dizendo que o termo eutanásia foi utilizado por muito tempo de forma ampla e genérica, abrangendo condutas comissivas e omissivas em pacientes em situações muito diferentes. Para eles, atualmente, houve um estreitamento do significado do termo, compreendendo apenas os casos onde os médicos praticam a eutanásia em pacientes terminais cuja morte é inevitável em curto espaço de tempo.

Diniz (2017, p. 520) defende ser a eutanásia um homicídio disfarçado, em que há antecipação da morte do doente acometido por mal incurável ou terminal, levado por sentimentos de piedade, a pedido do enfermo ou de seus familiares. Concorda que o objetivo principal da medicina deva ser fazer o bem em prol da vida, relembra o Art. 41 do Código de ética Médica do Brasil, que veda ao médico abreviar a vida de paciente, mesmo que seja a pedido do mesmo ou de seus representantes legais (DINIZ, 2017, p 525).

Kovács (2014, p. 97) observa que a eutanásia originariamente era entendida como boa morte. Segundo ela, haveria menos pedidos de eutanásia se os pacientes não se sentissem solitários e com dor. Os profissionais de saúde podem ter dificuldades em aliviar estes sofrimentos, sentindo-se impotentes e sem fazer o melhor que podem.

O atual Código Penal não faz distinção entre homicídio eutanásico e outras formas de homicídios privilegiados, há redução de pena no parágrafo 1º, do artigo 121, em razão de relevante valor moral da conduta (MINAHIM, 2005, p. 177). O art. 121, parágrafo 1º do Código Penal, engloba tanto a eutanásia ativa como a passiva, sendo que nesta última, o omitente tem o dever de agir, mas se abstêm de prestar os cuidados médicos que poderiam prolongar a vida do paciente, resultando disto a antecipação da morte (MINAHIM, 2005, p. 178).

3.2 Suicídio assistido

O suicídio assistido se caracteriza pela opção do enfermo de colocar um fim a sua sobrevivência. Sua própria ação causa a morte, porém há a participação de terceiro que auxilia material ou moralmente o enfermo (CRUZ; OLIVEIRA, 2013, p. 407). Assim pode-se distinguir a eutanásia e o suicídio assistido corretamente, na primeira a morte é causado por ato de terceiro levado pelo sentimento de compaixão, enquanto no segundo é o próprio enfermo que causa a morte, sendo o auxiliador um instrumento para efetivação (CRUZ; OLIVEIRA, 2013, p. 407-408).

Segundo Minahim (2005, p. 174), o suicídio assistido por médico distingue-se da eutanásia porque embora o médico possua os meios para realização do ato, quem o executa é o paciente, assim torna-se o autor da própria morte, sendo os atos praticados pelo médico correspondentes ao chamado auxílio ao suicídio, tipificado no Art. 122 do Código Penal Brasileiro.

3.3 Distanásia

A distanásia pode ser entendida como morte lenta, ansiosa e com sofrimento, o termo deriva de um neologismo composto do prefixo grego *dys* (ato defeituoso) e *thanatos* (morte) (KOVÁCS, 2003, p. 153). O termo pode ser utilizado como sinônimo de tratamento inútil e fútil, que tem como consequência uma morte lenta, prolongada e sofrida (PESSOA, 2011, p. 11).

Compreende-se a distanásia como forma de retardar a morte ao máximo, utilizando todos os meios médicos disponíveis, mesmo que isto cause dores e padecimento a um indivíduo cuja morte é eminente e inevitável. Tem-se assim não um prolongamento da vida, mas sim, o processo de morrer (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 239).

3.4 Ortonásia

Em seu sentido etimológico a ortotanásia deriva do termo grego *orthos* (correto) e *thanatos* (morte), significando desta forma o momento adequado de morrer, com o devido respeito aos limites da vida humana (SANTANA *et al.*, 2017, p. 160). É a morte em seu tempo certo, sem a intervenção médica visando acelerá-la (eutanásia) ou retardá-la por meios e equipamentos artificiais (distanásia), é uma aceitação da morte, permitindo a vida seguir seu curso até o fim (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 240).

A ortotanásia não está limitada a adiantar ou não a morte do paciente terminal, mas também em preservar a sua dignidade e a sua autonomia. A prática da ortotanásia constitui processo de humanização da morte, suspendendo-se os tratamentos inúteis a recuperação do indivíduo quando a morte é inevitável e eminente (CRUZ; OLIVEIRA, 2013, p. 408).

A ortotanásia está regulada pelo Conselho Federal de Medicina pela Resolução CFM nº 1.805/2006. Em maio de 2007, o Ministério Público ingressou com ação civil pública requerendo a ilegalidade da resolução, a ação se arrastou até dezembro de 2010, quando o juiz decidiu pela legalidade da Resolução do CFM, que permanece em pleno vigor (MENEZES; VENTURA, 2013, p. 213-214).

Pessine (2016, p. 60) enxerga esta resolução como avanço na área de saúde no Brasil, no sentido de preservação da dignidade humana no fim da vida. Salaria ainda que a tecnologia deve ser utilizada com sabedoria, reconhecendo que a vida tem um fim e que o mesmo deve guardar respeito à dignidade. A morte não deve ser vista como doença, que deve ter sua cura procurada a qualquer custo, deve ser considerado que o ser humano é mortal e que por mais que a tecnologia evolua o ser humano não se tornará imortal, a morte é natural e todos deverão passar por ela.

Santana *et al.* (2017, p. 162), em pesquisa com enfermeiros do curso de especialização *lato sensu* de enfermagem em UTI (Unidade de Terapia Intensiva) adulto, pediátrica e neonatal, percebem que os enfermeiros defendem que as condutas terapêuticas devem ser limitadas, pois acreditam

que o prolongamento artificial da vida causa sofrimento aos pacientes. Os autores salientam que o entendimento e o apoio da família do enfermo é muito importante para cessar as medidas curativas e estabelecer os cuidados paliativos adequados.

Ainda na pesquisa supracitada fica perceptível que a morte ainda não é bem aceita pelos profissionais da área de saúde, existem neles uma sensação de fracasso e também resistência em aceitar o fim da vida e a morte como processo natural de existir (SANTANA *et al.*, 2017, p. 163).

A ortotanásia e a necessidade de resguardar a dignidade do paciente surgem como um tipo de processo voltado à morte e a morrer dignamente. A cessação das medidas curativas não significa o fim do cuidado, mas sim, o início de procedimentos voltados a abrandar o sofrimento e a proporcionar conforto (SANTANA *et al.*, 2017, p. 165). Quando a equipe médica entende a morte, há um favorecimento à integração da família ao processo de aceitação da ortotanásia e conseqüentemente da morte digna (SANTANA *et al.*, 2017, p. 165).

3.5 Movimento *hospice* e cuidados paliativos

O papel do médico está em curar dentro das possibilidades e assistir atenciosamente o paciente, tentando amenizar seu sofrimento físico-psíquico quando não for possível reestabelecer sua saúde (DINIZ, 2017, p. 545). É na filosofia do asilo (*hospice*) que a medicina paliativa se torna uma realidade viável, honrando a dignidade e integridade humana (DINIZ, 2017, p. 545).

O moderno movimento *hospice* é um programa de cuidados a pacientes com doenças graves avançadas e em fase terminal, englobando duas modalidades, os cuidados paliativos e os cuidados *hospice* – oferecidos em locais distantes de hospitais, organizados para acolher pessoas que estão morrendo, são os denominados *hospices* (FLORIANI, 2013, p.398).

O movimento surge com a construção do St. Christopher's Hospice, na Inglaterra, em 1967 (FLORIANI, 2013, p. 398), e foi introduzido pela inglesa

Cicely Saunders. A instituição prestava assistência integral aos pacientes nos diversos tipos de sintomas, inclusive alívio de dor e sofrimento psicológico (HERMES; LAMARCA, 2013, p. 2578).

Atualmente, o *hospice* constitui um centro de convivência acoplado aos hospitais, no qual os pacientes recebem cuidados paliativos, procurando diminuir os sofrimentos físicos e psíquicos provocados por doenças que não possuem possibilidades de cura, tentando levar o enfermo a uma melhor qualidade de vida com a participação da família até o momento da sua morte (DINIZ, 2017, p. 545).

Segundo Floriani (2013, p. 398), um dos conceitos basilares do movimento *hospice* é o da boa morte, entendida como modelo de morte socialmente compartilhada, mais suave, buscando dar sentido à morte. O conceito de boa morte passa a ideia de que os cuidados paliativos e *hospice* levam a morrer de forma confortável, criando uma expectativa do modo como se morre, quando se trata dos assuntos relacionados ao fim da vida de forma digna (FLORIANI, 2013, p. 398).

De acordo com Diniz (2017, p. 545-546), o *hospice* busca atender as necessidades físicas, emocionais e sociais do enfermo, presando pelo respeito à sua integridade, permitindo que em seus últimos momentos seus companheiros sejam seus entes queridos e não o maquinário hospitalar. Busca-se levar o paciente a morrer com dignidade, passando seus últimos momentos ao lado daqueles que lhe são importantes, livrando-o da dor e possibilitando que ele e seus familiares optem pela utilização ou não de serviços de intervenção de tecnologia que prolonguem a vida artificialmente.

4. UM CONCEITO DE PRINCÍPIO

A base deste trabalho consiste em enfrentar o choque de princípios constitucionais vida e dignidade humana frente ao direito a morrer com dignidade em casos de pacientes terminais sem expectativa de recuperação, entendendo ser o princípio à vida aquele que obriga os profissionais da área da saúde a prolongarem ao máximo a sobrevivência do paciente, e o princípio da

dignidade humana aquele que possibilitaria o não prolongamento de tratamentos fúteis que não ajudariam o paciente a se recuperar. Porém, antes de entrar na questão dos princípios propriamente dita, necessário se faz chegar, mesmo que brevemente, a observar as conceituações do que seja um princípio e dissertar sobre os princípios em colisão.

4.1 Regras e princípios

4.1.1 Regras e princípios em Dworkin

Em seu livro *Levando os Direitos a sério*, mais especificamente no capítulo 2 - Modelo de Regras I, Dworkin faz uma definição do que seja Princípio. De início faz a separação entre política e princípios, sendo a primeira descrita como “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (DWORKIN, 2002, p. 36). Por sua vez, o segundo termo pode ser entendido como “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2002, p. 36).

Logo após, o autor começa a tecer a diferença entre regras e princípios, a qual segundo seu entendimento é de natureza lógica, ambos apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em situações específicas (DWORKIN, 2002, p. 39). A aplicação das regras dá-se de forma tudo – ou – nada, “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, 2002, p. 39).

Diferente das regras, os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância. Quando princípios entram em conflito, aquele que buscará uma resposta para a colisão tem de levar em consideração a força relativa de cada um, porém esta mensuração não pode ser considerada como exata, e o

juízo que determina que um princípio é mais importante que outro será com frequência objeto de controvérsia (DWORKIN, 2002, p. 42).

Dworkin ainda observa que “essa dimensão é uma parte integrante do conceito de princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é” (DWORKIN, 2002, p. 43). No que lhe concerne, as regras não possuem esta dimensão de peso, elas são funcionalmente importantes ou desimportantes, sendo assim uma regra jurídica pode ser mais relevante que outra se desempenhar papel mais importante na regulação do comportamento. Porém deve ser feita a ressalva de que uma regra não será mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras. Assim, quando há choque entre duas regras, uma acaba suplantando a outra em virtude de sua maior importância (DWORKIN, 2002, p. 43).

4.1.2 Regras e princípios em Alexy

Segundo Alexy (2015, p. 85), a diferença entre regras e princípios firma o eixo da teoria fundamental no âmbito dos direitos fundamentais, bem como constitui objeto de resolução de conflitos centrais dentro da doutrina dos direitos fundamentais.

Para o autor, sem esta distinção não poderia haver uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina aceitável sobre colisões, nem uma teoria sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico (ALEXY, 2015, p. 85). Segundo ele, esta distinção constitui o esqueleto de uma teoria normativa – material dos direitos fundamentais e ponto de partida a respostas sobre indagações acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade dentro dos direitos fundamentais (ALEXY, 2015, p. 85).

Em Alexy, regras e princípios são reunidos sobre o conceito de norma, tanto uma como a outra são espécies de normas, porque ambas dizem o que deve ser, bem como podem ser formuladas através de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição (ALEXY, 2015, p. 87).

Diversos são os critérios utilizados para diferenciar regras de princípios. Baseando-se neles pode-se chegar a três teses diversas acerca da distinção entre um e outro, a primeira afirma que toda tentativa com a intenção de diferenciar as normas em dois conjuntos ou classes seria fadada ao fracasso por causa da diversidade de normas existentes (Alexy, 2015, p. 89).

A segunda tese defende que esta divisão em regras e princípios é possível, porém essa diferenciação é apenas de grau, os adeptos desta tese são autores que enxergam no grau de generalidade o critério para esta distinção (ALEXY, 2015, p. 90).

A terceira tese, entendida como correta por Alexy, sustenta que as normas podem ser diferenciadas em regras e princípios, sendo que entre ambos há além de uma diferença gradual, também uma diferença qualitativa (ALEXY, 2015, p. 90).

O lugar decisivo da diferenciação entre regras e princípios, segundo Alexy, “é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2015, p. 90). Assim, por consequência, princípios podem ser entendidos como mandamentos de otimização, caracterizados pela possibilidade de serem satisfeitos em diversos graus, bem como pelo fato de sua satisfação não depender apenas de circunstâncias fáticas, mas também, de possibilidades jurídicas, sendo que estas têm seu âmbito definido pelos princípios e regras em conflito (ALEXY, 2015, p. 90).

As regras, por sua vez, “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (ALEXY, 2015, p. 91). Desta forma, as regras contêm determinações dentro daquilo que é fático e juridicamente possível. Pode-se concluir que a diferença entre regras e princípios não é uma distinção de grau, mas sim, uma distinção qualitativa. Deste modo, toda norma é uma regra ou um princípio (ALEXY, 2015, p. 91).

4.2 O princípio da dignidade humana

Barreto (2013) argumenta que mesmo consagrado como princípio basilar da Constituição de 1988, o princípio da dignidade humana não vem sendo acompanhado de uma reflexão sobre os seus fundamentos éticos – filosóficos, isto acarreta no emprego indiscriminado de um conceito de tal magnitude para tudo justificar.

Para o autor supracitado, esta falta de reflexão está atrelada ao fato de a dignidade humana não ser um conceito propriamente jurídico, segundo ele. De acordo com Edelman, para que se torne um conceito, a ideia de dignidade precisa de uma história a lhe justificar e definir seu espaço (BARRETO, 2013, p. 64).

Sarlet (2015, p. 31) também concorda que a dignidade humana se aplica ao pensamento de Edelman, no qual todo conceito possui uma história a ser retomada e reconstruída, de simples palavra a conceito jurídico, para então se compreender o seu sentido.

A atual ideia de dignidade humana decorre da convergência de várias doutrinas e pensamentos construídos de longa data na cultura ocidental (SARLET, 2015, p. 31). Por ser longa esta trajetória, e curto este espaço, assim como não é nossa intenção traçar toda a história da noção do conceito, partiremos da concepção moderna de dignidade humana, atribuída a Immanuel Kant (BARRETO, 2013, p. 73).

Antes de entrarmos em Kant, interessante passar por outros dois textos importantes para o conceito de dignidade humana, o primeiro é intitulado Discurso sobre a dignidade do homem, de autoria de Giovanni Pico della Mirandola:

[...] Assim, tomou o homem como obra de natureza indefinida e, colocando-o no meio do mundo, falou-lhe deste modo: «Ó Adão, não te demos nem um lugar determinado, nem um aspecto que te seja próprio, nem tarefa alguma específica, a fim de que obtenhas e possuas aquele lugar, aquele aspecto, aquela tarefa que tu seguramente desejares, tudo segundo o teu parecer e a tua decisão. A natureza bem definida dos outros seres é refreada por leis por nós prescritas. Tu, pelo contrário, não constringido por nenhuma limitação,

determiná-la-ás para ti, segundo o teu arbítrio, a cujo poder te entreguei. Coloquei-te no meio do mundo para que daí possas olhar melhor tudo o que há no mundo. Não te fizemos celeste nem terreno, nem mortal nem imortal, a fim de que tu, árbitro e soberano artífice de ti mesmo, te plasmasses e te informasses, na forma que tivesses seguramente escolhido. Poderás degenerar até aos seres que são as bestas, poderás regenerar-te até às realidades superiores que são divinas, por decisão do teu ânimo (MIRANDOLA, 1998, p. 57).

No fragmento acima, encontra-se identificado o caráter central da pessoa, encontrado na liberdade do indivíduo em determinar-se. O homem, diferente dos outros seres, não possuía natureza bem definida pelas leis divinas, ele não se encontra obrigado por nenhuma limitação (BARRETO, 2013, p. 72).

No pensamento de Mirandola, ao homem, criatura de Deus, foi outorgado natureza indefinida, diversa dos demais seres, sendo árbitro de si mesmo, soberano e artífice, com a capacidade de ser e obter o que desejar (SARLET, 2015, p. 36). A dignidade humana surge como suporte ao qual os indivíduos poderão realizar-se como pessoas, dotados de autonomia da vontade e arbítrio (BARRETO, 2013, p. 72).

Sarlet (2015, p. 36) ressalta que para o pensamento humanistas renascentista, sendo Mirandola seu principal representante para a ideia de dignidade humana, a universalidade e a dignidade estão implícitas à própria concepção do ser humano, abandonando-se de forma gradual a fundamentação religiosa (judaico-cristã), do homem à imagem e semelhança de Deus. Assim, levando em consideração a liberdade de escolha que o ser humano recebeu para escolher seu destino, a concepção de dignidade legada por Picco della Mirandola acabou por abrir caminho para a concepção de dignidade subentendida nos modernos documentos de direitos humanos.

Em seguida, para a afirmação do conceito de dignidade humana, há uma especial contribuição de Francisco de Vitoria, que no século XVI, em plena expansão espanhola, defendeu que os indígenas, que estavam sendo aniquilados e escravizados, em função de seu direito natural e de sua natureza humana, eram livres e iguais, sendo assim, deveriam ser respeitados como

sujeitos de direito, proprietários e signatários dos contratos firmados com a coroa da Espanha (SARLET, 2015, p. 37).

Vitoria discorreu da questão dos indígenas da América de forma especificamente jurídica, mostrando a importância do outro como igual – o fato de não serem cristãos não tornavam os indígenas seres sem direitos –, defendia que eram, inicialmente, livres e iguais (BARRETO, 2013, p. 71-72).

Na cultura contemporânea, o conceito de dignidade humana está ligado a Immanuel Kant, cuja concepção tem início na autonomia ética do ser humano, completando a secularização do conceito, que despe de suas vestes sacrais (SARLET, 2015, p. 39).

O sentido final de dignidade humana no pensamento kantiano encontra-se em dois de seus textos, o primeiro, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, e o segundo *Doutrina da Virtude* (BARRETO, 2013, p. 73).

Em *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, segundo Sarlet, construindo sua concepção partindo da natureza racional do ser humano, Immanuel Kant destaca ser a autonomia da vontade atributo exclusivo dos seres racionais, constituindo fundamento à dignidade humana (SARLET, 2015, p. 39-40).

É possível concluir que dignidade e autonomia estão firmemente relacionados, sendo que a dignidade pode ser vista como limite do direito de autonomia, sendo que este não pode ser exercido sem o mínimo de competência ética (SARLET, 2015, p. 40).

Kant em seu texto *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* afirma que:

O Homem, e, duma maneira geral, todo ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim ... Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo

que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto do respeito) (KANT, 2007, p. 68).

No mesmo texto, Kant ainda fala sobre a qualidade insubstituível do ser humano:

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela outra com equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade ... aquilo porém constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade ... Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade a valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade (KANT, 2007, p. 77-78).

Importante destacar o que se encontra no segundo texto de Kant intitulado *Doutrina da Virtude* onde encontramos:

No sistema da natureza, um ser humano (*homo phaenomenon, animal rationale*) é um ser de diminuta importância e partilha com o resto dos animais, como produto da terra, de um valor ordinário (*pretium vulgare*) ... Mas um ser humano considerado como uma pessoa, isto é, como o sujeito de uma razão moralmente prática, é guindado acima de qualquer preço, pois como pessoa (*homo noumenon*) não é para ser valorado meramente como um meio para o fim de outros ou mesmo para seus próprios fins, mas como um fim em si mesmo, isto é, ele possui uma dignidade (um valor interno absoluto) através do qual cobra respeito por si mesmo de todos os outros seres racionais do mundo. Pode avaliar a si mesmo conjuntamente a todos os outros seres desta espécie e valorar-se em pé de igualdade com eles” (KANT, 2003, p. 276-277).

Barreto (2013, p. 74) leciona que o núcleo da ideia de dignidade humana em Kant pode ser expresso por sete conceitos interligados em uma cadeia argumentativa – ser racional, *homo noumenon*, personalidade, fim em si mesmo, moralidade, autonomia e liberdade – sucedendo-se e completando-se permitindo uma conceituação final de dignidade humana.

O conceito de liberdade é essencial no pensamento kantiano para se chegar a uma definição de dignidade humana. Para Kant, o homem como ser pertencente ao mundo inteligível somente pode considerar o exercício de sua vontade sob o signo da liberdade, livre das causas determinantes do mundo sensível (BARRETO, 2013, p. 75).

Assim, Kant define a dignidade como resultado de uma sequência iniciada em considerar a pessoa como ser racional para se chegar a definir pessoa como aquela dotada de autonomia da liberdade (BARRETO, 2013, p. 76-77).

A dignidade humana em Kant consiste, segundo Barreto (2013, p. 77), na possibilidade que possui a pessoa de estabelecer leis universais de comportamento em que ela mesma deva se submeter. Portanto, em cada pessoa reside a humanidade que consiste no objeto de respeito que deve ser imposto a todos os outros homens, a dignidade no respeito que cada pessoa tem consigo mesma, como pessoa e como homem. Essa valoração de si mesmo traduz a característica sublime da construção moral do ser humano, sendo então que a dignidade humana reside, em conclusão, na preservação pelo homem da dignidade da humanidade (BARRETO, 2013, p. 77).

4.3 Sobre o princípio à vida

O princípio à vida reflete o mais fundamental de todos os direitos. A vida é um direito da personalidade inerente ao ser humano, o seu início deve ser definido pelos profissionais das biociências, cabendo aos juristas apenas sua aplicação e enquadramento legal (FAUSTINO, 2008, p. 42).

A inviolabilidade do direito à vida é assegurada no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, ela é assegurada como premissa para os direitos e garantias no dispositivo mencionado, ressalte-se que o direito à vida é um dos principais destacados pelos que defendem a ilicitude da prática da eutanásia, entendendo-a como forma de transgredir esse direito fundamental (HUBNER, 2013, p. 04).

A proteção ao direito à vida, dentre todos os direitos da personalidade, é o que possui maior importância como garantia da própria existência do ser, sendo também princípio informador de outros valores (FAUSTINO, 2008, p. 45).

O direito à vida é compreendido por grande parte do pensamento doutrinário como irrenunciável, manifestando-se da concepção até a morte do indivíduo. Também é intransmissível e indisponível, é inerente à pessoa, devendo ser entendido como direito à vida e não sobre ela. Este direito apresenta-se, nos moldes constitucionais, como direito de defesa, no sentido que a existência da pessoa não sofra violações por outras pessoas ou pelo Estado. Em sua dimensão positiva a garantia à vida é revelada na pretensão que o Estado busque medidas para protegê-la, entendendo-se assim a vida como direito constitucional e fonte primária para o exercício dos outros direitos, já que para exercê-los deve-se estar vivo (HUBNER, 2013, p. 04-05).

Todo o tipo de lei ou ordenamento será insuficiente se não levar em conta que a vida é digna de respeito, o qual deriva não apenas de imposições jurídicas, mas principalmente, por ser a vida um bem, que designa tudo aquilo que possa levar ao aprimoramento e progresso de uma pessoa ou de uma coletividade (PESSOA, 2011, p. 43).

Quando se trata de questões ligadas à morte digna, um dos princípios invocados que vai contra ela é o princípio da sacralidade da vida, que pode ser interpretado como se a vida fosse absolutamente indisponível para a pessoa devido ao fato de sua dependência a Deus, que seria o Senhor da vida e da morte. Sendo assim, há a necessidade de obediência as leis divinas absolutas que ele criou (PESSOA, 2011, p. 44).

Contraopondo-se à ideia de sacralidade da vida, encontramos a ideia de qualidade da vida, cujo conceito é abrangente, que se liga a diversos fatores como perspectivas econômicas, antropológicas, bioéticas e de saúde pública (PESSOA, 2011, p. 46).

Segundo Pessoa (2011, p. 46), para esta corrente, tendo por base a qualidade da vida, seria possível e legal ao médico de forma intencional colocar

fim à vida do paciente quando sua continuação não é mais benéfica ao enfermo. Assim, se ele está em um quadro irreversível e desprovido de consciência, seria legal a morte com intervenção.

A autora supracitada relembra o pensamento de Dworkin sobre quando a vida é subjetiva, instrumental ou intrinsecamente valiosa, sendo a mesma valiosa nos três sentidos (PESSOA, 2011, p. 46).

Dworkin afirma que tanto a opinião liberal como a conservadora acreditam que a vida humana possui um valor intrínseco, sendo errado por fim a uma vida, mesmo não estando em jogo os interesses de ninguém (DWORKIN, 2003, p. 47).

As pessoas acreditam ser intrinsecamente lamentável que uma vida humana tenha um fim prematuro, acredita-se que a morte prematura é intrinsecamente má, mesmo não representando nada de ruim para o indivíduo (DWORKIN, 2003, p. 96).

Este é o pensamento de muitos sobre o suicídio e a eutanásia, que é terrível uma pessoa tirar a própria vida, ou que o médico mate o paciente a pedido do mesmo, ainda que a morte satisfaça um interesse fundamental do enfermo (DWORKIN, 2003, p. 96).

Dworkin se pergunta o que significa dizer que a vida humana é intrinsecamente importante, e passa a tecer considerações, deduzindo que “uma coisa é *instrumentalmente* importante se seu valor depender de sua utilidade, de sua capacidade de ajudar as pessoas a conseguir algo mais que desejam [...] Uma coisa é subjetivamente valiosa somente para as pessoas que a desejam” (DWORKIN, 2003, p. 99).

Quanto a ser intrinsecamente valiosa a autor aduz: “Uma coisa é intrinsecamente valiosa, ao contrário, se seu valor for *independente* daquilo que as pessoas apreciam, desejam ou necessitam, ou do que é bom para elas” (DWORKIN, 2003, p. 99).

Logo após, o autor pergunta se a vida humana será subjetiva, instrumentalmente ou intrinsecamente valiosa. Como já dito em linhas anteriores, para o nobre autor, ela é valiosa nos três sentidos, trata-se a vida

humana como instrumental quando ela é avaliada em termos do quanto o fato dela estar viva serve ao interesse dos outros. Por sua vez, trata-se a vida como subjetivamente valiosa quando se avalia seu valor para ela própria, em termos de quanto a pessoa quer estar viva ou de quanto estar viva é bom para ela. Por fim, ele chama de pessoal o valor subjetivo que uma vida possui para a pessoa cuja vida se está tratando, sendo pessoal o que se tem em mente quando se afirma que a vida é a coisa mais importante que o indivíduo possui, sendo então pessoal a proteção que o governo reconhece ao vigorar o direito à vida como fundamentalmente importante (DWORKIN, 2003, p. 101).

O ser humano é o detentor da vida, e cabe ao direito garantir que sua fruição se dê com dignidade. Não menos importante é a qualidade da vida a ser garantida pelo direito, deve ser considerada não apenas a dimensão biológica da vida humana, mas também a qualidade de vida. Prolongar ao máximo o funcionamento do organismo do ser humano não deve mais encontrar guarida no direito, visto que o preço desta obstinação é uma gama de sofrimentos para o enfermo e seus familiares (FAUSTINO, 2008, p. 48).

No contexto da doutrina constitucional brasileira há o entendimento de ser a eutanásia como procedimento contrário à vida, esta corrente aduz que o direito à vida não pode trazer um direito sobre a vida, porém a mesma corrente aceita práticas como supressão de tratamentos extraordinários nos casos em que a morte acaba sendo acelerada de forma indireta em consequência de ações médicas que buscam o alívio do sofrimento do paciente em estado terminal (HUBNER, 2013, p. 08).

Há, por outro lado, aqueles que defendem que o direito à vida digna deve abranger o direito à morte digna, a absolutização do bem vida acaba por ultrapassar os limites da dignidade do ser humano e desafia outros direitos como a autonomia e a liberdade, e por vezes, pode deturpar a ideia de um direito a viver, tornando-o um dever de viver (HUBNER, 2013, p. 08-09).

O ser humano tem outras dimensões além da biológica, sendo assim, o prolongamento da vida somente deve ocorrer se trazer algum benefício ao indivíduo, desde que este benefício não fira sua dignidade do viver e do morrer (FAUSTINO, 2008, p. 49).

Há que se destacar que não se pode interpretar a inviolabilidade do direito à vida como indisponível, de modo que as pessoas não possam escolher os rumos de sua própria vida e morte. Também é incorreto a afirmar que o direito à vida é irrenunciável, sob a pena de torná-lo em um dever de viver. A Constituição de 1988 elenca série de direitos como invioláveis, porém, isso não implica que eles não sejam passíveis de ponderação quando em colisão com outros princípios de mesma magnitude, exigindo que se faça um sopesamento de modo a harmonizá-los (HUBNER, 2013, p. 08).

A vida humana constitui a própria razão do Direito, toda norma jurídica se dirige ao ser humano, o substrato de qualquer direito relativo ao ser humano tem sua origem na vida. Sendo assim, não há situação social ou qualquer direito fundamental que se pode colocar contra a preservação da vida (FAUSTINO, 2008, p. 57).

A vida humana é um bem jurídico fundamental, constituindo origem e suporte aos demais. Sua extinção põe fim à condição de ser humano e de todas as manifestações jurídicas que se apoiam nesta condição. A proteção da vida tem como causa a preservação deste bem, desde o começo até a morte (FAUSTINO, 2008, p. 61).

A proteção constitucional da vida humana impede que a pessoa atente contra ela e que qualquer pessoa atente contra si mesma, assim, a pessoa não poderá lutar por uma morte digna se isto venha a interferir no processo vital abreviando-lhe. A morte digna decorre do direito à vida, e sua proteção, bem como ela mesma, deve se dar nos direitos fundamentais do ser humano (FAUSTINO, 2008, p. 63).

5. FORMAS DE PONDERAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Diferente do choque entre regras, que pode ser resolvido introduzindo uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou então considerando uma das regras inválidas, o choque entre princípios deve ser solucionado de forma diversa, quando há choques entre princípios um deles deverá ceder (ALEXY, 2017, p. 92).

O que deve ser observado na doutrina de Alexy é que em caso de colisões, quando um princípio cede em face outro, não implica dizer que o cedente seja inválido ou que seja incluído nele uma cláusula de exceção, o que acontece é que em certas circunstâncias um princípio terá precedência em face do outro, sendo relevante observar que se forem outras as circunstâncias a colisão poderá ser resolvida de modo oposto (ALEXY, 2017, p. 93).

O discurso sobre o direito à morte digna nos leva a dois polos de discussão antagônicos. Quem se mostra contra este direito diz que aceitá-lo contraria o princípio à vida, e aqueles a favor defendem que prolongar um tratamento quando não há possibilidade de recuperação fere diretamente o princípio da dignidade humana.

Observando estes discursos e atentando-se aos ensinamentos de Alexy, podemos inferir que esta tensão entre princípios constitucionais não poder ser resolvido como nos casos das regras, incluindo cláusulas de exceção ou invalidando um deles. Não existe entre estes princípios uma precedência absoluta de um sobre o outro, nenhum possui prioridade em face do outro absolutamente. Conforme o ensinamento do ilustre autor, este conflito deve ser solucionado por meio de um sopesamento entre os princípios colidentes (ALEXY, 2017, p. 94-95).

No momento em que se analisa casos de pacientes terminais que não possuam condições de melhora, ao invocar isoladamente o princípio à vida, os profissionais da área médica devem prolongar ao máximo a vida do enfermo, levando a prática da distanásia e impossibilitando o direito à morte digna. Por outro lado, quando se analisa os casos levando em consideração apenas o princípio da dignidade humana, os profissionais não ficam presos ao prolongamento demasiado da vida do enfermo, busca-se a chamada ortotanásia, levando o mesmo ao fim de sua vida ao tempo certo e de forma natural, possibilitando então o direito à morte digna.

Do exposto, conforme o entendimento de Alexy, em uma hipótese de choque de princípios, se o caso é analisado de forma isolada e ambos os princípios levam a situações contraditórias, pode-se concluir que um princípio

restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro (ALEXY, 2017, p. 96).

Para resolver situações deste tipo, deve-se proceder na construção de uma relação de precedência condicionada entre os princípios em colisão, deve ser levado em conta o caso concreto, estipulando relações de precedência condicionadas consistentes em condições em que um princípio, na situação analisada, possua precedência sobre o outro (ALEXY, 2017, p. 96).

Segundo Alexy (2017, p. 96), este conceito de relação de precedência condicionada é muito importante para a compreensão da colisão entre princípios. O autor utiliza de um exemplo para explicar com mais detalhe o conceito. No caso em que o autor analisa em seu livro, ele chama o primeiro princípio colidente de P1 e o segundo de P2. Se considerados de forma isolada eles levam a juízos opostos, um permite e outro proíbe. Essa colisão pode ser resolvida no estabelecimento de uma relação de precedência incondicionada ou por meio de uma relação de precedência condicionada. O autor usa o símbolo **P** para representar essa relação de precedência, utilizando também o sinal **C** para condições nas quais um princípio tenha precedência sobre o outro, desta forma, surgiria quatro possibilidades para resolução de um caso: (1) P1 **P** P2; (2) P2 **P** P1; (3) (P1 **P** P2) C; (4) (P2 **P** P1) C (ALEXY, 2017, p. 96-97).

As situações (1) e (2) são relações incondicionadas de precedência, podendo também serem chamadas de abstratas ou absolutas. Essa forma de relação deve ser excluída, pois de forma geral em colisões de princípios constitucionais um princípio não tem precedência sobre o outro (ALEXY, 2017, p. 97).

As relações (3) e (4) são possibilidades condicionadas, também chamadas de precedência concreta ou relativa. A decisão em casos de colisões de princípios é identificar qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder, levando em consideração qual deles possui peso maior diante dos fatos dados. Assim, “o princípio P1 tem um peso maior que o princípio colidente P2 se houver razões suficientes para que P1 prevaleça sobre P2 sob as condições C, presentes no caso concreto” (ALEXY, 2017, p. 97).

Das fórmulas abordadas, se uma ação fere um direito fundamental, então ela será proibida, assim, pode-se formular uma regra da seguinte forma “se uma ação preenche as condições *C*, então, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida” (ALEXY, 2017, p. 98).

Alexy conclui que a chamada “condição de precedência” (*C*) possui dois papéis: nos enunciados de precedência (3) e (4), *C* é a condição de uma relação de precedência e na fórmula “se uma ação *h* preenche *C*, então, *h* é proibida sob o ponto de vista dos direitos fundamentais, *C* é o pressuposto fático de uma regra” (ALEXY, 2017, p. 98).

Segundo Alexy (2017, p. 98-99), este duplo caráter decorre do próprio enunciado da preferência, que leva a formular uma lei sobre a conexão entre relações de preferências condicionadas e regras, denominada de “lei de colisão”, refletindo a natureza dos princípios como mandamentos de otimização, porque primeiro afasta a existência de relações absolutas de precedência e em segundo afasta sua referência a ações e situações que não são quantificáveis.

O autor explica a formulação da lei de colisão começando pelo duplo caráter de “*C*”, que decorre do próprio enunciado de precedência, pois a precedência de *P*₁ sobre quaisquer outros princípios *P*₂ colidentes sob as condições *C* implica dizer que a consequência jurídica resultante de *P*₁ é aplicável presente as condições *C*, desta forma, “de um enunciado de precedência acerca de uma relação condicionada de precedência decorre uma regra, que, diante da presença da condição de precedência, prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente” (ALEXY, 2017, p. 98-99).

Assim, pode-se formular uma lei sobre a conexão entre relações de precedência condicionada e regras, que o autor chama de “lei de colisão”, sendo ela descrita pelo autor da seguinte maneira:

(K) Se o princípio *P*₁ tem precedência em face do princípio *P*₂ sob as condições *C*: (*P*₁ **P** *P*₂) *C*, e se do princípio *P*₁, sob as condições *C*, decorre a consequência jurídica *R*, então, vale uma regra que tem *C* como suporte fático e *R* como consequência jurídica: $C \rightarrow R$.

Uma formulação menos técnica seria:

(K') As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência (ALEXY, 2017, p. 99).

Para explicar a fórmula com mais clareza, Alexy utiliza de um caso prático denominado de Caso Lebach, no qual havia um choque de princípios constitucionais (proteção da personalidade x liberdade de informar) e o Tribunal Constitucional Federal resolveu a questão através de sopesamento entre princípios.

Seguiremos o roteiro que é exemplificado no livro de Alexy, porém teremos como base a seguinte situação hipotética: um paciente terminal não possui expectativa de melhora médica, sua morte é eminente, o que permite ele viver são apenas os aparelhos e cuidados médicos em um hospital; o paciente e sua família concordam em dar fim a seu sofrimento e deixá-lo morrer com dignidade; os profissionais da área médica, diante do vácuo legislativo em que se encontram, estão em dúvida se prosseguem com a sustentação da vida de forma artificial ou se deixam o paciente seguir seu curso natural e morrer com dignidade. Pergunta-se até que ponto o princípio à vida tem precedência sobre a dignidade humana? Até que ponto pode-se prolongar um tratamento que se mostra fútil e sem expectativa de resultado, sem ferir a dignidade do paciente terminal?

No caso Lebach, a argumentação do Tribunal Constitucional Federal deu-se em três etapas: inicialmente foi constatado um conflito entre princípios, o qual não pode ser solucionado por meio da invalidação de uma das duas normas, mas por meio de sopesamentos, no qual nenhum dos princípios pode pretender uma precedência geral, é necessário decidir qual deve ceder levando em consideração o caso concreto (ALEXY, 2017, p. 100). Em nossa situação hipotética de início acontece o mesmo, porém com interesses e situações diferentes. Estão no caso em tensão o princípio da Dignidade Humana (Art. 1º III, CFRB/1988) e o princípio à vida (Art. 5º CFRB/1988), que se considerados de forma isoladas levam a resultados opostos entre si: o primeiro permite a morte digna do paciente terminal, o segundo não permite a morte digna,

obrigando o prolongamento do tratamento e da vida do paciente terminal ao máximo.

O segundo passo tomado pelo Tribunal no caso Lebach é sustentar uma precedência geral da liberdade de informar (P2) em caso de informações atuais sobre atos criminosos (C1), ou seja, (P2 **P** P1) C1, assim nem toda informação atual seria permitida. Esta relação sustenta uma precedência geral ou básica, significando que tanto “a condição de precedência e, com isso, o suporte fático da regra que corresponde ao enunciado de preferência segundo a lei de colisão incluem uma cláusula *ceteris paribus*, a qual permite o estabelecimento de exceções” (ALEXY, 2017, p. 101).

No caso do paciente terminal sem expectativa de melhora, as mesmas condições podem ser estabelecidas. Inicialmente pode-se sustentar uma precedência geral do princípio à vida, o qual será chamado de (P2), se estiverem presentes possibilidades de melhora da saúde do enfermo (C1). Assim (P2 **P** P1) C1, pode-se estabelecer do enunciado uma cláusula de exceção, pois nem sempre preservar a vida seria permitida, apenas pode ocorrer se houver condições de melhora.

Voltando ao caso Lebach, a decisão do Tribunal ocorre numa terceira etapa, onde há a constatação de que uma repetição de noticiário sobre um crime não está revestida pelo interesse atual da informação, colocando em risco a ressocialização do autor (C2). Assim, a proteção da personalidade (P1) tem precedência sobre a liberdade de informar (P2), proibindo então a veiculação da notícia, valendo então o enunciado de preferência (P1 **P** P2) C2, no qual C2 é composto pelas seguintes condições: repetição/ausência de interesse atual pela informação/grave crime/risco à ressocialização (ALEXY, 2017, p. 101-102).

Desta forma, a regra $C2 \rightarrow R$, que corresponde ao enunciado de preferência, é uma regra com quatro atributos de suporte fático na forma: T1 e T2 e T3 e T4 $\rightarrow R$. Portanto, nas palavras do nobre autor: “uma notícia repetida (T1), não revestida de interesse atual pela informação (T2), sobre um grave crime (T3), e que põe em risco a ressocialização do autor (T4), é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2017, p. 102).

No caso do paciente terminal não é diferente, as condutas médicas que buscam maximizar a vida dos pacientes enfermos, mesmo sabendo que não há possibilidade de melhora e que ao fim o paciente morrerá (C2), contrariam diretamente o princípio da dignidade humana (P1). Sendo assim, a dignidade humana (P1) tem precedência sobre o princípio à vida (P2), proibindo então práticas distanáticas que prologam excessivamente a vida do enfermo, vale então o enunciado de precedência (P1 **P** P2) C2.

No caso, C2 será composto pelas condições: impossibilidade de melhora/ausência de interesse do paciente em continuar com o tratamento/risco à autonomia do paciente/risco à dignidade humana do enfermo. Desta forma, a regra $C2 \rightarrow R$, que corresponde ao enunciado de preferência, possui os seguintes atributos de suporte fático na forma: T1 e T2 e T3 e T4 e T5 $\rightarrow R$. Portanto, o prolongamento demasiado de tratamento médico, no caso de um paciente terminal quando é impossível a melhora (T1), quando o paciente e sua família não possuem interesse em continuar com o tratamento (T2), que apenas prolonga artificialmente a vida (T3), que põe em risco a autonomia do paciente (T4) e representa um risco a dignidade do paciente terminal (T5), é proibido do ponto de vista dos direitos fundamentais.

6. ÚLTIMAS REFLEXÕES SOBRE O DIREITO À MORTE DIGNA

6.1 Morte digna como um direito humano

A prática de condutas médicas que possibilitam a morte digna sofre mudanças de acordo com a sociedade em que elas são empregadas, a cultura e desenvolvimento intelectual de cada sociedade influência o fato destas práticas serem possíveis ou não. Alguns países permitem por meio de lei a prática médica de abreviação ou interrupção de tratamentos médicos de acordo com as decisões do paciente, pode-se citar, por exemplo, a Holanda, Luxemburgo e a Suíça, os quais legalizaram o suicídio assistido e a eutanásia. No continente americano também existem exemplos, nos Estados Unidos vários Estados incorporam a eutanásia em seus Códigos, os Códigos Penais

do Uruguai em seu artigo 37 e o da Colômbia no artigo 365 concedem o perdão judicial em casos de eutanásia ativa, desde que sejam realizadas com a anuência expressa do paciente em estado terminal (DINIZ, 2017, p. 523).

No Brasil, tais condutas não são permitidas por lei, o que gera dúvidas e incertezas nos profissionais da área, pois a ortotanásia é permitida no Código de Ética Médica, que em seu artigo 41, parágrafo único, dispõe que em casos de doenças incuráveis e terminais o médico tem o dever de fornecer os cuidados paliativos necessários, mas sem empreender ações terapêuticas inúteis, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou de seu representante legal.

O legislador brasileiro deve estar atento à evolução do pensamento de seu povo, assim como já ocorre em outras culturas e países. A partir do momento em que se tem a vida com um direito humano fundamental, o Estado deve dar ao povo o direito a uma morte digna. O viver e o morrer estão ligados de forma natural, morrer dignamente também deve ser enxergado com um direito humano.

Negar isto é uma arbitrariedade do Estado, ferindo diretamente o objetivo dos Direitos Humanos, que consistem justamente na defesa do indivíduo contra o uso arbitrário do poder do Estado. O sistema jurídico deve ter por objetivo primordial a preservação da liberdade do indivíduo frente à ameaça constante de sua negação (BARRETO, 2013, p. 67).

Tentar adotar a morte digna como um direito humano, partindo da premissa que em outros países estes direitos já existem, faz-se necessário refletir se, apesar de estar presentes em outras culturas, este direito humano pode ser utilizado de forma universal e trazido para nosso ordenamento jurídico. Inicialmente deve-se atentar à questão da validade dos direitos humanos, a marca que caracteriza estes direitos reside em seu conteúdo, ou seja, normas gerais destinadas a todas pessoas como seres humanos, independente de nacionalidade, sendo válidos para nacionais ou estrangeiros (BARRETO, 2013, p. 262).

Cabe observar que algumas características da identidade humana independe de cultura. O ser humano possui características comuns que podem ser observadas em diversas sociedades: todo ser humano é capaz de pensar, raciocinar, julgar, sonhar, de imaginar projetos de sua vida e de estabelecer relações com os seus semelhantes. Essas características mostram como todas as culturas e sociedades têm uma mesma identificação do que é ser humano (BARRETO, 2013, p. 262-263).

O ser humano se diferencia no universo devido a suas capacidades, as quais necessitam de uma explicação racional para identificar no indivíduo uma característica central que constitua o eixo da identidade humana. As atrocidades da história do século XX fizeram a reflexão filosófica trabalhar neste tema, chegando a elaborar a categoria moral e jurídica da dignidade humana (BARRETO, 2013, p. 265).

De início, a ideia de dignidade implica na afirmação negativa da pessoa humana, impedindo que sejam tratados como objetos, e em segundo momento, passa a ser uma afirmação positiva que defende a necessidade de ajudar a desenvolver suas capacidades (BARRETO, 2013, p. 265).

Os direitos humanos são uma categoria que têm o caráter de abrigar e proteger a existência e o exercício das variadas capacidades humanas, que encontram na dignidade o seu ponto convergente. É através desta concepção, do ser humano como dotado de diferentes capacidades naturais, que se pode procurar um nível comum, que responda ao desafio do multiculturalismo (BARRETO, 2013, p. 266).

Para integrar valores universais no quadro do multiculturalismo deve-se proceder em etapas, procurando fazer a intermediação de valores morais nas sociedades multiculturais, sem que eles percam seu caráter de universalidade, sendo universais por responderem a exigências de todos seres humanos, independente de cultura, nacionalidade ou religião (BARRETO, 2013, p. 267-268).

A universalização dos direitos humanos pode ser atingida no fortalecimento de diálogos regionais interculturais, estabelecendo acordos

regionais entre as diversas culturas, preservando suas características básicas, porém permitindo que sejam integradas no sistema global (BARRETO, 2013, p. 270).

Os direitos humanos conduzem às exigências indispensáveis para a vida do ser humano, que podem ser resumidas na ideia de dignidade humana, cuja manutenção constitui o centro dos direitos humanos, porque é por meio deles que são asseguradas as diversas dimensões da vida humana, todas asseguradoras da realização total da pessoa (BARRETO, 2013, p. 272).

6.2 Considerações sobre ter uma vida boa e viver bem

Para reforçar a importância da dignidade humana, interessante fazer uma leitura sobre viver bem e ter uma vida boa proposto pela doutrina de Dworkin. O autor observa que os termos se ligam e se diferenciam da seguinte forma: viver bem induz a esforçar-se para criar uma vida boa, porém dentro de certos limites essenciais à dignidade humana (DWORKIN, 2014, p. 298).

Viver bem é um encargo do ser humano que é obtido pelo simples fato de existirem como criaturas autoconscientes que têm uma vida a viver, é importante viver bem, não para o próprio ser ou para os outros, mas simplesmente importante (DWORKIN, 2014, p. 299).

Morrer com dignidade sem prolongamento artificial da vida a todo custo mostra-se como uma forma de valorizar uma vida bem vivida. Viver é um valor de execução, prolongar a vida em leitos hospitalares é subtrair essa execução.

Dworkin afirma que para valorizar uma vida humana bem vivida não se deve apegar a uma narrativa terminada, mas ao fato de essa vida incorporar uma execução, uma vitória sobre o desafio de ter uma vida e viver, para ele, o valor final da vida é adverbial e não adjetivo, é um valor de execução e não do que sobra quando se subtrai a execução (DWORKIN, 2014, p. 300).

Como já observado, as ideias de viver bem e ter uma vida boa implicam uma à outra, porém há um momento que Dworkin se pergunta qual responsabilidade ética é mais fundamental, concluindo que seria viver bem,

pois, no seu entendimento, é irresponsabilidade ética viver menos bem com a finalidade de ter uma vida melhor, sendo impróprio orgulhar-se de ter uma vida boa quando ela se cumpre ao preço de viver mal. Assim, conclui que viver bem é lexicalmente anterior ao valor de uma vida boa (DWORKIN, 2014, p. 308).

Segundo a obra dworkniana, existem dois princípios que mostram as exigências fundamentais do bem viver. O primeiro é o princípio de respeito por si mesmo, no qual cada pessoa deve levar a sério sua própria vida, aceitando a importância que a vida seja uma execução bem-sucedida. O segundo princípio é o da autenticidade, no qual cada indivíduo tem a responsabilidade pessoal e especial em identificar quais serão os critérios de sucesso para a sua própria vida, cada pessoa tem o dever pessoal de criar sua vida por meio de um estilo coerente com o que ele mesmo entenda ser correto (DWORKIN, 2014, p. 311).

O princípio da autenticidade é o outro lado do respeito por si mesmo. Quando a pessoa se leva a sério, ela pode concluir que viver bem significa se expressar bem em sua vida, buscar um modo de viver correto para ela e para suas circunstâncias. O crucial não é viver de forma diferente dos outros, mas viver conforme a situação e os valores que lhe parecem adequados (DWORKIN, 2014, p. 320-321).

A autenticidade estipula as exigências que a dignidade impõe nas relações das pessoas umas com as outras. O ser humano deve buscar independência, o que não quer dizer escapar da influência ou persuasão. Seria impossível inventar um estilo de vida totalmente novo, não se pode fugir às influências, porém a pessoa deve resistir à dominação. É uma exigência da autenticidade que, na medida em que for necessário uma pessoa tomar decisões sobre qual o melhor uso a ser dado à sua vida, essas decisões devem ser tomadas pela própria pessoa (DWORKIN, 2014, p. 323).

7. CONCLUSÃO

O desenvolvimento deste trabalho permitiu analisar questões sobre o direito à morte digna, o qual pode ser possibilitado pela prática da denominada ortotanásia, fazendo-se uma reflexão sobre o choque de princípios

constitucionais dignidade humana e o princípio à vida, buscando uma solução através de um sopesamento entre os princípios em casos de pacientes terminais sem expectativa de recuperação.

De um modo geral, começar delimitando os termos englobados pelo estudo do morrer com dignidade, permitiu analisar as situações posteriores com mais objetividade, sendo possível visualizar a ortotanásia como um procedimento possível na área médica. Pode-se também obter uma ponderação entre os princípios da dignidade e a vida, utilizando para isto a fórmula de ponderação proposta por Alexy, chegando ao resultado no qual a dignidade deve prevalecer sobre o princípio quando não houver previsão de melhora no quadro médico de pacientes terminais.

Houve durante o desenvolvimento do trabalho o alcance dos objetivos inicialmente estabelecidos; foram analisadas as particularidades do direito à morte digna frente ao prolongamento artificial da vida humana em pacientes terminais, enfrentando o choque principiológico previsto, buscando afirmar a necessidade de se entender a ortotanásia como uma prática observadora da dignidade do paciente.

O presente trabalho, do ponto de vista metodológico, foi realizado através de pesquisa bibliográfica, todos os livros, dissertações e artigos científicos foram de grande contribuição para o desenvolvimento deste. Dois autores foram muito utilizados, são eles Dworkin e Alexy, grandes doutrinadores cujas obras ocuparam grande destaque no desenvolvimento da pesquisa; suas contribuições permitiram analisar com mais firmeza conceitos essenciais, como por exemplo, os conceitos de regras e princípios, a fórmula de ponderação de Alexy, bem como as reflexões sobre viver bem e ter uma vida boa de Dworkin.

Dada a importância e atualidade do tema, torna-se necessário o desenvolvimento de outros trabalhos de pesquisa que possam aprofundar com mais detalhes o direito a morrer com dignidade, focando na legalização da ortotanásia como prática médica mantenedora da dignidade do paciente terminal incurável, sendo ela entendida como meio de assegurar o respeito a autonomia

do enfermo, bem como a solução para que o mesmo possa chegar ao fim de sua vida de forma digna.

Por fim, a conclusão deste trabalho leva a refletir sobre a questão do prolongamento artificial da vida humana em hospitais quando não há possibilidade de cura do paciente terminal. O problema geral está centrado em perguntar até que ponto este prolongamento poderia ferir a dignidade. Como ficou exposto, a solução para a questão encontra-se na hipótese de praticar a chamada ortotanásia, encurtar a vida (eutanásia) seria um crime, mas prologar ao máximo (distanásia) fere a dignidade do paciente.

A ortotanásia leva a morte a seu tempo certo, viver ligado a máquinas não é ter uma vida boa, para se obter uma vida boa, a existência do ser humano deve ser dotada de execução, buscando sempre uma vivência melhor, porém sempre nos limites da dignidade.

O homem é um ser finito, todos uma hora deverão partir, e melhor forma não é esperar ligados a aparelhos, sem contribuir para uma vida melhor, mas sim seguindo o ritmo natural da vida que é possibilitado pela prática da ortotanásia, finalizando a existência através da execução da vida, vivendo os últimos momentos ao lado das pessoas que são importantes e preservando a sua dignidade do paciente terminal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. - São Paulo: Malheiros, 2015.

BARRETO, V. P. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARROSO, L. R.; MARTEL, L. C. V. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**. v. 38, p. 235 - 274. 2010. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

CRUZ, M. L. M.; OLIVEIRA, R. A. A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente. **Revista Bioética**. v. 21, p.

406-411. 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1983-80422013000300004>. Acesso em: 05 de março de 2018.

DINIZ, M. H. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DWORKIN, R. **A raposa e o porco espinho: justiça e valor**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, R. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002.

FAUSTINO, C. R. **Direito à morte digna**. 2008, 155 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Comparado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp059659.pdf>. Acesso em: 05 de março de 2018.

FLORIANI, C. A. Moderno movimento hospice e eutanásia e o revivalismo estético da boa morte. **Revista Bioética**. v. 21, p. 397 - 404. 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1983-80422013000300003>. Acesso em: 12 de março de 2018.

GONÇALVES, J. A. S. F. **A Boa Morte: ética no fim da vida**. 2006, 251p. Dissertação (Mestrado em Bioética) - Faculdade de Medicina da Universidade do Porto. Porto - Portugal. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/22105/3/A%20Boa%20Morte%20%20tica%20no%20Fim%20da%20Vida.pdf>. Acesso em: 12 de março de 2018.

HERMES, H. R.; LAMARCA, I. C. A. Cuidados paliativos: uma abordagem a partir das categorias profissionais de saúde. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**. v. 18, p. 2577 - 2588. 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232013000900012>. Acesso em: 12 de março de 2018.

HÜBNER, R. V. **O direito fundamental à morte digna: uma visão a partir da constituição Federal de 1988**. 2013, 66p. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. Curitiba. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35704/63.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 de abril de 2018.

KANT, I. **A metafísica dos costumes**. 1. ed. São Paulo: EDIPRO, 2003.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2007.

KOVACS, M. J. A caminho da morte com dignidade no século XXI. **Revista Bioética**. v. 22, p. 94 - 104. 2014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1983-80422014000100011>. Acesso em: 12 de março de 2018.

KOVACS, M. J. Bioética nas questões da vida e da morte. **Psicologia USP**. v. 14, n. 2, p. 115-167. 2003. Disponível em: <http://doi.org/10.1590/S0103-65642003000200008>. Acesso em: 15 de março de 2018.

MENEZES, R. A.; VENTURA, M. ORTOTANÁSIA, SOFRIMENTO E DIGNIDADE: Entre valores morais, medicina e direito. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v. 28, p. 213 - 259. 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092013000100013>. Acesso em: 12 de março de 2018.

MINAHIM, M. A. **O direito penal na regulação da vida e da morte ante a biotecnologia**. 2005. 263p. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/34756/R%20-%20T%20-%20MARIA%20AUXILIADORA%20MINAHIM.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2018.

PESSOA, L. S. **Pensar o final e honrar a vida: direito à morte digna**. 2011. 150 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9036/1/LAURA%20SCALLDAFERRI%20PESSOA%20-%20DISSERTA%C3%87%C3%83O.pdf>. Acesso em: 16 de março de 2018.

PESSINI, L. VIDA E MORTE NA UTI – A ETICA NO FIO DA NAVALHA. **Revista Bioética**. v. 24, p. 54 - 63. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422016241106>. Acesso em: 16 de março de 2018.

PICO DEL MIRANDOLA, G. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Trad. Maria Lurdes Sigardo Ganho. Lisboa: Edições 70, 1989.

SANTANA, J. C. B. *et al.* Ortotanásia nas unidades de terapia intensiva: percepção dos enfermeiros. **Revista Bioética**. v. 25, p. 158 – 167. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422017251177>. Acesso em: 07 de maio de 2018.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SUBMETIDO | *SUBMITTED* | 27/01/2019
APROVADO | *APPROVED* | 29/05/2019

REVISÃO DE LÍNGUA | LANGUAGE REVIEW | Letícia Gomes Almeida

SOBRE OS AUTORES | ABOUT THE AUTHORS

RAPHAEL DE SOUZA ALMEIDA SANTOS

Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Araras. Bacharel em Direito pela Faculdade Pitágoras. Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação (Lato Sensu) em Direito Civil e Processual Civil do Centro Universitário de Guanambi. Pesquisador do Núcleo Baiano de Estudos em Direito e Literatura (DGP/CNPq) - SerTão. Palestrante. Autor e colaborador de artigos e livros jurídicos. Advogado. Email: raphaelibg@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3925-7503>.

JURINEU ALVES CAIRES SEGUNDO

Pós-graduando em Direito e Planejamento Tributário. Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Guanambi. Advogado. E-mail: jurineuui@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9803-111X>.