

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O DIREITO À MORTE DIGNA

Beatrice de Moura Erbolato MELO¹
Sergio Tibiriçá do AMARAL²

“O mundo deu muitas voltas. Caíram barreiras, referências, mitos e muros. A história não coube em teorias. As teorias negaram suas promessas...” (Betinho).

RESUMO: O presente artigo trata do direito fundamental à morte digna, como corolário do direito da personalidade. Para tanto, utilizou-se de pesquisas bibliográficas e os métodos dedutivo e o indutivo. No primeiro capítulo fez-se um breve relato acerca das teorias e idéias que explicam o início da personalidade jurídica, como ponte para se compreender os direitos fundamentais da personalidade no ordenamento brasileiro. A partir daí, e no segundo capítulo, foram introduzidos os conceitos iniciais acerca do direito da personalidade, que foram vitais para que no capítulo seguinte abordássemos as suas prováveis classificações doutrinárias, estrangeiras inclusive. Já no capítulo quarto foram explicitados os fundamentos legais que constituem o arcabouço jurídico acerca do tema, mormente nos planos constitucional e da legislação codificada, que se completam formando um todo harmônico. A dignidade da pessoa humana foi tratada diretamente no quinto capítulo, a fim de que se pudesse preparar uma melhor análise dos direitos surgidos hodiernamente com a Bioética e o Biodireito, que são explicitados no sexto capítulo, dentro daquilo que se buscou alcançar sobre o direito fundamental à morte digna. Como fecho da pesquisa bibliográfica, explicamos que o direito à morte digna, como está no capítulo subsequente tanto, passa por um entendimento do aspecto histórico, mas levando em conta o atual cenário jurídico. Com isso, discorreu-se sobre a sua provável aplicação da morte digna, as dificuldades e os dilemas impostos aos intérpretes da lei. Uma breve conclusão fechou o presente estudo.

PALAVRA CHAVE: Direito à Morte Digna; Direito da Personalidade; Bioética; Biodireito.

1. PERSONALIDADE JURÍDICA E AS TEORIAS

¹ Enfermeira graduada pela Universidade de Pernambuco, Residente em Enfermagem Médico-cirúrgica pelo Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Pernambuco, Especialista em Enfermagem Cardiovascular pela Sociedade Brasileira de Enfermagem Cardiovascular – SOBENC, Aluna do 4º ano de Direito das Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo Presidente Prudente –SP

² Graduação de bacharel em direito na Faculdade de Direito de Bauru - Instituição Toledo (1981), mestre em Direito das Relações Públicas pela Universidade de Marília (1998); e mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino (2003). Doutorando pela mesma instituição (ITE) em sistema constitucional. Professor titular de Teoria Geral do Estado da FDPP, de Direito Internacional Público e Direitos Humanos e da pós-graduação do Curso de Direito Civil e Processo Civil e das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo e professor convidado da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e professor orientador da Especialização em Direito Público da Universidade Estadual de Londrina; coordenador da graduação da Faculdade de Direito de Presidente Prudente (Toledo-PP).

Por uma questão didática e um bom entendimento, começou-se por conceituar a personalidade jurídica, na Teoria Geral do Direito Civil, como *um atributo que consiste na aptidão para o desempenho de um papel jurídico, ou seja, para adquirir direitos e contrair obrigações* (Duarte, 2007, p.15). Em outras palavras é o atributo necessário para ser sujeito de direito e também de obrigações.

Assim, para que o sujeito seja um centro de imputação ou possa realizar um negócio jurídico, há necessidade da existência da *personalidade jurídica*.

A despeito das diversas teorias que explicitam o momento em que a pessoa natural a adquire a personalidade (natalista, personalidade condicional e concepcionista), não há dúvida de que se considera como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade (Bittar, 2008, p.1).

Como bem observa Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2006, p.83), para a primeira teoria, *a natalista*, que ainda prepondera no Direito Brasileiro, o nascituro não pode ser considerado como uma pessoa, pelo simples fato de não ter nascido com vida, de maneira que o nascituro gozaria apenas de expectativas de direito, como direito ao nome de família e a saber quem é seu pai, por exemplo. Abraçam esta teoria clássica Sílvio Rodrigues, Vicente Rao, Venosa dentre outros. Por sua vez, a teoria da *personalidade condicional* prega que o nascituro já tem a titularidade de direitos personalíssimos como o direito à vida, mas titularizando os demais apenas ao nascer com vida, como os direitos patrimoniais. Esta é a posição de Arnold Wald e Miguel Maria Serpa Lopes.

Por fim, e ainda nos ensinamentos de Gagliano e Pamplona (2006, p.83) a *teoria conceptionista*, ainda minoritária, diz que o nascituro já é dotado de personalidade, é sujeito de direito, não tendo mera expectativa, possuindo desde já, e como reconhecido por nosso Judiciário em caso concreto, direitos patrimoniais, como o direito a alimentos. Defendem esta posição o civilista baiano Teixeira de Freitas, Rubens Limongi França, Francisco Amaral Santos e o próprio Clóvis Beviláqua. Augusto Teixeira de Freitas foi reconhecido em toda a América, em especial na Argentina, além de Paraguai e Uruguai. Juristas, como Velez Sarsfield confessam, que usaram a obra “Consolidações das Leis Civis” para servir de base à elaboração dos seus Códigos.

Portanto, e na lição do maior jurista do século XX, antes de mais nada advirta-se que no suporte fático de todo e qualquer fato jurídico de que surge direito de personalidade, o elemento subjetivo é o ser humano, e não ainda a pessoa: a personalidade resulta da entrada do ser humano no mundo jurídico (Pontes de Miranda, 2000, p.29)

Tanto quanto divergente a denominação desses direitos, divergente a sua natureza jurídica. Vencida a etapa que reconheceu a sua própria existência, temos como objeto desses direitos bens constituídos por determinados atributos ou qualidades físicas ou morais do homem, individualizados pelo ordenamento jurídico e que apresentam caráter dogmático. (Bittar, 2008, p.5)

Ainda nas palavras do autor, *poderes que o homem exerce sobre sua própria pessoa* (objeto do direito o próprio homem).

A tese que ainda hoje prevalece, a dos naturalistas, é de que são direitos ínsitos na pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral, cujo papel do Estado é meramente reconhecê-los e incorporá-los ao direito positivado. (Bittar, 2008, p.7). No entanto, como visto, deve se ressaltar que alguns direitos começam antes do nascimento e outros, como os direitos do autor e ao bom nome, não terminam com a morte.

2. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O objeto dos direitos da personalidade são faculdades jurídicas que se situam no âmbito da própria pessoa, definindo-os R. Limongi França como aqueles “cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior”. (França *apud* Duarte, 2007, p. 25)

Embora direitos privados, a doutrina clássica e majoritária os dota de particularidades como a *intransmissibilidade* e a *irrenunciabilidade*. A razão de serem dotados de tais gravames decorre naturalmente da ligação íntima com a personalidade de seu titular e da eficácia irradiada por essa.

O próprio Código Civil, Lei 10.406, de 10.01.2002 em seu artigo 11, assim declinou:

“Art.11 Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.(Brasil, 2008, p. 231).

Também, há o reconhecimento, para nós, porém, equivocado, mas adotado pela maioria da doutrina, de que tais direitos são absolutos, além de originários, extrapatrimoniais, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*. Não podem ser sujeitos à execução forçada, nem precluem as exceções.

Em regra, terminam como a morte do titular, mas há alguns em que isso não ocorre, v.g. os do corpo, ou a sua parte, à imagem, moral etc.

Não se esqueça que alcançam os nascituros e também as pessoas jurídicas, pois a própria legislação os assiste (art. 40 e 45 do Novo Código Civil).

Por fim, deve-se deixar registrada a existência da tutela penal, quando da defesa da vida, saúde, honra e outros direitos como o direito à imagem, moral etc.

Não se pode dizer, contudo, que os direitos da personalidade seriam por todo absolutos, pois nem mesmo o texto constitucional considera o direito à vida como absolutamente intangível, pois prevê a pena de morte, por exemplo, em certas e particulares situações como no caso de guerra (art. 5º, XLVII, “a”) ou mesmo nos casos de aborto previstos na lei penal (art. 128 do Código Penal).

Também, deve ser considerado que no confronto entre direitos de igual nível, havendo ou não antinomia da norma, pode e deve haver uma ponderação de valores, com recíprocas concessões ou mesmo adotando-se um em detrimento do outro. Há a chamada ponderação ou cedência recíproca que deve ser balanceada no caso concreto pelo Judiciário.

3. AS PROVÁVEIS CLASSIFICAÇÕES

Vários podem ser os critérios utilizados para se organizar cientificamente os direitos da personalidade, adotando-se, por exemplo, o referencial da pessoa de seu titular, fora do mesmo, da sociedade, enfim, não há consenso doutrinário.

Em que pese o esforço classificatório da doutrina em dimensionar os direitos da personalidade, normalmente os separando em duas categorias: os relativos à integridade física, de que seriam exemplo o direito à vida e ao próprio corpo; e os relativos à integridade moral, como o direito à honra, à liberdade, à imagem etc, cuja remissão é Orlando Gomes; ou acrescentando uma terceira categoria, como o faz Limongi França, ao mencionar o direito à integridade intelectual (Bittar, 2008, p.16).

Citemos a clássica divisão de Pontes de Miranda , para quem os principais direitos da personalidade são: a) direito à vida, b) o direito à integridade física, c) à integridade psíquica, d) o direito à liberdade, e) à verdade, f) o direito à igualdade formal (isonomia), g) à igualdade matéria, h) o direito de ter nome e o direito ao nome, i) o direito à honra e j) o direito autoral de personalidade. (Pontes de Miranda, 2000, 32)

Contudo, a lembrança de Carlos Alberto Bittar de que, dada a generalização desse campo do direito, torna-se mais adequada a adoção de uma classificação mais flexível, permitindo-se o abrigo de novos direitos então reconhecidos pelo direito positivado.

Como se observa, todas as classificações referem-se de um lado, à pessoa em si mesmo (patrimônio individual físico e intelectual); frente aos outros indivíduos (patrimônio moral) e, por fim, frente à coletividade (patrimônio social). (Bittar, 2008, p.17)

A manifestação portanto, de tais direitos, hoje deve ser compreendida não apenas sob o prisma das relações privadas, mas também como limitações ao exercício do poder estatal, ou seja, como uma espécie de um direito subjetivo público, de que é exemplo o direito à liberdade. Das primeiras, temos os direitos à honra, à própria imagem, à liberdade de manifestação, à de consciência etc, sendo pois aspectos intelectuais e morais da pessoa humana; já os segundos constituem direitos físicos dos homens, em relação a sua essência material. (Bittar, 2008, p.23)

Temos, pois, que a projeção dos direitos fundamentais da pessoa humana, aí incluídos os direitos da personalidade (que para alguns somente

abrangeria as relações privadas), mas que para nós engloba todos os aspectos acima citados, alcança tanto relações de coordenação ou igualdade (âmbito privado), como relações hierarquizadas (âmbito estatal).

Vemos de outro lado que o ordenamento jurídico quer seja o constitucional, quer o infraconstitucional deu especial e particular guarida à categoria dos direitos do homem ou “direitos fundamentais” cujo objeto são as relações de direito público, ou aquelas que denominamos de direitos físicos dos homens, em relação a sua essência material.

Nestas últimas (os direitos ligados à essência material do homem) positivados os direitos à vida, à liberdade, à integridade física, às partes do corpo, o direito de ação, surge o que a doutrina chama de *liberdades públicas* (Bittar, 2008, p.24). Passam tais direitos do plano do direito natural para o plano positivado, ou seja, essas novas categorias ao serem inseridas no ordenamento implicam a possibilidade de serem exigidas prestações positivas, impostas ao Estado.

A introdução dos direitos da personalidade pela doutrina teve como pioneirismo a atuação de Teixeira de Freitas, sendo hoje amplamente abordado. O modelo idealizado pelo jurista nordestino (não aproveitado pelo direito pátrio) serviu como referência para o Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield, que aproveitou o projeto brasileiro.

No nosso plano legislativo, podemos citar, antes do advento do Novo Código Civil a Lei n. 8.069/90 (ECA), tutelando o menor, disciplinando inclusive a adoção, a Lei n. 8.560/92 sobre investigação de paternidade; legislações esparsas acerca do exercício da medicina, como o Decreto n. 20.931/32 acerca da proibição da esterilização, a Lei n.9.434/97 sobre a retirada de órgãos; a Lei n. 9.610/98 que regula os direitos autorais, dentre outros veículos normativos.

Mais contundente, porém, a disciplina do novo Código Civil, dando materialidade jurídica ao que já era estabelecido desde 1988 com a Constituição Federal.

4. OS COMANDOS CONSTITUCIONAIS

Embora o Código Civil possa ser reconhecido como o diploma normativo que condensou os inúmeros dispositivos que tratam dos direitos da personalidade, verdadeira inovação frente ao código anterior, a Constituição Federal continua sendo a norma de onde se irradia toda a fonte da disciplina. Inúmeros os artigos da Lei Maior que podem ser apontados, como o art.1^º,III (que trata da dignidade da pessoa humana); o art. 3^º,IV (igualdade); e o art.5^º em vários incisos (V,VI,IX,X,XII).

Pode-se dizer, portanto, que a Lei n. 10.406, de 10.01.2002, que introduziu o novel Código Civil codificou pela primeira vez os direitos da personalidade, dando todo um capítulo específico no Livro I, Parte Geral à essa temática.

Sem naturalmente esgotar a matéria, quis o legislador infraconstitucional objetivamente traçar os principais contornos atinentes ao tema, deixando à doutrina e a jurisprudência o completar das lacunas existentes.

Inicialmente pelo art. 11 como acima mencionado, repete a lei as características fundamentais do instituto no que se refere, salvo previsão em lei, a intransmissibilidade dos direitos da personalidade.

Em seguida ao dispor sobre ameaça ou lesão a direito da personalidade aplica o legislador os comandos expressos da Constituição Federal quanto ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário quando da apreciação de lesão ou ameaça a direito.

Depois, aborda a categoria dos direitos físicos da personalidade, como o direito à vida, ao corpo, a partes do corpo, pelas disposições dos artigos 13 a 15. Aqui fica clara a indisponibilidade do próprio corpo, o que se poderia dizer também por consequência lógica da própria vida.

Ao adentrar, porém, pelo art. 15 sobre matéria do biodireito, o legislador inovou sem precedentes pontuando: "*Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica*". (Brasil, 2008, p. 232).

Por fim, as disposições seguintes tratam também de forma original quanto aos aspectos do direito moral da personalidade, quais sejam, nome (art. 16 e 17); honra (art. 20); ao direito psíquico da personalidade (art. 21 – intimidade e ao recato) e mesmo que fora do mesmo capítulo, da previsão de reparação civil por danos morais (art.186).

Mais importante talvez que o advento do novo *codex* é o reconhecimento do fenômeno jurídico da constitucionalização de direitos, nascido em quase todos os ordenamentos pela simples constatação, sobretudo após o nazismo e o fascismo, da falência da legalidade formal, que encobria, diante de um positivismo estrito, as barbáries praticadas pelos regimes ditatoriais. Nascia aí uma dogmática principialista, também identificada como pós-positivismo (Bonavides *apud* Barroso, 2004, p.15).

O que se constata é a inclusão nos textos constitucionais da enumeração de direitos inerentes ao homem, os quais os Estados deveriam respeitar, incluindo-se cada vez mais uma maior gama de direitos privados (Bittar, 2008, p.59-61).

Não diferente a Constituição Federal de 1988, que consagrou verdadeira declaração de direitos individuais (Título II, Capítulo I, art.5). Ali especificados uma série de direitos e uma consagração das liberdades e do sigilo.

Sabido que tal elenco não poderia como não o é taxativo, muitos autores alertam pela perda da oportunidade de o legislador ordinário ter, com o advento do Código Civil, melhor disciplinado a regulamentação dos direitos da personalidade, embora não se possa olvidar das dificuldades desse trabalho.

5. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Talvez a maior justificativa para a pobre regulamentação da lei, é a presença no texto constitucional, como verdadeiro fundamento do Estado Democrático de Direito, da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º,III), núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, funcionando como verdadeiro atributo inerente e indispensável ao ser humano e oponível a toda coletividade, bem como ao Estado (Barroso, 2004, ADPF 54).

Uma das conseqüências da consagração da dignidade humana no texto constitucional é o reconhecimento de que a pessoa não é simplesmente um reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, deve constituir o seu objetivo supremo, com uma presunção sempre a favor do ser humano e de sua personalidade, impondo, pois aos poderes públicos o dever não só de observar e proteger esse

valor, mas também de promover os meios necessários ao alcance das mínimas condições a uma vida digna e ao pleno desenvolvimento da personalidade. (Novelino, 2008, p. 206)

Assim, uma classificação que se tornou corrente na doutrina é a que separa os direitos da personalidade, inerente à dignidade da pessoa humana, em dois grupos: a) direitos à integridade física, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver e b) direitos à integridade moral, onde se encontram o direito à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome e o direito moral do autor (Barroso, 2004, ADPF 54).

A origem da noção da dignidade passa necessariamente pelo pensamento cristão e pela filosofia do alemão Kant (1724-1804).

Para o filósofo, a pessoa (homem) é um fim, nunca um meio; como tal, sujeito de fins e que é um fim em si deve tratar a si mesmo e ao outro (Rocha, 2004, p.32).

Influenciado pelo iluminismo, que substituiu a religião pelo homem, colocando-o no centro do sistema de pensamento. Nessa visão, Immanuel Kant, em sua obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*, traçou o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional e que está na *autonomia da vontade*. (Novelino, 2008, p. 210)

Se passarmos os olhos sobre o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana, veremos que os autores o descrevem não como um direito, mas um *atributo*. A diferença é extremamente relevante, pois sendo atributo e não direito, toda e qualquer pessoa independentemente de sua origem, sexo, idade, condição social ou outro qualquer requisito a possui. O ordenamento jurídico não a confere, apenas deve impedir a sua violação.

Nesse sentido a lição da doutrina portuguesa ao expressar: "O direito geral de personalidade, como direito de auto-determinação ético-existencial, não pode ser restringido, *no seu conteúdo de dignidade humana*, por intermédio da auto-determinação ético-política da comunidade" (Oliveira, 2002, p.94).

Assim, de conceito filosófico, em sua concepção moral, tornou a dignidade da pessoa humana uma forma nova de o Direito considerar o homem e o que dele, com ele e por ele se pode fazer numa sociedade política. Da etimologia como sendo cargo ou honra, a partir do século XVIII, porém, a dignidade da pessoa humana passa a ser objeto de reivindicação política, referindo-se, como até hoje à

própria pessoa humana e à humanidade (Rocha, 2004, p. 33). Uma crítica que se pode fazer atualmente é a banalização da utilização da “dignidade da pessoa humana”,

6. OS NOVOS DIREITOS

Nesse panorama surge a Bioética e o Biodireito, como novidades contemporâneas do Direito e da Medicina a arrefecer as mentes e os estudos acadêmicos.

Certo é que as inovações tecnológicas e científicas, particularmente da Medicina e da Engenharia Genética têm trazido à tona novidades não apenas no campo das Ciências, mas também com importantes reflexos no Direito.

Os direitos fundamentais de *quarta dimensão*, frutos da sociedade globalizante, tais como a democracia, a informação e o pluralismo, parecem estar condenados ao passado frente a uma nova sistematização que tais avanços científicos nos impõe.

Podemos, pois, apontar o progresso científico a alterar o agir da medicina tradicional; a socialização do tratamento médico; a emancipação do paciente e a necessidade de se impor padrões de moralidade e ética aos procedimentos médico-cirúrgicos como parâmetros de delimitação da bioética, que surge com o compromisso de prover o equilíbrio e a preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema e a própria vida no planeta. (Diniz, 2007, p.9)

Fechando o raciocínio, e como aponta Maria Helena Diniz (2007, p. 14) “*o princípio da autonomia requer que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas. Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito a sua intimidade, restringindo com isso, a intromissão alheia no mundo daquele que está sendo submetido a tratamento*”.

Para a Bioética, o consentimento livre, esclarecido, autônomo e reconhecido como emitido pelo paciente seria, portanto, manifestação da autonomia da vontade, e porque não, fundamental para o agir das ações no campo da saúde.

Mas isto não é tarefa fácil ao intérprete do Direito. Embora se reconheça que a Bioética deva ter como paradigma o respeito à dignidade da pessoa humana, que é como dito fundamento do Estado Democrático de Direito e o cerne de todo o ordenamento jurídico, deve-se enfrentar o difícil equacionamento da fórmula: autodeterminação do paciente terminal x a relevância jurídica da objeção de consciência do profissional da saúde, ou, em outras palavras muito embora tenha o paciente direito à verdade sobre as atividades terapêuticas ligadas a sua saúde e aos riscos possíveis e decorrentes, é direito do médico aplicar ou deixar de aplicar tal ou qual procedimento, conforme o art. 28 do Código de Ética Médica (Diniz, 2007, p.373).

Poder-se-ia falar em compatibilização de conflitos entre direitos e interesses constitucionalmente protegidos (direito à liberdade, ao exercício da profissão, à vida), ou mais além como o direito a uma vida digna, ou a uma *existência digna*, exigindo daí os princípios da concordância prática e da unidade da constituição apontados por Canotilho. (Oliveira, 2002, p. 95)

Como aponta esse autor a dignidade da pessoa humana deveria ser na ótica da bioética instrumento consagrador da autonomia individual e não como comumente é encontrado nos debates como “uma brecha para a entrada dos valores impostos por um Estado de protecção e de prevenção”. (Oliveira, 2002, p. 97)

Nesse prisma o tribunal Constitucional Português assim sustentou:”O ensinamento de Kant de harmonia com o qual o Estado tem de respeitar a liberdade ética do homem individual tem, ainda aqui, plena actualidade...ou seja, trata-se de um direito que...encontrará sempre fundamento, em último termo, na própria idéia ou principio do Estado de Direito, iluminado pelo relevo que nele tem o principio da dignidade da pessoa humana (arts. 1.º e 2.º da Constituição)”.(Oliveira, 2002, p. 99)

A pessoa humana modernamente nos tribunais europeus deixa de ser reduzida a “mero objeto do Estado” ou “tratada em termos tais que coloquem em causa a sua qualidade de sujeito” (Oliveira, 2002, p.111).

O direito à vida no constitucionalismo contemporâneo passa por mudanças. Como leciona Carmem Lúcia Antunes Rocha: “*Antes se tinha certeza da resposta. Agora a única certeza é que tudo é uma incerteza na vida. Antes, só era certa a morte. Agora, como acentuei, nem a morte é certa. Deixou de ser um ato (ou*

um desato ou desatino). Passou a ser uma processo. Tal qual a vida". (Rocha, 2004, p. 13)

Portanto, claro está que todos indistintamente têm direito a uma vida digna, livre e em igualdade de condições, mas o que se coloca aqui e como decorrência lógica de tudo o quanto exposto é que o conceito de “vida digna” passa, obrigatoriamente, por “viver dignamente”.

Daí talvez a dificuldade em se discutir ao lado da “vida digna” o “direito à existência digna”, o que como bem pontuado pela autora acima referida, amplia a interpretação do conteúdo do direito à vida, ao por em destaque alguns dados da dignidade do viver que não se contêm no direito à vida. Assim, para os casos onde a existência não demonstre condições de dignidade da pessoa, o sistema jurídico teria de considerar o direito à morte.

E como obter dele titular desse direito um atestado no qual se reconheça que foi informado de seu estado de saúde, dos possíveis tratamentos, das prováveis chances de cura e, principalmente, que tal ou qual decisão a ser tomada foi livre e conscientemente manifestada? Há que se falar em possibilidade de declaração volitiva formal anterior nesse sentido?

Diante do aqui apresentado, principalmente diante do enfrentamento ético a que se submete o estágio atual do Direito, a que se enfrentar o tema.

7. O DIREITO À MORTE DIGNA

O direito de morrer com dignidade não é novidade na literatura ou na legislação alienígena. O Papa Pio XII já afirmava em 1957 que ninguém é obrigado a curar-se com terapias arriscadas, excepcionais, onerosas, repulsivas, temíveis ou dolorosas. Muito antes dele, Hipócrates questionou o valor da vida diante do sofrimento insuportável. (Diniz, 2007, p. 357)

Há dispositivos legais mundo afora que normatizam a autodeterminação do paciente, como a título de ilustração o *PSDA – The Patient Self-Determination Act*, lei norte-americana de 1991 que inclui a manifestação explícita da própria vontade relativa às providências a serem tomadas, por meio de um testamento de vida (*living will*). (Diniz, 2007, p.370)

Em nosso ordenamento jurídico há a Lei Paulista n.º 10.241/99, onde em seu artigo 2.º, incisos XXIII e XXIV prescrevem que são direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo, recusar tratamento doloroso ou extraordinário para tentar prolongar a vida e optar pelo local da morte. Há aqui a consagração do princípio da autonomia interligado ao da beneficência (Diniz, 2007, p.360).

A expressão “morte digna” significa segundo Koppernock, “que a morte é adequada à vida...a morte constitui uma fracção da nossa vida; por isso é importante a forma como morremos” (Oliveira, 2002,p. 127).

Para muitos autores seria preciso repensar os conceitos hoje delineados sobre a morte encefálica, tal a gravidade do problema que se enfrenta diante da autonomia do paciente em decidir sobre futuros tratamentos dolorosos e eventuais perspectivas de curas e novas técnicas e avanços da medicina. Em suma, necessário se delinear um novo conceito jurídico de morte, onde o próprio Conselho Federal de Medicina forneceria critérios mais rigorosos para o diagnóstico da morte (Diniz, 2007, p.367); e porque não agasalhado pela legislação infra constitucional.

Se tal obstáculo fosse transposto mais segura e desejável a manifestação em vida do futuro paciente que se deparasse com a intransponível superação de um mal incurável.

O que se coloca, pois, no atual estágio do nosso ordenamento jurídico é se haveria ou não fundamento legal que pudesse embasar essa manifestação de vontade acerca da tomada de decisões por terceiros pessoas de providências que se façam necessárias diante de incontornáveis casos concretos e que seriam relacionados com eventuais tratamentos ou aplicação de remédios inovadores e desconhecidos, ou mesmo, a suspensão deles diante da quase certeza de que nada poderia mais ser feito.

8. CONCLUSÕES

No contexto até aqui exposto, perguntaríamos como haveria de prevalecer a vontade formalizada pelo paciente? Estaria o médico acobertado pelo documento outrora materializado? Apenas o magistrado, analisado o caso em

concreto, é que poderia determinar a execução e o cumprimento daquela vontade, amparado pelos princípios, direitos e atributos expostos neste trabalho?

Muito embora não haja em nosso direito pátrio legislação tão específica como o *PSDA – The Patient Self-Determination Act* norte-americana, a criar a figura denominada de testamento de vida (*living will*), parece-nos que a sua efetivação poderia ser acoplada no contexto de outros atos jurídicos a que a lei dá expressa validade.

Isso porque, dada a evolução e dinamismo com que as relações jurídicas entre as pessoas tomam novos rumos em nossa frenética vida em sociedade, poderia o sujeito de direito *declarar sua vontade* e dispor sobre sua futura *existência* diante de uma abrupta falta de consciência ou possibilidade de manifestação segura de sua vontade.

Tal ato, não poderia, em princípio, ser realizado como um dos testamentos ordinários disciplinados pelo Código Civil (artigos.1.862 e seguintes).

Em que pese hoje sabermos que os efeitos do testamento somente vão ocorrer para depois da morte da pessoa natural do testador, como dispõe o art. 1.857 do *codex civil*, tal manifestação de vontade, como declaração válida e plenamente eficaz poderia irradiar, desde já seus efeitos, como seria o caso, por muitos defendido, do reconhecimento de filhos por testamento (art..1.609,III), pois diante do confronto entre o direito à intimidade do testador e do a alimentos do filho ali reconhecido, desde a elaboração do ato jurídico há de prevalecer o interesse e o direito do último.

Nesse prisma, talvez a melhor “formatação” do ato formal de manifestação de vontade poderia ser denominado de “testamento de vida”, porém, pertenceria à categoria de ato jurídico de simples *declaração de vontade*, de caráter genérico, cujo destinatário seja enfim, a própria sociedade. Nada impediria, contudo, que o declarante nomeasse determinada pessoa de sua confiança para “fiscalizar” o cumprimento de sua vontade.

Melhor, portanto, a elaboração de um instrumento único que tratasse apenas e tão somente dos desejos relativos a tratamento de sua saúde enquanto vivo, porém, impossibilitado de se expressar, deixando rigorosamente as disposições para após a sua morte restritas à elaboração de um testamento propriamente dito.

Porém, caso queira ele estipular que determinada pessoa cumpra tais e quais encargos de natureza eminentemente patrimonial e de disponibilidade, poderíamos estar diante de verdadeiro *mandato* e não de *ato declaratório* propriamente dito, hipótese esta já prevista no art. 674 do Código Civil, que estabelece a continuidade do instrumento do mandato, mesmo diante de fatos que levem à sua extinção, v.g., morte ou mudança de estado do outorgante, a fim de que o seu procurador possa concluir *negócios* já então iniciado, havendo para isso flagrante *perigo na demora* de seu cumprimento.

Observe-se que tal dispositivo apenas faculta tal incumbência nos casos restritos a *negócios jurídicos*, do que a possibilidade de se dispor da vida não o é.

Assim, acreditamos que poderia o magistrado diante do caso concreto e amparado por farta prova testemunhal e principalmente pericial e técnica ampliar o alcance da lei, baseado nos princípios constitucionais aqui mencionados, para que pudesse garantir a existência digna de casa ser humano, tratado como fim da aplicação da justiça e não como meio de realização autoritária do Estado, reconhecendo o ato declaratório de disposição de sua própria existência, como ato plenamente eficaz.

Um exemplo análogo que ilustraria essa possibilidade de extensão da aplicação de princípios e normas constitucionais a casos não abrangidos expressamente pela legislação ordinária, seria a aplicação de todos os direitos que alcançam as relações entre homens e mulheres no casamento ou na união estável à união homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo (direito à herança, a alimentos, à adoção, à dependência econômica etc), cuja formalização pode hoje se realizar por instrumento contratual, mas cuja eficácia será definida por intervenção, no caso concreto, do Poder Judiciário.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**, argüente: confederação nacional dos trabalhadores na saúde. ADPF n.54/2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Atualização: Eduardo Carlos Bianca Bittar. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BRASIL, **Código civil**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Yussef Said Cahali. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4. ed. rev. e atual. Conforme a Lei n. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUARTE, Nestor. IN: **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. (coord.). Ministro Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial, tomo VII. 1. Atualização Wilson Rodrigues Alves. 1.ed. Campinas: Bookseller. 2000.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método. 2008.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **O direito geral de personalidade e a “solução do dissentimento”**. Ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do direito civil. Coimbra: Coimbra, 2002.

ROCHA, Carmem Lúcia (Coord), **O direito a vida digna**. Belo Horizonte: Fórum: 2004.