

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

ROSANE FOREST

**AS LIBERDADES INDIVIDUAIS NO CONTEXTO DA SOCIEDADE
BIOTECNOLÓGICA: O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA EM RELAÇÃO A
TERMINALIDADE DA VIDA**

São Leopoldo

2014

ROSANE FOREST

AS LIBERDADES INDIVIDUAIS NO CONTEXTO DA SOCIEDADE
BIOTECNOLÓGICA: O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA EM RELAÇÃO A
TERMINALIDADE DA VIDA

Dissertação apresentada como requisito
parcial para a obtenção do título de Mestre,
pelo Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade do Vale do Rio dos Sinos -
UNISINOS

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Sandra Regina Martini

São Leopoldo

2014

F716l Forest, Rosane

As liberdades individuais no contexto da sociedade biotecnológica: o princípio da autonomia em relação a terminalidade da vida / Rosane Forest -- 2014.

125 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2014.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Sandra Regina Martini.

1. Direito - Bioética. 2. Direito à vida. 3. Morte digna. 4. Autonomia. 5. Biotecnologia. I. Título. II. Martini, Sandra Regina.

CDU 340.68

*Dedico à todas as pessoas que compreenderam minha
necessidade de voar, em especial à meu esposo Paulo,
que pacientemente esperou eu retornar.*

AGRADECIMENTOS

Gosto de pensar que os fatos da vida acontecem como círculos onde o início vai convergir com o final, pois bem, eis o final! Para entender esse final, a conexão com o início se faz inevitável, e é assim que retomo os primeiros sinais desta pesquisa que paradoxalmente nasceram com a morte.

O tema eleito teve sua origem nos idos de 2011, quando meu pai, mesmo sem a pretensa intenção, apresentou-me ao real sentido da dignidade humana e me fez compreender a sutil diferença entre a terminalidade biológica da vida e todo o aparato tecnológico capaz de substituir as funções orgânicas vitais. Foi assim, convivendo com o protagonista de uma vida biológica em fase terminal, que tive o primeiro e mais profundo contato com o tema.

Agradeço minha mãe Ita, pela serenidade, pela força e pelo constante apoio. Às minhas irmãs Silvia e Tania, por serem as únicas pessoas capazes de compartilhar dos meus devaneios.

Àquele que sempre esteve a meu lado e suportou meu doloroso processo de amadurecimento acadêmico, muito obrigada Paulo.

Diz o “dito popular” que os amigos são a família que temos a oportunidade de escolher, desta forma, agradeço aos amigos/irmãos Marina Sanches Wunsch, Bárbara Paties, André Santos Chaves, Martín Szinvelski, Berta Schumann, Paulo Teston, Mateus di Palma Back, Raffaella Cotrim e Gabriela Zahia, por todas as inestimáveis contribuições, pelo carinho e pela irmandade que cerca o gabinete 4A407, onde as possibilidades são inversamente proporcionais ao reduzido espaço físico. Em especial à Bárbara e ao Martin, dois colegas incansáveis no exercício de sua “fraternidade” e à André, pela adorável exposição sobre Foucault, que me fez perceber o biopoder e a biopolítica como insuportáveis, mas, de certa forma, necessários.

A jornada foi longa e penosa, muitas coisas aconteceram durante o tempo em que estive envolvida neste projeto, algumas efêmeras, outras que persistiram um pouco mais, mas certamente todas amenizadas pela presença de seres humanos iluminados, como o professor Wilson Engelmann, pessoas amigas na alegria e na tristeza como Raquel Von Hohendorff ou simplesmente divertidas como Rodolfo Souza e o recado que me enviou certa vez: “*run Forest, run*”. Aos também divertidos e queridos colegas Juliane Berwig e Marcelo Kindel.

Ao colega Paulo Júnior Trindade dos Santos, um agradecimento pela dedicação e seriedade com que conduz sua vida acadêmica, sempre disposto a prestar auxílio!

Agradeço aos parceiros de viagens Rosa Galvão, Marlo Thurmman, Silvana Oliveira Dill Krug, Letícia Selba e Gabrielle Tesser Gugel, Buenos Aires não teria sido a mesma sem vocês. Obrigada pela companhia.

Dedico um agradecimento especial a todos os mestres e mestrandos que iniciaram sua jornada em março de 2012, além daqueles que fui encontrando pelo caminho, pela excelente convivência, pelo respeito e pelo coleguismo demonstrados, o que comprova minha humilde tese de que é possível viver uma democracia, onde cada indivíduo tenha liberdade de escolher, de se expressar e de adotar posições políticas/sociais distintas, e ainda assim, conviver harmoniosamente.

O Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos é reconhecidamente um programa de excelência, esses méritos são de todos que dele participam, mas a atenção dispensada na secretaria por Vera Loebens, Magdaline Macedo e Ronaldo Cezar Rodrigues, certamente contribuem muito para o sucesso do programa. Muito obrigada pela paciência e competência!

Agradeço aos professores Doutores: Vicente de Paulo Barreto, Artan Kotro, Carlos María Cárcova e Wilson Engelmann pelas valiosas referências. Um agradecimento especial ao professor Doutor Franceso Billancia pela convivência, pelos ensinamentos e pelas valiosas contribuições.

Por último, mas não menos importante, gostaria de poder traduzir em palavras minha gratidão à professora Doutora Sandra Regina Martini, minha orientadora. Muito obrigada pelo acolhimento, pela atenção, pela força, pela humanidade, pela dedicação e especialmente por ter acreditado em mim, quando eu mesma já não acreditava mais! À ti Sandra, minha eterna admiração e gratidão!

A liberdade é a possibilidade do isolamento. És livre se podes afastar-te dos homens, sem que te obrigue a procurá-los a necessidade do dinheiro, ou a necessidade gregária, ou o amor, ou a glória, ou a curiosidade, que no silêncio não podem ter alimento. Se te é impossível viver só, nasceste escravo. Podes ter todas as grandezas do espírito, todas da alma: és um escravo nobre, ou um servo inteligente: não és livre. E não está contigo a tragédia, porque a tragédia de nasceres assim não é contigo, mas do Destino para si somente. Ai de ti, porém, se a opressão da vida, ela própria, te força a seres escravo. Ai de ti, se, tendo nascido liberto, capaz de te bastares e de te separares, a penúria te força a conviveres. Essa, sim, é a tua tragédia, e a que trazes contigo. Nascer liberto é a maior grandeza do homem, o que faz o ermitão humilde superior aos reis, e aos deuses mesmo, que se bastam pela força, mas não pelo desprezo dela.¹

¹ PESSOA, Fernando. **Livro do desassossego**: composto por Bernardo Soares, ajudante de guarda-livros na cidade de Lisboa/Fernando Pessoa. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 278.

RESUMO

As últimas décadas foram marcadas pelo crescente avanço tecnológico em praticamente todos os setores da sociedade, no entanto, no que diz respeito a vida em seu mais amplo conceito, as maiores conquistas podem ser observadas na área médica. A biotecnologia merece especial atenção em razão do poder que exerce sobre a vida humana desde a concepção até o pós-morte. É nesse contexto que as limitações do sistema jurídico despontam, já que o direito não é capaz de responder a avalanche de questões produzidas pela moderna prática médica e seu poder de interferência no decurso natural do processo de vida e de morte. A presente dissertação pretende induzir uma reflexão sobre o direito à vida e o direito à saúde – lidos em sua mais abrangente concepção - bem como situá-los em meio a sociedade contemporânea, traduzida, como uma sociedade biotecnológica e paradoxal, já que ao mesmo tempo em que valora a essência humana, busca na tecnologia preencher as limitações e as imperfeições tipicamente humanas. O estudo objetiva tratar da terminalidade da vida, no tocante a morte digna, fundamentada no princípio da autonomia, nas questões que se referem à terapias de prolongamento da vida, em pacientes fora da expectativa de cura. A base referencial encontra amparo nos Direitos e princípios fundamentais, no entanto, a pesquisa se dará de forma transdisciplinar, utilizando autores que refletem sobre o tema vida e direito na perspectiva da bioética, da sociologia e da filosofia. Importa mencionar que a morte digna aqui tratada se dará tão somente na esfera das questões de prolongamento da vida em enfermos considerados medicamente fora da expectativa de cura, qualquer outra forma de utilização deste instituto, não será objeto do estudo em questão, que também não se enredará pelas discussões de cunho religioso. Embora seja relevante uma análise comparativa sobre a condução do tema em países da América do Norte, Europa e América do Sul, a temática será desenvolvida sob a perspectiva do Direito brasileiro.

Palavras-chave: Direito à vida. Morte digna. Autonomia. Biotecnologia.

ABSTRACT

The last few decades have been marked by increasing technological advances in virtually all sectors of society, however, with regard to life in its broadest sense, the greatest achievements can be observed in the medical field. Biotechnology deserves special attention because of the power it exerts over human life from conception until after death. In this context, the limitations of the legal system emerge as the law is not able to answer the flood of questions produced by modern medical practice and its power to interfere in the natural course of life and death process. This thesis aims to present a reflection on the right to life and the right to health - read in its broadest conception - and set them in the midst of contemporary society, translated as a biotech company and paradoxical, since while in which values human essence, seeks to fill the technology limitations and typically human imperfections. The study aims to treat the terminally life, touching dignified death, based on the principle of autonomy, in matters which relate to the life-prolonging therapies in patients beyond the expectation of cure. The reference base is confirmed by the fundamental rights and principles, however, the survey will transdisciplinary way, using authors who reflect on the issue of life and law from the perspective of bioethics, sociology and philosophy. Worth mentioning that the dignified death treated herein shall solely in the realm of prolonging life issues in medically ill considered outside the expectation of cure, any other use of the institute, will not be subject of the study in question, which also does not net you the discussions of a religious nature. Although relevant comparative analysis on the conduct of the subject countries in North America, Europe and South America, the theme will be developed from the perspective of Brazilian law.

Keywords: Right to life. Dignified death. Autonomy. Biotechnology.

LISTA DE SIGLAS

| | |
|----------|--|
| AI | Agravo de Instrumento |
| ANS | Agência Nacional de Saúde |
| CC | Código Civil |
| CCA/UFSC | Centro de Ciências Agrárias/Universidade Federal de Santa Catarina |
| CCJC | Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania |
| CETRANS | Centro de Educação Transdisciplinar |
| CFM | Conselho Federal de Medicina |
| CONPEDI | Conselho Nacional de pesquisa e Pós-Graduação em Direito |
| DARPA | Defense Advanced Research Projects Agency |
| IHU | Instituto Humanitas Unisinos |
| OMS | Organização Mundial de Saúde |
| PL | Projeto de Lei |
| PLS | Projeto de Lei do Senado |
| RS | Rio Grande do Sul |
| SUS | Sistema Único de Saúde |
| UnB | Universidade de Brasília |
| UNINOVE | Universidade Nove de Julho |
| UNISINOS | Universidade do Vale do Rio dos Sinos |
| UNOESC | Universidade do Oeste de Santa Catarina |

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 DIREITO E SOCIEDADE | 20 |
| 2.1 O Direito como Produto da Organização Política da Sociedade..... | 20 |
| 2.1.1 Do Estado de Natureza - Fundamento Teórico ao Surgimento do Estado civil - ao Pós-positivismo: a Evolução Histórica do Ordenamento Jurídico | 21 |
| 2.1.2 O Biopoder e a Biopolítica como Formas (In)dispensáveis de Governar no Passado e no Presente Estado Democrático | 41 |
| 2.2 A Sociedade Biotecnológica e a Evolução Social dos Direitos | 49 |
| 2.2.1 A Sociedade da Técnica e a Sujeição do Ser Humano aos Desígnios da Biotecnologia | 50 |
| 2.2.2 A Progressão das Necessidades Sociais como Fator Determinante ao Surgimento de Novos Direitos e o Método de Investigação do Direito Vivo | 60 |
| 3 DIREITOS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS..... | 72 |
| 3.1 O Direito à Vida e o Direito à Saúde sob a Perspectiva de Direitos Fundamentais Conjugados e Norteados pelo Princípio da Dignidade Humana..... | 72 |
| 3.1.1 O Direito à Vida como Razão de Existir dos Demais Direitos e a Concepção do Direito à Saúde sob a Tutela de Direito Fundamental..... | 72 |
| 3.1.2 A Admissibilidade do Princípio da Dignidade Humana como Complementação Normativa para a Efetividade das Decisões Judiciais | 82 |
| 3.2 A Ética e o Direito às Liberdades Individuais nas Questões Referentes a Terminalidade da Vida | 90 |
| 3.2.1 Da Ética à Bioética: o princípio da autonomia como forma de efetivar o exercício das liberdades individuais | 90 |
| 3.2.2 À Disposição sobre o Próprio Corpo e as Questões que Envolvem a Terminalidade da Vida | 98 |
| 4 CONCLUSÃO..... | 111 |
| REFERÊNCIAS | 117 |

1 INTRODUÇÃO

*Abdicar da vida para não abdicar de si próprio.*²

Matéria e espírito, certo e errado, justo e injusto e tantas outras contradições que habitam a mente humana trazem à tona a insegurança tipicamente nutrida pelo escasso poder intuitivo que foi destinado ao homem. Renunciar aos mais íntimos e profundos desejos é o mesmo que procurar em si e não encontrar paixões, aspirações, expectativas, não ter sossego nem desassossegos. Mais do que o Direito pode determinar, além do que a política pode alcançar, acima do próprio conceito de bem e de mal está a vida humana, com sua individualidade, fragilidade e robustez, suas necessidades, dificuldades e suas lutas. Foi o “direito” à liberdade, à saúde, à vida digna que estiveram no centro das lutas políticas. No entanto, é a essência humana que quer se estabelecer – liberdade, saúde e dignidade -, um direito a ter direitos que o sistema jurídico não compreende.

O Direito do presente é produto de um acontecimento do passado. Enquanto a atual sociedade é caracterizada pela velocidade e constância com que os fatos sucedem, as transformações em todas as áreas sociais são significativas e praticamente imperceptíveis a um olhar superficial. Essas mudanças acabam incorporadas às rotinas e só são observadas quando expostas aos olhos desacostumados a elas. Todo o aparato tecnológico, presente na medicina, na informação, na agricultura, nos alimentos e em praticamente todos os setores industriais e de serviços da sociedade, nem sempre foi tão acessível.

Para Thomas Hobbes, o homem substituiu a guerra de todos contra todos por uma organização social, porque a natureza humana reclama pela convivência com os seus, o que só é possível mediante um “acordo” entre os homens, através do qual cedem parte de sua liberdade em troca de certa sujeição, que se caracteriza pela coação. Esta coação é exercida por um terceiro imparcial, guardião das normas e com a função primordial de manter a organização social e a convivência pacífica entre os indivíduos. Assim, surge o Estado civil investido no poder soberano que se traduz simbolicamente pelo poder de vida e morte sobre seus súditos.

Para Michel Foucault, essa barganha não custou pouco, o homem acabou por se render à submissão deste poder soberano, que se ocupou de transformar o corpo em máquina laboral, com a intenção primeira de acumular riquezas. Não obstante, o mesmo poder soberano

² PESSOA, Fernando. **Livro do desassossego**: composto por Bernardo Soares, ajudante de guarda-livros na cidade de Lisboa. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 388.

encontrou, no que Foucault chamou de biopolítica, uma maneira de manipular a sociedade, convertendo-a em corpos dóceis, através da implantação de políticas públicas, como por exemplo, controle de natalidade, campanhas de vacinação e medidas educativas em geral.

A biopolítica pode ser identificada em qualquer regime governamental, porque ela não depende de ideologias, mas sim, de maneiras eficazes de manter o controle sobre a população, o que até certo modo é bem visto, pois inclui os indivíduos em programas de saúde, higiene, educação, moradia, lazer. No entanto, a crítica está centrada no quanto de interferência o Estado exerce sobre a vida dos indivíduos e como ele o faz.

Edgar Morin, afirma que desde os antigos impérios até as nações modernas, o Estado sempre foi o centro de controle da sociedade, é dele o poder de decisão, dominação e repressão. Nessa mesma linha de interpretação do poder estatal sobre o homem, Hannah Arendt refere que o indivíduo passou do *homo faber*, aquele que investia em meios para alcançar os fins desejados (trabalho produtivo), para o *animal laborans*, aquele que investe diretamente nos fins e se propõe a produzir, independente da utilidade (trabalho improdutivo). Daí surge a necessidade não necessária, de consumir o que foi produzido, cria-se produtos e, a partir deles, criam-se as necessidades.

Com a evolução social ocorrida, especialmente no último século, surge a Declaração Universal de Direitos Humanos - proclamada pela resolução 217 A, da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 - adotada por vários países no mundo, a qual dá início a uma era de valorização de direitos essenciais como a vida, saúde e liberdade, sempre pautados na dignidade humana. Dita Declaração, foi recebida como inspiração para a construção de normativas constitucionais como forma de promover e garantir tais Direitos.

Essa nova concepção de ver o ser humano em sua totalidade, como portador de direitos natos, faz o Brasil repensar uma legislação, que tinha no patrimônio o ponto fundamental de proteção, para trazer o social ao centro, como faz referência a Constituição Federal promulgada em 1988, seguida por um ordenamento civil também calcado em princípios sociais, promulgado em 2002.

O rol de benefícios trazidos por esse novo Direito faz surgir uma sociedade paradoxal de inclusões e exclusões - uma vez que quanto mais possibilidades existem, maiores as chances de não usufruir de todas elas - de ingressos e egressos. Os Direitos fundamentais³, promovidos, efetivados e garantidos pelo Estado, através da implantação de políticas públicas, devem alcançar todo e qualquer cidadão, todavia, a ingerência pública, quer por ordem

³ BILANCIA, Francesco. **Studi in memoria de Bruno Carboni**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2010. p. 21-44.

econômica, quer por incompetência administrativa, faz crescer uma população com ingresso garantido em vários programas de governo descontínuos, iniciados e jamais concluídos. Além de paradoxal, a sociedade também pode ser caracterizada como sociedade democrática, de risco, sociedade da técnica, ou melhor, todas essas características representam a atual complexidade social.

Em meio a essa complexidade, surge o tema acolhido por esta dissertação: o princípio bioético da autonomia e as questões de prolongamento da vida a enfermos que do ponto de vista médico, são irrecuperáveis. Para tanto, os direitos e princípios constitucionais – direito à vida, à saúde e dignidade – servem de alicerces ao desenvolvimento do assunto, que abordará o formalismo jurídico clássico e a interpretação normativa, no intuito de buscar respostas do sistema jurídico às questões que proliferam de uma sociedade biotecnológica em constante desenvolvimento. As liberdades individuais, a disposição sobre o próprio corpo e a terminalidade da vida – morte digna - também serão abordadas.

A polêmica que gira em torno da morte digna desperta uma consciência universal, no entanto, em que pese os casos concretos que se tem notícia, como na Itália, França, Argentina e outros, o estudo se limitará ao Brasil, em especial ao que compete ao Direito constitucional e ao Direito civil, o que significa que questões de alçada do Direito penal não serão trazidas. Também é importante dizer que questões de cunho religioso ou foro íntimo não serão abordadas.

Especificamente, a dissertação se desenvolverá na esfera do efetivo exercício do princípio da autonomia nas questões de prolongamento da vida, dedicada à enfermos medicamente fora da expectativa de cura, com doença em fase terminal.

A biotecnologia⁴ é um exemplo de artificialidade incorporada à vida humana, que ganhou “ares de natureza”. Alguns fármacos, desenvolvidos com alto grau de tecnologia, hoje são medicamentos inofensivos de uso contínuo e imprescindível ao bem estar humano, que também é estimulado pela tecnologia de ponta em constante aprimoramento, em nome de uma série de benefícios voltados ao bem estar físico e mental do homem. Desta forma, mergulhado em um oceano de possibilidades trazidas pelo avanço (desenfreado) da biotecnologia, pode o Estado se determinar gestor da vida humana posta sob sua proteção e decidir sobre a vida e a morte? Qual é o ponto de equilíbrio entre a proteção estatal e as liberdades individuais?

⁴ Biotecnologia “em seu sentido mais amplo compreendem a manipulação de microorganismos, plantas e animais, objetivando a obtenção de processos e produtos de interesse”. UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. **Apostila de biotecnologia** – CCA/UFSC: MP Guerra & RO Nodari, Edição da Steinmacher. Florianópolis, 2006. Disponível em: <<http://fdgv.ufsc.br/Apostila%20Biotecnologia.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

A hipótese se depreende da transdisciplinaridade como fonte principal para a resolução de conflitos, porque o cenário trazido não se submete à soluções apenas estatais, ou apenas jurídicas, pelo fato de que envolve a vida em toda sua complexidade. Ainda que a finitude da vida orgânica, em tese, se sobreponha a tudo e não dependa de nada, é possível, para a biotecnologia, alterar o decurso natural da vida e da morte, uma das muitas situações que existem de fato, embora não possam existir de Direito.

A individualidade humana contemplada pelos Direitos constitucionais está inadequadamente postada sob o manto protetivo de um poder estatal castrador e manipulador. O Direito responde às demandas sociais não pela capacidade jurídica, mas porque esse é o papel que lhe foi destinado, o resultado é um sistema jurídico sobrecarregado com questões advindas de uma administração inoperante.

Cabe ao Direito encontrar o ponto de convergência entre a ética, a bioética⁵ e o biodireito⁶ e utilizar dessa transdisciplinaridade como pedra fundamental da construção de uma ordem jurídica voltada à contemporaneidade, com o objetivo primeiro de devolver ao ser humano sua “humanidade”.

O objetivo geral dessa dissertação é propor uma reflexão transdisciplinar sobre a terminalidade da vida, com autores que desenvolvem o tema: Vida e Direito na perspectiva da sociologia, filosofia e biologia. Para tanto, serão trazidos Direitos e princípios constitucionais – direito à vida, à saúde e dignidade - como alicerces ao desenvolvimento do tema; o formalismo jurídico clássico e a interpretação para responder à questões que carecem de lei própria.

A terminalidade da vida aqui referida se restringe à enfermos medicamente fora da expectativa de cura e portadores de doença em fase terminal, razão pela qual a abordagem da ciência tecnológica como produto de uma constante evolução social se dará no âmbito das ciências médicas e biológicas - biotecnologia.

⁵ Bioética “[...] ramo da Filosofia Moral – a Bioética – constitui uma fonte e parâmetro de referência, tanto para o cientista como para o cidadão comum. Em segundo lugar, procurando-se estabelecer quais os princípios racionais que determinam a transição da Bioética para o Biodireito, e em que medida eles são fatores determinantes na elaboração dessas duas ordens normativas, diferenciadas entre si, mas que mantêm um caráter de complementaridade”. BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 104.

⁶ Biodireito “Denominação atribuída à disciplina no estudo do Direito, integrada por diferentes matérias, que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina. Nova disciplina ou estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a Bioética e a Biogenética, tem a vida por objeto principal. BARBOZA, Heloisa Helena. Biodireito. BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 101.

Como objetivo específico, os debates se voltam às liberdades individuais, em especial ao direito de dispor sobre o próprio corpo e o princípio da autonomia, bem como a relevância da ética, bioética e Direito como matérias conjugadas, no intuito de garantir a efetiva proteção da pessoa. Importa dizer que o tema eleito é bastante polêmico e envolto em muitas crenças, mitos e tabus, portanto, não se enredará por discussões de ordem religiosa ou princípios íntimos e pessoais.

Essa dissertação utiliza o método de abordagem fenomenológico-hermenêutico⁷. A fenomenologia – a ciência dos fenômenos - é adequada à esta pesquisa porque visa um aprofundamento na compreensão de questões existenciais humanas, além de aproximar o pesquisador e o objeto da pesquisa. O método fenomenológico costuma substituir, simbolicamente, um “problema de pesquisa” por uma “pergunta”, uma vez que os problemas de pesquisa carregam consigo determinada teoria a ser questionada, enquanto a pergunta não está atrelada a uma teoria específica.

A hermenêutica considera a interpretação para os textos, sustentando que somente desta forma, a escrita passa a ter sentido. O discurso aproxima o sentido à experiência do outro.

A opção por este método, também se deu em razão da orientação metodológica que norteia as pesquisas realizadas no programa de Pós-Graduação em Direito da UNSINOS.

A dissertação utiliza como referencial teórico especialmente os seguintes autores: Anderson Schreiber, Francesco Bilancia, Sandra Regina Martini Vial, Wilson Engelmann, Michel Foucault, Ronald Dworkin, Hans Jonas, Hannah Arendt, Vicente de Paulo Barreto, John Finnis, Eligio Resta, Eugen Ehrlich, Stefano Rodotà, Umberto Galimberti, Peter Singer, Bernard Baertschi, Immanuel Kant, Alain Supiot, Edgar Morin, entre outros.

O primeiro capítulo se divide em duas partes, a primeira parte do primeiro capítulo traz o Direito como produto da organização política da sociedade, logo, traça uma breve linha histórica que inicia com a teoria do estado de natureza de Thomas Hobbes e na releitura de Norberto Bobbio, John Finnis e Wilson Engelmann, para fundamentar o surgimento de uma sociedade politicamente organizada, com a finalidade de manter a ordem e a convivência pacífica entre a comunidade através da coação. Essa coação representa o “castigo” dado àquele que desrespeitar o que está previamente normatizado.

⁷ FRANCO, Fernanda Santini.; SZYMANSKI, Heloisa. O Método fenomenológico-hermenêutico na investigação de práticas educativas parentais. In: SEMINÁRIO INTERNACIONLA DE PESQUISA E ESTUDOS QUALITATIVOS, 4., 2010, São Paulo. **Anais Eletrônicos...** São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.sepq.org.br/IVsipeq/anais/artigos/87.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2014.

O formalismo jurídico também é fonte de evolução ao longo dos séculos, como poder soberano que trata de aplicar a lei na sua literalidade, adequando o caso concreto à norma pré-existente. Nesse ponto, vale trazer alguns aspectos da teoria do positivismo jurídico em Kelsen e Hart, bem como visitar a crítica ao positivismo jurídico de Wilson Engelmann, para alcançar o ponto de convergência entre norma jurídica, interpretação hermenêutica e princípios jurídicos, capazes de responder ao caso concreto que carece de normatização própria.

Essa digressão pretende, em primeiro, demonstrar a insuficiência humana de viver isoladamente, o que faz nascer a organização política do Estado, que possibilita através da coação a convivência pacífica entre os homens que habitam aquela comunidade. A coação mencionada se traduz em normas, às quais os cidadãos devem obediência sob pena de repressão. No entanto, as normas positivadas se mostraram incapazes de prever todos os fatos da vida cotidiana, de modo que alguns acontecimentos não estão previstos na lei o que a torna inábil para aquele caso em concreto. A finalidade desta primeira parte é de manifestar a incoerência de uma legislação não capacitada a responder questões complexas que lhe são postas à apreciação porque afixada em uma moldura rígida, mas de certa forma necessária à segurança jurídica.

Conforme Hannah Arendt, com a organização política, o homem recebe seu *bios politikos*,⁸ ou sua condição de vida política. A inserção ao tema se dá através do biopoder que Foucault classifica como o poder soberano sobre a vida, ou seja, simbolicamente o poder do rei de dispor da vida e da morte de seus súditos. Esse biopoder se desenvolve como uma forma estatal de exploração da vida, transformando o corpo humano em máquina laboral, o homem deixa de produzir para satisfazer suas necessidades e passa a produzir acúmulo de riquezas. Para Foucault, como forma de efetivar o biopoder está a biopolítica que também revela uma face manipuladora do poder soberano sobre a vida, o Estado se serve da biopolítica e através da implantação de políticas públicas como o controle da natalidade, acesso à saúde, educação e previdência por exemplo, controla a população.

Essa forma de gerir a sociedade, segundo Foucault, é necessária mas insuportável. Por sua vez, Giorgio Agamben lembra que muitas destas políticas públicas embora debilitadas de direitos e liberdades serviram de suporte ao crescimento econômico. Essa manipulação do Estado sobre o corpo humano, faz lembrar, guardadas as proporções, o que Umberto

⁸ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013. p. 28.

Galimberti denomina de sociedade da técnica, concluindo que o homem passou a utilizar a técnica como fim e não mais como meio para alcançar a satisfação das necessidades.

A segunda parte do primeiro capítulo discute a sociedade biotecnológica e a evolução dos Direitos. Hoje as necessidades são criadas de acordo com a excelência que a técnica pode alcançar, sem a preocupação com a igualmente perversidade que está ao alcance da técnica, já não importa distinguir entre o necessário e o desnecessário, entre o útil e o inútil e se aproxima o caminho da confusão geral entre o que é real e o que é virtual. Alain Supiot busca no Direito uma função antropológica, que faz o papel das amarras necessárias ao ilimitado desenvolvimento da tecnologia.

A alta tecnologia está presente em todos os setores da sociedade, mas é na área médica que costuma ser mais visível pelo fato de transitar por toda a existência humana, desde a concepção até o pós-morte. A medicina arrojada dispõe de técnicas que operam verdadeiros assombros aos olhos desacostumados de qualquer mortal. Esse universo de possibilidades remete à profundas reflexões existenciais, porque não se trata de uma sociedade descrita em uma obra de ficção científica, divagando sobre seres roboticamente construídos em um futuro longínquo, tampouco se trata da sociedade “dos outros”, aquela pela qual não se entristece muito nem se alegra muito porque está além dos muros. Trata-se da sociedade a qual o homem está inserido, a sociedade atual, moderna, de risco, paradoxal e todas as características que lhe forem apontadas dada sua complexidade.

Ainda nesta segunda parte do primeiro capítulo se pretende relacionar a biotecnologia, os novos direitos e o direito vivo a fim de demonstrar a conexão existente entre a velocidade das transformações sociais, a evolução tecnológica e o surgimento dos novos direitos, em contraposição a estagnação típica do Direito positivo, para tanto, se utiliza o direito vivo como meio auxiliar na compreensão deste fenômeno. Aqui serão abordados os chamados novos Direitos, os quais Antonio Carlos Wolkmer descreve como aqueles que surgem em consequência da evolução social, entre eles, direito à inclusão, direito à acessibilidade, direitos de escolha, direitos sobre a intimidade, ou como ensina Stefano Rodotà “direito a ter direitos”, considerando todo o rol subjetivo de prerrogativas daí advindas.

A maior dificuldade enfrentada para efetivar os novos direitos é que eles dependem da inserção em um sistema jurídico formalista e convencional que prescinde de velocidade compatível com as reivindicações e transformações sociais, além de estar enraizado em um positivismo normativo que nunca traduziu os verdadeiros anseios de uma sociedade calcada em um Estado democrático.

No intuito de subsidiar a compreensão desta dinâmica, o direito vivo de Eugen Ehrlich, com a releitura de Eligio Resta, investiga a aproximação entre a vida e o Direito, porque segundo Ehrlich, quando os códigos são elaborados o são de acordo com a época em que estão sendo redigidos com alguma memória jurídica do passado, portanto, as leis sempre estão sintonizadas com uma época anterior a contemporânea, a prescrição jurídica do direito tem suas raízes no passado, o que permite compreender a evolução histórica do Direito presente, Eligio Resta, afirma que o direito vivo guarda a essência da norma no tempo e no espaço, e que isso tem um papel fundamental para o processo de interpretação que não se limita a meras exegeses hermenêuticas.

O segundo capítulo cuida dos Direitos e princípios fundamentais, aludindo, na primeira parte, uma discussão sobre o Direito à vida e o Direito à saúde sob a perspectiva de Direitos fundamentais conjugados e norteados pelo princípio da dignidade humana, para tanto, a abordagem se dará no Direito à vida como razão de existir dos demais Direitos e o Direito à saúde sob a tutela de Direito fundamental.

Os Direitos fundamentais são aqueles outorgados pela Constituição Federal - um texto de lei formulado por uma legítima Assembleia Constituinte composta por aqueles que remanesceram a um longo período de ditadura, sem deixar-se contaminar pelos horrores de um governo autoritário de regime militar que fez suprimir direitos sociais e liberdades civis. O texto Constitucional promulgado em 1988, trouxe uma nova perspectiva de Direito e poder, deixando para os dias atuais um Estado democrático com o dever de promover e garantir os Direitos fundamentais. O termo Direitos fundamentais, não raro, é utilizado como sinônimo de direitos humanos, direitos civis ou direitos naturais, definições que não parecem adequadas, uma vez que os Direitos fundamentais são aqueles positivados na Constituição Federal, para amparar esse discurso, a base referencial está em Francesco Bilancia, o direito à vida em Hans Jonas, o direito à saúde em Sandra Regina Martini Vial e o princípio da dignidade humana em Kant. Vida, saúde e dignidade formam a imperiosa tríade que dá razão de ser a esse estudo.

A segunda parte do segundo capítulo perpassa pela ética, bioética e culmina no princípio do respeito à autonomia. Conforme Tom L. Beauchamp e James F. Childress, um dos princípios que norteiam a Bioética é o princípio do respeito à autonomia, que equivale a seu quase homônimo civil, no que diz respeito a liberdade de escolhas. Na bioética o princípio da respeito à autonomia tem um diferencial em relação ao direito civil que é uma figura chamada de “decisor” invocada a tomar a decisão em nome do indivíduo que por incapacidade mental, transitória ou permanente, não está apto a fazê-lo. Para a figura do

“decisor” tomar corpo, se faz necessário uma série de requisitos, significa dizer a utilização do princípio do respeito à autonomia, descrito pela bioética, a fim de definir pela interrupção ou continuidade de terapias médicas em enfermos fora da expectativa de cura, é um método seguro que tem como objetivo garantir o exercício da liberdade de escolha.

O surgimento da bioética, segundo Vicente de Paulo Barreto, se deu em razão de uma lacuna que não proibia experimentos médicos desumanos em pessoas geralmente mental ou economicamente desfavorecidas – descartáveis - no intuito de testar novas técnicas. Foi como meio de limitar o “poder” da biotecnologia, que a ética se adequou às questões da vida tornando-se bioética. Para essa assimilação, através de Peter Singer se desenvolve uma concepção de ética dissociada de religião e fundamentada na razão. Edgar Morin demonstra uma ética complexa, baseada na ação, na contradição e incerteza e nas ilusões do espírito humano.

Embora ambos, Peter Singer e Edgar Morin mencionem o imperativo categórico de Kant, o fazem no intuito de mostrar uma percepção que está diretamente relacionada a religião, portanto não atual. O biodireito - uma área do Direito destinada aos temas que envolvem à vida e às relações sociais – é uma reação do Direito destinado a lidar com a constante transformação social, para a qual o sistema jurídico tradicional não está preparado, e não se trata apenas de legislação, mas também de recursos materiais e humanos. Talvez estreitar relações transdisciplinares como ética, bioética e direito seja uma possibilidade de aprimorar meios executáveis e efetivos na proteção da pessoa.

A pretensa instigação mental posta nesta dissertação, que nunca teve a pretensão de dissolver questionamentos, tampouco, projeta conter o sofrimento que a ambiguidade causa à alma humana – despontam as liberdades individuais, no intuito de dar voz à uma severa crítica, também compartilhada por Anderson Schreiber e por Maria Celina Bodin de Moraes, entre outros, contra a norma positiva que retira da pessoa humana a liberdade de dispor sobre o próprio corpo.

É verdade que esse dispositivo de lei tem a intenção de atingir esferas criminosas e desumanas, como casos de tortura, venda de órgãos para transplante, experimentos científicos e toda sorte de sujeições a qual um corpo humano está submetido. A Constituição reconhece o Direito humano à integridade psicofísica (psicológica e física), o que parece passar ao largo da liberdade de um ser humano capacitado juridicamente, de dispor sobre o próprio corpo, resguardadas situações que denotam algum tipo de crime ou doença.

A mesma norma que protege a integridade física da pessoa, por outro lado, permite sua vulnerabilidade quando retira dela um dos princípios civis de fundamental importância, o

princípio da autonomia da vontade. Na legislação civil/constitucional brasileira, entre as liberdades individuais está o princípio da autonomia da vontade, que é o que rege a vida civil, é o que contrata, é o que distrata, é o que cumpre e também descumpre, é o que submete, o que cria e ultrapassa limites, o ponto mais extremo da liberdade jurídica pode ser expresso na autonomia que o indivíduo exerce sobre sua vida e seu corpo.

O evento morte não será objeto de discussão porque morrer é uma condição natural, um processo biológico que tem início com o nascimento e que independe de direito, religião, sociologia ou medicina. A relevância não é o morrer, mas sim, como morrer, quando se trata de enfermos fora da expectativa de cura com doença em fase terminal sob os “cuidados” da tecnologia médica (que está apta a manter um ser humano morrendo indeterminadamente).

Houve épocas em que epidemias, conflitos armados e moléstias infecciosas dizimaram a vida de milhares de pessoas, muitos jovens e crianças estiveram entre as vítimas. A vacinação em massa, os antibióticos e a quimioterapia reduziram a mortalidade em grande escala. Hoje, vivemos em uma sociedade com alta expectativa de vida, no entanto, a medicina ainda não foi capaz de baixar os índices de doenças crônicas associadas à velhice, onde estão as maiores incidências de prolongamento da vida. Já é tempo de compreender e lidar com as inquietações trazidas pela morte e pelo morrer. Já é tempo de soltar as amarras da liberdade e garantir aos homens o direito de morrer dignamente.

2 DIREITO E SOCIEDADE

Este capítulo se dedica a fundamentar o surgimento da sociedade politicamente organizada como forma de subsidiar a convivência pacífica entre os indivíduos, o respaldo deste fundamento encontra amparo na teoria do estado de natureza de Thomas Hobbes, a qual se desenvolve sobre o paradoxo que se constitui em substituir parte da ilimitada liberdade pela submissão à normas pré-estabelecidas. Daí surge o positivismo jurídico, que ao longo dos séculos e sob a influência de constantes transformações sociais, evolui da aplicação pura da norma para a aplicação interpretativa/hermenêutica da norma, desta forma, já não é o caso que deve se enquadrar em uma lei pré-existente, mas sim, a normativa que deve se utilizar da interpretação textual, da hermenêutica jurídica e dos princípios, no intuito de alcançar toda a complexidade do caso concreto.

No entanto, a velocidade com que se dá a evolução social, em especial no que diz respeito a sociedade da técnica, é maior do que o Direito positivo pode suportar, significa dizer que o Direito que está sendo aplicado hoje é um Direito do passado. Não obstante, a sociedade percorre caminhos biotecnológicos que avançam aceleradamente em direção à novas necessidades/novos direitos que se perdem no trilho que vai do reconhecimento destas necessidades como direitos até sua inclusão no sistema jurídico formalista e convencional, que passa ao largo da acelerada evolução social.

2.1 O Direito como Produto da Organização Política da Sociedade

A sociedade estruturada sob a égide de normas pré-estabelecidas e acatadas coercitivamente é o que possibilita a convivência pacífica entre os indivíduos, que pretetiraram parte de sua liberdade em desfavor de um cenário onde todos tem direito a tudo e a iminência da morte se fortalece, para consumir a necessidade humana de conviver com seus pares.

2.1.1 Do Estado de Natureza - Fundamento Teórico ao Surgimento do Estado civil - ao Pós-positivismo: a Evolução Histórica do Ordenamento Jurídico

*O Direito liga a infinitude de nosso universo mental a finitude de nossa experiência física, cumprindo em nós uma função antropológica de instituição da razão.*⁹

As amarras que atam a irrestrita imaginação humana ao intelecto racional tem a função primeira de tornar a liberdade individual compatível com a vida em sociedade. O Direito cumpre o papel de inibidor desse ilimitado universo mental - desprendido de qualquer moldura, exceto a moral (àquela que o ser impõe a si mesmo) - através da pré determinação de condutas voltadas à organização social, já que imaginar um mundo onde cada indivíduo exercite sua liberdade baseado exclusivamente em suas próprias razões não é razoável. A vida em sociedade só é possível porque existem regras de convivência que são observadas, mas nem sempre foi assim.

Na teoria do estado de natureza de Thomas Hobbes, utilizada nesta dissertação como fundamento à formação do Estado civil, todos tem direito à tudo, o homem é egoísta e vive em constante batalha pela sobrevivência até organizar politicamente a sociedade, o que faz deslocando parte de sua liberdade à submissão de um poder soberano que objetiva manter a paz de maneira coercitiva.

Desta coerção surge um formalismo jurídico ou um positivismo soberano, onde a letra da lei não sofre interpretação e seu poder é absoluto, o qual evolui para o (atual) pós-positivismo, que se concentra na interpretação do texto de lei. Embora o positivismo ainda seja matéria controversa entre vários autores, a linha utilizada nesta pesquisa tende a pensar na possibilidade de flexibilização da norma, através da inserção dos princípios fundamentais pertinentes a cada caso em concreto, desta forma, o Direito responde às demandas e preserva a segurança jurídica.

O surgimento do Estado Civil é tema de teorias controversas que basicamente discutem de um lado, a supremacia da lei – pela qual o direito existe em função do Estado politicamente organizado¹⁰, e em contraposição, teorias que entendem o direito como um conjunto de valores naturalmente humanos, e, portanto, precedentes à existência política.

⁹ SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. prefácio. p. x.

¹⁰ Para autores como Hans Kelsen, Herbert Hart e Joseph Raz, o direito existe em razão de um estado politicamente organizado.

Thomas Hobbes¹¹, em sua obra *Leviatã*, presume o homem como um ser naturalmente egoísta, regido por maus impulsos e em constante guerra, por isso, ele acredita que somente a submissão deste ser, a um poder soberano e absoluto, pode gerar a paz. Norberto Bobbio define a ideia principal da obra como: “[...] o único caminho que tem o homem para sair da anarquia natural, que depende de sua natureza, e para estabelecer a paz, prescrita pela primeira lei natural, é a instituição artificial de um poder comum, ou seja, o Estado”.¹² Desta forma surge o pacto social, através do qual, os homens trocam parte de seu estado natural (liberdade) pela sujeição ao poder controlador.

A essência desta teoria está em um campo ideológico e, portanto, espelhado numa realidade política e social (do grego *pólis* = cidade-Estado, extensivamente: sociedade, comunidade), baseada nas liberdades. O homem nasce livre mas com a necessidade de conviver em comunidade, daí a imprescindibilidade de organização desta *pólis* (cidade-Estado), representada pelo Estado com papel limitador da liberdade e coercitivamente repressor.

Por mais contraditório que possa parecer, uma das condições objetivas do estado de natureza é a igualdade, porque “enquanto iguais por natureza, os homens são capazes de causar um ao outro o maior dos males, a morte”.¹³ O homem direciona suas ações no intuito de atingir um fim desejado, já que é dele (e de todos os outros) o direito a todas as coisas, desta forma, as batalhas são o meio de alcançar seus desejos.

Essas guerras constantes, sugerem a segunda condição “a escassez dos bens, pelo que pode ocorrer que mais de um homem deseje possuir a mesma coisa, a igualdade faz surgir em cada um a esperança de realizar seu próprio objetivo”.¹⁴ A ausência de leis que determine os limites do direito de cada um, faz com que todos tenham direito sobre todas as coisas e essa concepção representa a terceira condição objetiva do estado de natureza que Norberto Bobbio resume:

Na verdade, as condições objetivas bastariam por si sós para explicar a infelicidade do estado de natureza: a igualdade de fato, unida à escassez dos recursos e ao direito sobre tudo, destina-se por si só a gerar um estado de

¹¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a material, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução Rosina D’angina. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2008.

¹² BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

¹³ *Ibid.*, p. 34.

¹⁴ *Ibid.*, p. 34.

impiedosa concorrência, que ameaça converter-se continuamente em luta violenta.¹⁵

A igualdade de fato entre os indivíduos aliada a insuficiência de recursos, gera um estado de constante guerra, insegurança e medo iminente da morte. Entretanto, o estado de natureza não representa um estado primitivo, brutal, a guerra de todos contra todos é simbólica, não significa que batalhas sangrentas são ininterruptamente travadas, é uma guerra entre iguais, porque se houvessem diferenças naturais marcantes, um enfrentamento resolveria de forma definitiva a batalha, ou então o fraco se renderia ao mais forte evitando a luta. “A guerra é o efeito imediato de uma não-diferença ou, em todo caso, de diferenças insuficientes”.¹⁶ Foucault diz que as diferenças são tão miúdas que permitem ao mais fraco, sentir-se forte o bastante a ponto de não ter que ceder.

A não-diferença ou a igualdade de fato, não está apenas relacionada ao corpo físico, Wilson Engelmann explica a igualdade representada em quatro dimensões naturalmente concedidas ao homem: “a força corporal, a experiência, a razão e a paixão”¹⁷, a qual é responsável pelos desejos de poder.

Segundo Hobbes, “a paixão, cuja violência ou continuidade produz a loucura, é uma grande vanglória, que comumente é chamada de orgulho e auto-estima ou depressão da mente”¹⁸, desta forma, a paixão (vaidade) é o que move os homens a atrair para si riqueza, conhecimento e honra, fatores que desencadeiam o enfrentamento entre eles, a guerra de todos contra todos.

Na expressão “estado de guerra”, que se refere a um “estado” (circunstância, condição) de conflito, também está contido o sentido de inexistência de um poder soberano. Hobbes, utiliza três situações que definem essa concepção: a) sociedades primitivas; b) guerra civil; e c) sociedade internacional. Esses cenários representam o estado de natureza de Hobbes, que significa a ausência de autoridade de Estado, desta forma, a guerra de todos contra todos indica:

[...] não apenas o estado de conflito, mas também a situação na qual a calma é precária, sendo assegurada apenas pelo temor recíproco, como

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 34.

¹⁶ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 103.

¹⁷ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 17.

¹⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a material, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução Rosina D'angina. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2008. p. 62.

hoje se diria da ‘dissuasão’; ou, em suma, como seria aquele estado no qual a paz se torna possível unicamente por causa da permanente ameaça de guerra.¹⁹

A ausência do Estado/autoridade em determinada sociedade faz com que os homens convivam entre si, com iguais liberdades, sem regras nem parâmetros, já que a falta de um poder coercitivo pode dar azo as mais variadas argumentações, além de permitir uma liberdade ilimitada e indefinida, essa não-definição cria incertezas, riscos, desconfiança e intimidação. “O mal que ele mais teme [...] não é a opressão que deriva do excesso de poder, mas a insegurança que resulta, ao contrário, da escassez de poder”.²⁰

No estado natural aquém de qualquer Direito, como afirma Wilson Engelmann: “O principal bem visado pela ação do homem é efetivamente a conservação da vida”²¹, a autopreservação é um mecanismo de sobrevivência comum à todos os seres e não depende de normas pré-estabelecidas, ao contrário, sua essência justifica o estabelecimento de normas, como por exemplo, os atos de legítima defesa (matar para não morrer).

A preservação da vida aparece como meio necessário e imperioso ao surgimento e manutenção da organização social, dito de outra forma, a sociedade subsiste em razão desta premissa, deste desejo instintivo de se manter vivo. A concepção de vida – observando John Finnis: “Um primeiro valor básico, correspondente ao impulso de autopreservação, é o valor da vida”.²² - é construída com a consciência da própria existência e não com a definição do Direito, porque na verdade, a vida dá razão ao direito e não o contrário.

A necessidade humana de preservação da própria vida está diretamente ligada à necessidade de um convívio equilibrado com seus pares, Hannah Arendt afirma que: “Nenhuma vida humana, nem mesmo a vida do eremita em meio à natureza selvagem, é possível sem um mundo que, direta ou indiretamente, testemunhe a presença de outros seres humanos”.²³ Assim, a preservação da vida – embora redundante - é condição de possibilidade de existência da sociedade.

O ameaçador estado de natureza faz o homem buscar, racionalmente, uma forma de transpor essa etapa, já que a longo prazo a permanência no estado de natureza se torna

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 37.

²⁰ Ibid., p. 26.

²¹ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 21.

²² FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Tradutora Leila Mendes. São Leopoldo: UNISINOS, 2007. p. 91.

²³ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013. p. 26.

insuportável. Esta racionalidade – raciocínio lógico - leva à criação de uma primeira e fundamental lei natural que se traduz na busca da paz, a fim de preservar a vida. “Fica claro que, no estado de natureza, o homem não age apenas movido pelas paixões, mas, igualmente, a partir da razão, através da qual calcula os meios necessários para a implementação dos fins desejados”.²⁴ As demais leis naturais, são deduzidas a partir deste primeiro princípio da razão.

No domínio do estado natural, a organização social e o Direito (positivo) inexistem, Wilson Englemann explica: “Não obstante, as leis naturais, como estão desprotegidas de um poder coercitivo, serão observadas se houver conveniência por parte dos homens”.²⁵ Desta forma, surge um acordo denominado pacto de união, através do qual todos os homens instituem o “homem artificial” – Estado – renunciando aos próprios poderes e liberdades, para à sujeição do Estado. Para Hobbes, o “homem artificial” se constitui em:

[...] uma pessoa instituída pelos atos de uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, como autora, de modo a poder usar a força e os meios de todos, da maneira que achar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.²⁶

Hobbes compreende o estado como um ente (com conotação espiritual, por isso, acima de tudo e de todos) representado por um soberano apto a fazer uso de todos os meios que lhe forem satisfatórios a fim de assegurar a paz social. O mando delegado ao soberano se constitui no poder soberano, que é irrevogável, absoluto e indivisível o que, segundo Hobbes, deve sê-lo, porque ao outorgar sua liberdade à “gerência” do Estado, este deve ser capaz de assegurar a paz e a ordem sob quaisquer circunstâncias, sob pena de retornar ao estado de natureza. O Estado representa o poder político que é a soma do poder econômico e do poder coercitivo – Leviatã²⁷.

Esse poder soberano se caracteriza pela concepção definida na Antiguidade como sendo “[...] o poder do pai sobre os filhos, do senhor sobre os escravos, do governante sobre

²⁴ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 20.

²⁵ Ibid., p. 21.

²⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a material, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução Rosina D’angina. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2008. p. 126.

²⁷ Leviatã é um monstro mitológico caracterizado sob diferentes formas, por vezes crocodilo, por vezes dragão ou serpente, sempre aparece como uma figura monstruosa e poderosa. (Velho Testamento, 1957:614; Antigo Testamento – Livro de Jó, capítulo 41). LINDEMANS, Micha F. **Leviathan**. Disponível em <<http://www.pantheon.org/articles/l/leviathan.html>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

os governados [...]”²⁸, um poder sobre a vida e a morte, absoluto e incontestável. No mesmo sentido, Wilson Engelmann²⁹:

[...] o desenvolvimento dos pressupostos positivistas tiveram origem a partir do momento em que o homem, pela exteriorização de seu consentimento, processou a passagem do estado de natureza para o chamado ‘Estado Civil’. Não sendo mais admitido o emprego da ‘lei do mais forte’, na linha de Thomas Hobbes, houve a criação de um ente artificial - o Estado - que passou a exercer o chamado poder soberano.

O Estado investido no poder soberano passa a exercer sua autoridade máxima sobre seus governados, criando normas civis de conduta que se posicionam em um patamar superior a qualquer outra norma (família, trabalho), para com a qual o indivíduo tem o dever de obediência e a autoridade tem o poder de dizer o que é justo e o que é injusto baseado em suas próprias razões, assim se pode dizer que a lei emana da vontade do soberano.

Sucedendo o estado natural surge o Estado Civil, que segundo Vicente Barreto: “é concebido como meio para a salvação do indivíduo retirando-o da solidão, da pobreza, da brutalidade e da vileza, próprias do estado de natureza”.³⁰ onde o indivíduo passa a se organizar em sociedade, instituindo regras de convivência baseadas na racionalidade. Essas regras passaram a ter poder coercitivo por meio de sanções. Nessa fase, o indivíduo abre mão de sua liberdade em prol da convivência social. Barreto prossegue: “Coloca-se uma situação paradoxal: o Estado existe em função dos indivíduos, mas somente pode operar quando esses indivíduos abrem mão de direitos e liberdades naturais”.³¹

O paradoxo suscitado dá margem ao entendimento de que, em tese, o homem abre mão de sua liberdade – entendida como “direito irrestrito de lutar contra os outros”³² em favor de um homem artificial (Estado) que passa a exercer o poder soberano, significa dizer que o indivíduo substitui sua liberdade por subserviência. Esta subserviência está calcada na racionalidade que dá fundamento ao Estado civil. O terceiro (Estado Civil) mediador entre os homens, é imparcial e racional, logo, tem o condão de promover a igualdade e a justiça por meio da normatização da conduta humana. Ainda que nesta fase, a justiça se confundia com as leis civis - o que estava na lei era justo.

²⁸ MORAES, Filomeno. Poder. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 640.

²⁹ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 161.

³⁰ BARRETO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Leituras de filosofia do direito**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 49.

³¹ Ibid., p. 49.

³² RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes Thomas. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 262.

Na medida em que o homem vai se “desnaturalizando” (deixando o estado natural), a concepção de liberdade absorve novos contornos, porque o homem livre do estado natural era aquele que vivia sob constante ameaça e violação de seus “direitos”, já na sociedade civil o homem livre é aquele que tem garantida a inviolabilidade dos Direitos.

A liberdade deixa de ser ilimitada e passa a ser civil, calcada na consciência de si e do meio ao qual se está inserido, Antônio Pinho prossegue: “A liberdade moral [...] como uma conquista do homem no estado civil, é o que faz dele senhor de si, isto é, livre, tendo em vista ser capaz de obedecer à lei que prescreve a si mesmo”.³³ Desta forma, abdicando de sua liberdade e concedendo ao Estado o poder soberano para instituir e manter a paz social, o homem adquire a liberdade civil, pautada em regras de conduta observadas por todos.

Para Hobbes as leis civis são a positivação das leis naturais (divinas), Norberto Bobbio diz:

Faz parte das prerrogativas do soberano estabelecer e promulgar normas (isto é, critérios de medida) gerais, de modo que cada um saiba o que deve entender como próprio ou do outro, como justo ou injusto, honesto ou desonesto, bom ou mau; em suma, o que deve fazer ou deve evitar na vida em comunidade.³⁴

O poder soberano é absolutamente ilimitado, posto que tem autonomia para dizer o que é lei natural e transportá-la para lei civil, que instituída, deve ser obedecida por todos. Desta forma, o que pode induzir os súditos à desobediência, é a falta ou escassez de poder, uma vez que o poder soberano não determina seus limites, não é possível aos súditos, ultrapassá-los. Importa dizer que a única limitação estatal reconhecida por Hobbes é o poder divino.

A teoria de Thomas Hobbes teve importantes contribuições de John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant, que aprofundaram a compreensão do Estado moderno, embora divergentes em alguns pontos, os autores buscam identificar as mesmas questões relativas a transição do homem do estado de natureza ao Estado Civil, ao pacto de união/contrato social, ao poder soberano, as leis naturais e em síntese versa:

Operando no âmbito político, a teoria do contrato social constitui a forma moderna de explicar a constituição da sociedade e do Estado Civil, impactando diretamente no estabelecimento do moderno direito natural de

³³ PINHO, Antonio Augusto Madureira de. Estado de natureza. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 195.

³⁴ BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 49.

cunho racionalista, caracterizado pela substituição de Deus pelo conceito abstrato de homem como centro do Universo.³⁵

A fim de viabilizar a existência de direitos naturais, os conceitos clássicos creditam esse conjunto de valores (intrínsecos ao homem) à vontade de Deus - uma força superior que tudo comanda -, no entanto, esse referencial já ultrapassado dá lugar ao conceito de direitos naturais como um conjunto de valores fundados no íntimo do ser humano.

Os direitos naturais, nas palavras de Wilson Engelmann são “[...] um conjunto de direitos (subjetivos) que a pessoa deve ter respeitado pela sua condição e essência (ontológica), independentemente da existência de uma norma positivada (direito objetivo)”³⁶. O direito natural é pré-existente a qualquer norma jurídica e está acima dela e neste mesmo sentido John Finnis explica:

[...] existe (i) um conjunto de princípios práticos básicos que indica as formas básicas de florescimento humano como bens a serem buscados e realizados, e que é de uma forma ou de outra usado por todos os que ponderam sobre o que fazer, por mais infundadas que sejam suas conclusões; e (ii) um conjunto de requisitos metodológicos básicos de razoabilidade prática [...]; e (iii) um conjunto de padrões morais gerais.³⁷

Desta forma, esse conjunto de valores inerentes ao ser humano baseado em padrões morais é o que se entende por direitos naturais ou humanos, que para John Finnis: “[...] direitos humanos sendo uma expressão contemporânea que se refere aos “direitos naturais”: uso esses termos como sinônimos [...]”³⁸, ainda afirma que “os direitos humanos ou naturais são os direitos morais fundamentais e gerais”³⁹.

A fundamentação contida nos direitos naturais ou direitos humanos está relacionada a um conjunto de valores universais, que se refere a determinadas situações que podem ser constatados em todas as sociedades, pois “todas as sociedades humanas demonstram uma preocupação com o valor da vida humana; em todas, a autopreservação é aceita [...]”⁴⁰, ainda, o homicídio só é permitido quando justificado, e outras relacionadas a procriação, a educação, e a convivência social.

³⁵ BARRETO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Leituras de filosofia do direito**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 48.

³⁶ ENGELMANN, Wilson. Direito natural. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 154.

³⁷ FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Tradutora Leila Mendes. São Leopoldo: UNISINOS, 2007. p. 35.

³⁸ *Ibid.*, p. 195.

³⁹ *Ibid.*, p. 195.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 89.

Enquanto os direitos naturais são um conjunto de valores intrínsecos ao ser humano e as leis naturais são instituídas pela razão, cuja coerção se resume à moral (os limites que o indivíduo impõe a si mesmo), a lei civil precisa ser coerciva, em primeiro plano, como poder punitivo e, em segundo plano, com intervenções preventivas. Nesse sentido, Barreto escreve:

A crença na existência de direitos inatos do homem possibilitou a construção da ideia do contrato social e a justificativa do Estado, entendido como produto de um pacto entre homens livres, que alienam parte de suas liberdades individuais e originárias em troca de segurança.⁴¹

Para Hobbes, das duas concepções de direito - os positivados e os naturais – ele entende que só há um direito vigente, qual seja, o direito natural que já foi positivado. Essa concepção o coloca entre o jusnaturalismo e o positivismo (em tese, uma doutrina é a negativa da outra). No entanto, é possível afirmar que Thomas Hobbes é jusnaturalista quando entende que o direito natural é anterior ao Estado, como um direito subjetivo e intrínseco ao ser humano, e é positivista, quando assevera a necessidade de formalizar o direito. Nessa linha, explica Bobbio “só se pode cometer injustiça contra aquele com quem se estipulou um pacto ou se fez uma promessa qualquer, razão pela qual a justiça significa cumprimento (e injustiça descumprimento) do pacto ou da promessa”.⁴²

Dito de outra forma, a lei natural predominante no estado de natureza não é justa nem injusta, porque sendo subjetiva e com limites morais (individuais), passa a “obrigar” quando transformada em lei civil (positivada), através do pacto social formalizado entre os homens, que deu origem ao Estado Civil.

Embora a teoria do estado de natureza de Thomas Hobbes, receba muitas críticas (em especial dos positivistas) e mereça ser constantemente (re)lida e aprofundada, o legado deixado “é uma antecipação, verdadeiramente surpreendente, das teorias positivas do século passado”⁴³, já que a concepção de Lei e Estado elimina qualquer fonte jurídica que não seja a própria lei e defende a ideia de que a lei civil é a positivação da lei natural que deriva da razão prática.

A ideia de um conhecimento “comprovável”, fruto de observação e experimentação, descrita por Augusto Comte dá início ao positivismo, que tem como escopo explicar os fatos de acordo com o que é observável. Comte define que “o conhecimento positivo caracteriza-se

⁴¹ BARRETO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Leituras de filosofia do direito**. Curitiba: Juruá, 2013. p 52.

⁴² BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 102.

⁴³ *Ibid.*, p. 101.

pela previsibilidade; “ver para crer” é o lema da ciência positiva. A previsibilidade científica permite o desenvolvimento da técnica [...]”.⁴⁴ Assim, o conhecimento positivo está calcado em determinadas “verdades” que são construídas através da repetição e tem espaço em todas as ciências. Vicente Barreto afirma:

O termo ‘positivista’ refere-se, assim, tanto à positividade do direito, como à filosofia positiva que fundamenta a sua interpretação. Essa argumentação justificadora da natureza pura do direito, abstraída de qualquer consideração de ordem moral, serviu de solo no qual vicejaram as raízes intelectuais do positivismo jurídico”.⁴⁵

Thomas Hobbes é tido como um dos precursores do positivismo jurídico⁴⁶, que tem como principal característica a possibilidade de comprovação objetiva, ou seja, a lei é a única fonte jurídica e portanto o que está contido na lei é Direito. Trata-se de um positivo formal, integrante de um sistema fracassado e inapropriado, já que se revela na aplicação da literalidade da lei, sem considerar questões de cunho moral. Wilson Englemann diz que “não há qualquer preocupação com a validade ética da norma jurídica elaborada pelo poder soberano, já que a conduta exigida apresenta contornos externos, sem vinculação com a sua internalização”.⁴⁷

No positivismo jurídico do início do século passado, também entendido como formalismo jurídico, a norma carece de interpretação e a aplicação se dá na esfera de sua literalidade, significa dizer, que o fato deve ser enquadrado nos contornos do que diz o Direito que lhe será aplicado. Norberto Bobbio assevera:

Por concepção da justiça formal, entendo a concepção com base na qual a justiça consiste no cumprimento das obrigações, qualquer que seja o conteúdo da obrigação; ou, considerando uma espécie particular de obrigações (as do cidadão em face do Estado), na obediência à lei, qualquer que seja o conteúdo da lei.⁴⁸

⁴⁴ ROCHA, Leonel Severo.; ATZ, Ana Paula. Positivismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 417.

⁴⁵ BARRETO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Leituras de filosofia do direito**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 64.

⁴⁶ Importa dizer que as teorias admitidas para ilustrar o positivismo jurídico, não serão objeto de aprofundado estudo, porque a complexidade contida em cada uma delas não comporta apenas algumas linhas, desta forma, a reflexão pretende se fixar em alguns pontos de extrema relevância para essa dissertação, em especial, no que diz respeito a evolução histórica das decisões judiciais, reforçando a ideia de um sistema jurídico operante e adequado à realidade social em que está inserido.

⁴⁷ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 41.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 102.

No positivismo jurídico formal, a legalidade ou justiça do conteúdo de uma Lei não está em discussão, em primeiro, porque sendo Lei objetiva positivada carrega o status de obediência e coerção; em segundo, no intuito de garantir a segurança jurídica e a paz social, o Direito deve ser dito de acordo com as normas pré-estabelecidas, pois são fatos jurídicos somente os acontecimentos previamente dispostos em normas que lhe atribuam tal valor.

Desta forma, os positivistas formais tem o Direito ao centro e partem dele para chegar as extremidades, onde estão os casos concretos, posto que entendem que a norma formal alcança todos os acontecimentos gerados na sociedade. Uma vez atribuída juridicidade a um fato que esteja previamente normatizado, o que não está positivado não pertence ao universo jurídico, portanto, se trata de um Direito previsível que, ao mesmo tempo em que limita a função interpretativa do Juiz, transparece como imparcial. Assim, Clèmerson Merlin Clève observa:

É o direito previsível garantido por meio de um órgão judicial encarregado de aplicar a lei aos casos concretos. Esta, a atividade jurisdicional, sofre uma neutralização política, de modo a facilitar o desenvolvimento da autonomização do universo jurídico, o qual, invertendo e dissimulando sua pertinência política, mostra-se imparcial.⁴⁹

O formalismo jurídico “garantido” pelo Estado não tarda mostrar sua face política, já que a lei positiva é elaborada segundo a vontade do próprio Estado, investido do poder soberano, ou seja, a Lei é formalizada, garantida e protegida pelo Estado a qual o indivíduo tem o dever de obediência sob a pretensão de segurança jurídica, de modo que, a tese de irrelevância política e imparcialidade não prospera.

Esse embuste jurídico, abre espaço para novas teorias positivistas, onde se destacam dois estudiosos que contribuíram de forma cabal na formação do pensamento moderno, Hans Kelsen⁵⁰ e H. L. A. Hart⁵¹, os quais através de suas principais obras fizeram repensar a teoria do Direito.

Hans Kelsen pensa o Direito como um complexo sistema jurídico, onde as normas se complementam e afastam as “impurezas” (em sentido figurado, já que a intenção não é “limpar” o Direitos mas sim, aproximá-lo de sua essência) que poderiam macular o sistema. Para tanto, sua obra “Teoria Pura do Direito” cuida de perceber o Direito “como uma

⁴⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos**: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 97.

⁵⁰ Hans Kelsen (1881 - 1973), se destaca pelo alcance e influência de sua obra Teoria pura do direito em 1934.

⁵¹ Herbert Lionel Adolphus Hart ou H. L. A. Hart (1907 – 1994) escreveu em 1961, o livro O conceito de direito, que transformou o estudo e compreensão da Teoria geral do direito.

metodologia pura, ou seja, livre de infiltrações consideradas como não sendo jurídicas”⁵², isolando o sistema de fundamentos econômicos, psicológicos, políticos e demais. Kelsen assim designa sua teoria:

Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.⁵³

O positivismo jurídico pretende excluir tudo aquilo que não está ‘enquadrado’ como Direito, dito de outra forma, o que não está previamente normatizado não pode fazer parte do sistema jurídico, que tem uma delimitação clara e concisa. Wilson Engelmann diz que “[...] na concepção de Kelsen o chamado “*extra-jurídico*” está automaticamente fora dos limites da Ciência do Direito”⁵⁴.

A Teoria Pura do Direito de Kelsen é uma teoria do Direito positivo, significa dizer que considera apenas o que está positivado, como por exemplo: um ato de vontade se torna objetivo porque existe uma norma que o reconheça e lhe atribua efeito jurídico, “o sentido objetivo de dever ser”⁵⁵. Conforme assevera Wilson Engelmann, “segundo ele, ninguém poderá negar a afirmação de que algo é, como a descrição de um fato, seja distinta do enunciado que algo deve ser, como uma descrição da norma”⁵⁶. Desta forma a norma pré-estabelecida empresta significado ao fato que somente é jurídico quando puder ser enquadrado em determinada norma pré-existente. Wilson Engelmann prossegue:

Na natureza, a causa e o efeito são conectados através do elemento de ligação ‘*ser*’, que expressa um enunciado descritivo. Já com a palavra ‘*dever ser*’, que representa um juízo diretivo, a ordem jurídica liga o pressuposto e a consequência, ou seja, o ilícito e a consequência do ilícito.⁵⁷

A fim de ampliar a compreensão, se pode tomar por exemplo as seguintes situações: a) a obrigação é satisfeita; b) a obrigação deve ser satisfeita. A primeira opção faz referencia a

⁵² ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 42.

⁵³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 1.

⁵⁴ ENGELMANN, op. cit., p. 45.

⁵⁵ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 32

⁵⁶ ENGELMANN, op. cit., p. 44.

⁵⁷ Ibid., p. 44.

uma afirmativa, algo que de fato aconteceu, enquanto a segunda opção revela um fato que pode ou não se tornar real, o “dever ser” ali contido faz alusão a algo que pode não acontecer. Daí se presume que a conduta humana não está projetada na teoria de Kelsen, que se fundamenta apenas naquilo que diz a norma previamente estabelecida.

A razão teórica (única razão admitida por Kelsen) traduz a racionalidade humana e se restringe a identificar o que já existe. Desta forma, “a norma jurídica é encarada como um ato de vontade de uma autoridade, que pode ser conhecida através da razão teórica, possibilitando a produção de conceitos, mas jamais justificando a produção de normas”.⁵⁸

Assim, direito e justiça não necessitam coabitar pois, uma norma de Direito é válida independente de justa ou não, na medida em que os critérios de justiça se restringem ao que está e ao que não está normatizado. Essa linha de raciocínio leva à reflexão de que se positivado está, justa é, posto que a positivação da norma é que dá efetividade à norma fundamental pressuposta.

Kelsen traz a ideia de uma norma fundamental pressuposta (não positiva) que serve como ponto de partida para as demais regras (positivas), portanto a interpretação acolhida na teoria pura do Direito de Kelsen é aquela que garante a efetividade da norma fundamental pressuposta, através do emprego das normas objetivas positivas - o sentido objetivo do dever ser. O sistema jurídico descrito nesta teoria é apartado de dimensões fáticas e morais, a validade de uma norma está vinculada a outra norma hierarquicamente superior - constituição⁵⁹, no entanto, acima desta está o dever de obediência à ela – a norma fundamental pressuposta.

Enquanto Kelsen traz a ideia de uma norma fundamental pressuposta, Herbert Hart trabalha com a concepção de uma norma fundamental positiva – regra de reconhecimento - e traz ao centro do Direito a ideia de comando, em suas palavras: “[...] uma forma linguística especial chamada modo imperativo [...]”⁶⁰, a saber:

[...] sempre que exista um sistema jurídico, algumas pessoas ou corpos de pessoas que emitem ordens gerais baseadas em ameaças, que são geralmente obedecidas, e deve acreditar-se em geral que estas ameaças provavelmente serão levadas a cabo em caso de desobediência. Esta pessoa ou corpo devem

⁵⁸ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 49.

⁵⁹ Esta referência de fato remete “[...] a uma certa constituição estatuída, produzida pelo costume ou por uma atividade constituinte e eficaz nas suas grandes linhas, e indiretamente ao ordenamento coercitivo produzido em conformidade a esta constituição e eficaz nas suas grandes linhas”. BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 54.

⁶⁰ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 23.

ser internamente soberanos e externamente independentes.⁶¹

A obrigatoriedade está no centro da tese de Hart, que define o Direito como uma ordem coercitivamente atendida, sob pena de concretização de uma ameaça (previamente estabelecida) denominada sanção. A ideia do Direito em Hart se dá como um sistema que se desenvolve através da conjunção de normas primárias – obrigação – e normas secundárias – passíveis de interpretação hermenêutica –, é nesse ponto que o positivismo de Hart se diferencia, porque ventila a possibilidade de interpretação normativa.

Hart distingue as normas em normas primárias ou as regras básicas e normas secundária. As primárias ou regras básicas são aquelas de cunho obrigatório, traduzidas pela ação ou omissão do indivíduo e, que não consideram sua vontade. As normas secundárias são normas que estabelecem a aplicação, modificação ou a extinção das regras primárias, consequentemente, as secundárias dependem da existência das primárias, isto é, para Hart, o sistema jurídico se traduz no conjunto das regras primárias e secundárias.

Ao abordar a validade da norma, Hart apresenta a regra de reconhecimento, a qual se vincula ao que ele denominou de ponto de vista interno e ponto de vista externo, exemplificados por Luis Fernando Barzotto da seguinte forma:

O enunciado típico de alguém que utiliza a regra de reconhecimento é: ‘O direito dispõe que.’ Esse enunciado revela uma aceitação da regra, ou seja, [...] ‘ponto de vista interno’. Por oposição a ele, alguém que não aceita a regra, mas observa, de fora, a sua utilização num determinado grupo social, irá expressar o seu ponto de vista externo com o seguinte enunciado: ‘No Brasil, reconhecem como direito’.⁶²

A afirmação: “o direito dispõe que...”, se refere ao ponto de vista interno, já que se dá no âmbito de determinado grupo social que aceita as regras e as utiliza, é uma afirmação que expressa uma regra, enquanto na afirmativa: “no Brasil, reconhecem como direito...”, o ponto de vista externo é identificado, porque expressa a observância de uma regra. A validade de uma regra está na afirmação interna, desta forma, uma regra só existe e tem validade jurídica quando for identificada na regra de reconhecimento, ou seja, “como pertencente a um ordenamento pela sua conformidade com a regra de reconhecimento desse ordenamento

⁶¹ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 31.

⁶² BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 104.

[...]”⁶³.

Assim, para Hart, a regra de reconhecimento é a regra suprema do sistema e é a partir dela que as normas primárias são identificadas. A regra de reconhecimento se traduz em uma norma positiva, no entanto, na maior parte das vezes ela não é declarada, sua utilização é vislumbrada através das atividades dos tribunais e entidades, quando há o reconhecimento das regras concretas do próprio sistema. A regra de reconhecimento em si não é um enunciado jurídico, mas sim, um fato que depende de aceitação (afirmação interna) para se transpor ao ordenamento jurídico. Wilson Engelmann, ao estudar a análise de Hart sobre o sistema jurídico, pondera:

Lançando esta forma de análise do sistema jurídico, Hart busca corrigir o formalismo kelseniano, que parte de premissas exclusivamente normativas, esquecendo o ponto de vista externo. Por outro lado, no entanto, corrige o empirismo exagerado dos realistas norte-americanos e escandinavos que, enfatizando apenas o plano externo, deixaram de lado o plano interno.⁶⁴

Hart aparece aqui com uma ideia mediadora entre um sistema jurídico “fechado em si mesmo” que não admite qualquer interferência (Kelsen) e a necessidade de utilização da regra de reconhecimento (observação) como forma de validação de uma norma. A teoria apresentada por Hart levanta a possibilidade de interpretação no que ele denomina de “zona de penumbra”⁶⁵, que consiste em uma situação duvidosa sobre a aplicação da regra, ou seja, em situações onde o direito é incompleto, cabe ao juiz ou tribunal aplicar o Direito conforme sua própria concepção. Esta subjetividade dá ao julgador o chamado poder discricionário.

O poder discricionário do juiz ou tribunal é defendido por Hart (nos casos onde a regra jurídica é inexistente) e atacado duramente pela doutrina que se dedica ao assunto, em razão da falta de parâmetros desse poder, fundamentado nos valores individuais do julgador. De qualquer forma, o paradigma hermenêutico introduzido por Hart é um passo definitivo para a abertura interpretativa do processo.

A interpretação do texto sugere uma importante alteração na aplicação da lei, que ao contrário do que prega o positivismo formal, não é mais o fato que deve se moldar à norma mas sim a norma que deve se flexibilizar para alcançar a extensão do caso em concreto. A simples aplicação de um texto de lei à um fato trazido pela vida real, revela a “falência de

⁶³ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 104.

⁶⁴ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 67.

⁶⁵ “A “zona de penumbra”, na perspectiva de Hart, é fundamentada na chamada textura aberta do direito, produzida a partir da indeterminação dos padrões de comunicação escolhidos, ou seja, as palavras”. Ibid., p. 71.

uma ordem jurídica herdada do século XVIII, por demais ritualizada, dogmática e desatualizada, que, em suas raízes, nunca traduziu as verdadeiras condições e intents do todo social”.⁶⁶ Wolkmer define o papel desacolhedor que o judiciário tomou para si por não oferecer respostas aos anseios sociais.

As decisões sob a égide do direito positivo são insatisfatórias, porque se baseiam em um ordenamento inflexível que não considerava as peculiaridades dos fatos, ao contrário, o que faz é enquadrar o fato à norma pré-existente. Nas palavras de Lenio Streck “o direito é, assim, apenas a moldura na qual serão subsumidos os “fatos” (como se fosse possível separar fato e direito)”.⁶⁷ O Direito positivado afasta o texto de lei de qualquer sentido subjetivo, no entanto, os fatos jurídicos são acontecimentos carregados de emoções tipicamente humanas, em busca de uma solução para o conflito. Lenio Streck prossegue:

Em outras palavras, o texto não existe em uma espécie de ‘textitude’ metafísica; o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da facticidade; interpretar um texto é aplica-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação. Salta-se do fundamentar para o compreender (e, portanto, aplicar).⁶⁸

Somente na modernidade é que surgiram os primeiros questionamentos sobre a relação entre o direito e a moral. As teses do positivismo epistemológico⁶⁹ é que trouxeram argumentos que pretendiam ser refutações da tese da separação conceitual entre direito e moralidade. Em primeiro, a possibilidade de separação entre direito e moral é meramente descritiva. Direito, moral e política não podem ser confundidos, cada um deles deve atuar em seu próprio campo. As teorias do direito positivista se fundam em uma racionalidade que leva o direito a ser visto e analisado conforme os critérios de uma lógica formal rígida. Lenio Streck assim define:

Isso significa dizer que para o positivismo pouco importava por em discussão – no campo de uma teoria do Direito – questões relativas à legitimidade da decisão tomada nos diversos níveis do poder estatal (legislativo, executivo ou judiciário), No fundo, operou-se uma cisão entre

⁶⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 90.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 223.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 219.

⁶⁹ “Pode-se observar que o positivismo epistemológico do século XX tem como matriz teórica básica a sociologia. A Teoria do Direito observa um determinado fenômeno social, o direito, sem comprometê-lo na sua integridade de objeto do conhecimento com juízos de valor”. BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 645.

validade e legitimidade, sendo que as questões de validade seriam resolvidas mediante uma análise lógico-semântica dos enunciados jurídicos, ao passo que os problemas de legitimidade – que incluem uma problemática moral – deveriam ficar sob os cuidados de uma teoria política.⁷⁰

A filosofia política contemporânea, na qual se enquadra o pensamento de Ronald Dworkin, defende a ideia de fusão entre o Direito e as regras morais, alegando que derivam do mesmo ordenamento jurídico. As regras morais são aquelas que fazem parte do convencimento geral, e passam a ter validade jurídica quando transformadas em princípios constitucionais. Essa ideia é central para a eliminação do poder discricionário do juiz, uma vez que não havendo lei que possa dar resposta ao fato, o julgador poderá obter a resposta nos princípios, de forma que o direito jamais seria extrapolado com a “criação” de novas normas.

Dworkin defende a existência de princípios morais vinculantes que devem ser conclamados pelo juiz no momento da decisão e utilizados de forma construtiva, e não arbitrariamente lançados como causa de fundamentação da decisão. “Para ele, a moralidade não é constituída por convenções públicas que digam: uma conduta é moralmente exigida ou permitida pelo teste daquilo que pensa a maior parte das pessoas”;⁷¹ Dworkin não vê a moral como uma convenção, mas como um consenso, “significa uma coincidência das mesmas convicções, sustentadas de forma independente [...]”⁷².

O maior obstáculo para a compreensão da teoria de Dworkin é a falta de objetividade e a dificuldade em identificar “uma coincidência de convicções” morais, livre de imoralidades (como por exemplo a escravidão) em uma sociedade. Entretanto, Dworkin se utiliza da distinção apresentada por “Bentham e Austin, que abordam a distinção entre moralidades “positiva” e “crítica”, sendo a moralidade positiva, aquelas convenções sociais criadas pelo homem, e a moralidade crítica, os padrões *pelos quais essas convenções seriam julgadas*”⁷³, de modo que se entenda a origem dos princípios, que em nada lembra as percepções pessoais do julgador, pois, ao contrário, as decisões fundamentadas em princípios carregam consigo grande dosagem de responsabilidade política.

A questão principiológica é de extrema importância na concepção de Dworkin porque embasa decisões jurídicas construídas em razão do histórico-político das decisões passadas, que devem ser compatíveis com os princípios morais da comunidade no momento do julgamento, dando a impressão de uma norma estática no seu exterior, mas em movimento no

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 148.

⁷¹ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 136.

⁷² *Ibid.*, p. 136.

⁷³ *Ibid.*, p. 137.

seu interior, constituindo-se assim uma maneira pela qual o sistema jurídico acompanha a evolução social, sem se desvincular da segurança contida na norma positiva. Lênio Streck afirma:

Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador.

No Brasil, o constitucionalismo conduz uma nova forma de contemplar o Direito, a qual Francesco Bilancia sugere que “[...] o estudo do direito constitucional positivo impõe, de fato, a observação da lei constitucional em vigor, evitando um modelo teórico específico pós-kelseniano como objeto de reflexão”.⁷⁴ Uma norma rígida se “flexibiliza” com a interpretação do texto da lei, dito de outra forma, se concretiza na atribuição de sentido às palavras. Esse sentido parte, inicialmente, da pré-compreensão de mundo, inerente ao ser humano para alcançar um ponto de compreensão final. Wilson Engelmann assinala: “a pré-compreensão pode ser apresentada como um modo de ser que possibilita a antecipação do sentido daquilo que se compreende, [...]”.⁷⁵ A interpretação é o que dá sentido ao texto, isso significa, o texto da lei não são apenas palavras dissociadas de uma realidade, o texto tem um fundamento, um significado que deve ser compreendido, como explica Lenio Streck:

Eis a especificidade do direito: textos são importantes; textos nos importam; não há norma sem texto; mas nem eles são ‘plenipotenciários’, carregando seu próprio sentido (o mito do dado, fantasia de texto que se interpreta por si mesmo e se extrai por si mesmo, nas palavras de Simon Blackburn) nem são desimportantes, a ponto de permitir que sejam ignorados pelas posturas pragmatistas-subjetivistas, em que o sujeito assujeita o objeto (ou, simplesmente, o inventa).⁷⁶

Assim, o Direito é um conjunto de regras e princípios. As regras são normas aplicadas na forma do “tudo ou nada”, pois só se aplicam mediante condições que elas próprias impuseram. Os princípios, por sua vez, são normas positivas que não tem uma consequência

⁷⁴ “lo studio del diritto costituzionale positivo impone, infatti, di osservare il diritto costituzionale vigente come tale, evitando di assumere in sua vece un determinato modello teorico post-kelseniano come oggetto di riflessione” (tradução nossa). BILANCIA, Francesco. Positivismo giuridico e studio del diritto contituzionale. **Rivista Contituzionalismo it Contituzione e Ruolo dei Contituzionalisti**, [S.l.], n. 2, p. 161, 20 out. 2010. Disponível em: <<http://www.costituzionalismo.it/articoli/353/>>. Acesso em: 22 abr. 2014.

⁷⁵ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 220.

⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 219.

jurídica precisa frente à circunstância real, eles expressam justiça, equidade e outras dimensões subjetivas. Os princípios guardam a dinâmica da norma, que é o que permite sua aplicação no passado, presente e futuro. Wilson Engelmann observa:

A par desse referencial, pode-se dizer que o princípio em si apresenta pouco valor, mas relacionado a um caso concreto, bem como a outros princípios ou regras, contribuirá para a criação de uma decisão judicial aceitável pelo sistema jurídico. Vale dizer, nesse momento, os princípios passam a apresentar existência concreta.⁷⁷

A utilização dos princípios jurídicos é sinal de que o positivismo jurídico alcançou um novo patamar que se revela na aproximação do Direito ao mundo factual, até então inadmitido na teoria positivista. Atualmente, o positivismo jurídico defende a ideia de aplicação da lei em conjunto com os princípios jurídicos, limitando a fundamentação jurídica à determinadas normas pré-estabelecidas. Desta forma, em tese, o Direito alcança formalmente todas as demandas sociais, posto que “na fundamentação de uma decisão judicial devem ser levados em consideração três níveis de avaliação, a saber, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito do princípio que servirá para nortear o raciocínio jurídico expresso na decisão”.⁷⁸ Às regras e aos princípios constitucionais é dispensada a mesma igualdade hierárquica que Francesco Bilancia explica:

Certamente, a Constituição se torna ‘uma fonte de legitimação do poder político e, portanto, a medida suprema da legalidade’, e a ciência do direito deve avaliar a compatibilidade da norma com a Constituição e os seus princípios. A estrutura regulatória da Constituição, já não consiste apenas de regras, mas também princípios e valores, que para o ordenamento jurídico, são todos, de igual modo, juridicamente prescritos.⁷⁹

As normas e os princípios constitucionais mantêm igual relevância jurídica e nem poderia ser diferente, já que os princípios representam um tipo de direito que dá mobilidade à formalidade das normas, permitindo a aplicação da mesma regra jurídica a casos concretos, distintos em sua essência, mas semelhantes em sua juridicidade.

⁷⁷ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 159.

⁷⁸ Ibid., p. 157.

⁷⁹ “Certamente la Costituzione diviene “fonte di legittimazione del potere politico e quindi misura suprema della legalità”, e la scienza del diritto pubblico dovrà valutare la compatibilità della stessa legalità com la Costituzione ed i suoi principi. La struttura normativa della Costituzione, non più composta soltanto da regole ma anche da principi, valori, fini dell’ordinamento, tutti in egual modo giuridicamente prescrittivi”. (Tradução nossa). BILANCIA, Francesco. Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale. **Rivista Costituzionalismo it Costituzione e Ruolo dei Costituzionalisti**, [S.l.], n. 2, p. 163, 20 out. 2010. Disponível em: <<http://www.costituzionalismo.it/articoli/353/>>. Acesso em: 22 abr. 2014.

Os princípios constitucionais favorecem a essência do fato e o seu o aspecto humano, que até então não era relevante ao positivismo, para o qual a aplicação da lei equivale a uma operação matemática, revelando um Direito desvinculado dos fatos e separado da Justiça. Entretanto, esse positivismo formal cedeu espaço à hermenêutica jurídica, que Lênio Streck define como “a palavra hermenêutica deriva do grego *hermeneuein*, adquirindo vários significados no curso da história. Por ela, busca-se traduzir para uma linguagem acessível aquilo que não é compreensível”.⁸⁰

A hermenêutica jurídica consiste na aproximação da prática e teoria e na atribuição de sentido à aplicação de determinada lei a determinado caso, “tomando-se como referência que o ser humano é um ente que constantemente deve interpretar-se, além de explicar o seu mundo a si mesmo, chega-se à conclusão de que o mesmo não é um observador neutro, excluído do acontecer [...]”⁸¹. Assim, ao contrário, o ser humano é o protagonista dos acontecimentos e passa longe de mero expectador dotado de razão prática.

Todo esse processo hermenêutico, iniciado num conceito de positivismo soberano e gradativamente adequado às necessidades sociais, faz parte do Estado Democrático que pressupõe condições políticas e sociais instituídas a partir de aspectos morais, positivados através dos princípios constitucionais. A norma não comporta uma interpretação infinita, sob pena de arruinar seu sentido, por isso, a junção da norma - com seus contornos bem definidos - e os princípios - ideais subjetivos - propicia uma maior aproximação da lei ao caso concreto, dada a relevância da individualidade de julgamento, especialmente nas questões que envolvem direitos vitais, ao mesmo tempo em que confere a necessária segurança jurídica.

Assim, o Direito atenta tanto para assegurar a aplicação da lei como para aproximá-la do caso concreto, já que concede uma certa “mobilidade” à norma jurídica, possibilitando a associação da teoria com a prática, fator que marca o período denominado constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo. O referido período traz ao centro o papel do Estado Constitucional, sobretudo no que diz respeito a efetivação dos Direitos fundamentais, reflexo de uma sociedade em constante evolução.

No decorrer desta evolução natural da sociedade, que fez chegar ao atual período pós-moderno, palco do constitucionalismo, as maneiras de atuação do controle estatal sobre o indivíduo também sofreram grandes transformações. O que antes estava concentrado na exploração da força física (corpo-máquina), foi se deslocando para espaços mais sutis e

⁸⁰ STRECK, Lenio. Hermenêutica jurídica. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 430.

⁸¹ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 207.

eficientes. A sociedade passou a ser gerida pela imposição do poder soberano sobre a vida humana, o que Foucault nominou de biopoder, nascido no Estado civil e presente, inclusive, na contemporaneidade do Estado democrático.

2.1.2 O Biopoder e a Biopolítica como Formas (In)dispensáveis de Governar no Passado e no Presente Estado Democrático

O ‘direito’ à vida, ao corpo, à saúde, à felicidade, à satisfação das necessidades, o ‘direito’, acima de todas as opressões ou ‘alienações’, de encontrar o que se é e tudo o que se pode ser, esse ‘direito’ tão incompreensível para o sistema jurídico clássico, foi a réplica política a todos esses novos procedimentos de poder que, por sua vez, também não fazem parte do direito tradicional da soberania.⁸²

Com o surgimento do Estado moderno, fruto da organização social, o homem recebe, segundo Hannah Arendt, “além da sua vida privada, uma espécie de segunda vida, o seu *bios politikos*”,⁸³ que consiste na identificação do homem político, composto de atividades políticas - “a ação (*praxis*) e o discurso (*lexis*)”⁸⁴, através das quais desperta para o domínio das questões humanas. Desta forma, “ser político, viver em uma *polis*, significa que tudo era decidido mediante palavras e persuasão, e não força e violência”.⁸⁵ O homem político também atenta para a segregação do individual e do coletivo, bem como na adoção de uma nova postura que renuncia direitos e incorpora deveres. Ao renunciar “ao direito sobre todas as coisas”, o homem outorga ao Estado o poder soberano, caracterizado especialmente pelo direito de vida e morte sobre seus súditos.

Foucault assinala que esse poder soberano “[...] derivava formalmente da velha *patria potestas* o qual concedia ao pai de família romano o direito de “dispor” da vida de seus filhos e de seus escravos; podia retirar-lhes a vida, já que a tinha “dado”.⁸⁶ Importa dizer que, esse direito de dispor da vida não é explícito ou exigível sem qualquer razão, ele é reconhecido como castigo e, por exemplo, quando o soberano ameaçado, designa à seus súditos tomar parte em sua defesa expondo suas próprias vidas, o que lhe confere “um direito “indireto” de vida e morte”⁸⁷. Esse poder indireto é visto como “o direito de soberania [...] de fazer morrer

⁸² FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**: a vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Graal, 2012. v. 1, p. 158.

⁸³ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013. p. 28

⁸⁴ *Ibid.*, p. 29.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 31.

⁸⁶ FOUCAULT, op. cit., p. 147.

⁸⁷ *Ibid.* p. 147.

ou deixar viver”.⁸⁸ Nesse aspecto Foucault desenvolve duas principais formas de atuação do poder soberano sobre a vida. A primeira alude ao século XVII, enquanto a segunda forma de atuação, sugerida por Foucault, remete à metade do século XVIII:

[...] o primeiro a ser formado, ao que parece, centrou-se no corpo como máquina: no seu adestramento, na ampliação de suas aptidões, na extorsão de suas forças, no crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade, na sua integração em sistemas de controle eficazes e econômicos [...]. O segundo, [...] centrou-se no corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos: a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade, com todas as condições que podem fazê-los variar; [...]⁸⁹

Uma das formas de interferência do poder soberano sobre a vida biológica dos indivíduos é o denominado corpo máquina. O Estado molda os corpos a fim de que se tornem força bruta de trabalho enquanto lhes adentra a docilidade, no intuito de garantir uma crescente produtividade laboral. No momento em que o corpo passa a ser controlável pelos processos que dizem respeito à sua biologia, os meios exploratórios ganham impulso, transformando esse corpo em força de trabalho. Assim surgem os primeiros sinais de que o poder político acaba de assumir a gerência da vida.

O corpo espécie é produto de sucessivas intervenções no desenvolvimento biológico elementar – o nascimento, a saúde, o sexo, a morte – e social do indivíduo, já que não mais está centrado na produtividade mas sim em toda a conduta humana, infiltrando processos de controle desde os nascimentos até os óbitos. O corpo disciplinado e a população controlada demonstram um poder que cuida do individual e do coletivo, alcançando todas as esferas da vida humana.

Desta forma, o poder soberano ultrapassa as linhas limítrofes do viver/morrer, tomando para si toda a existência humana. Logo, é dele o direito de apropriação das riquezas, do trabalho, dos bens, dos corpos e, por fim, da vida, o que Foucault chama de biopoder. A condição de existência material do biopoder se traduz na forma de utilização deste poder, regido pela implantação de políticas públicas identificáveis nas ações produzidas pelo poder soberano como forma de controle. Dito de outra maneira, a biopolítica é o exercício do biopoder. Foucault afirma os primeiros sinais dessa nova tecnologia do poder e dessa biopolítica da espécie humana:

⁸⁸ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 287.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 151-152.

[...] trata-se de um conjunto de processos como a proporção dos nascimentos e dos óbitos, a taxa de reprodução, a fecundidade de uma população, etc. São esses processos de natalidade, de mortalidade, de longevidade que [...] constituíram, acho eu, os primeiros objetos de saber e os primeiros alvos de controle dessa biopolítica.⁹⁰

Estes processos de controle surgem no século XVIII, em meio a problemas políticos e econômicos, agravados pela intensidade com que as epidemias acometem grande parte da população. As doenças epidêmicas são a causa de muitos óbitos, porém, o problema está concentrado na população sobrevivente, que passa a demandar tratamentos médicos permanentes a custos elevados. Diante disso, além de ver sua capacidade física reduzida e conseqüentemente o rendimento de seu trabalho diminuído, “não mais como a morte que se abate brutalmente sobre a vida – é a epidemia – mas como a morte permanente, que se introduz sorrateiramente na vida, a corrói perpetuamente, a diminui e a enfraquece”.⁹¹

Essa crise desenvolve um outro tipo de saúde pública, embasada em outros parâmetros, com a função de monitorar a higiene e medicação, bem como, instituir, por meio de organismos de cooperação, um controle sobre a população. Isso se dá especialmente com a centralização das informações e a definição de normas de conduta que garantam a efetivação deste controle, instaurando-se assim, a biopolítica através do biopoder.

No biopoder, o controle do corpo se torna o centro de interesse do poder soberano, a morte já não simboliza o poder absoluto, ao contrário, manipular a vida e administrar processos biológicos é a forma de conduzir o homem. Esta face do poder soberano se desenvolve através do “controle regulatório”⁹² exercido pelo Estado sobre seus cidadãos. As políticas públicas direcionadas à saúde e o aprendizado escolar são exemplos da sutileza com que este poder se fortalece. Giorgio Agamben aponta que, por exemplo, o desenvolvimento do capitalismo só foi possível por meio do “controle disciplinar efetuado pelo novo biopoder, que criou para si, por assim dizer, através de uma série de tecnologias apropriadas, os “corpos dóceis” de que necessitava”.⁹³

Os corpos dóceis, de que falam Foucault e Agamben, são fruto de um esquema político de manipulação da vida humana. Conforme exposto em capítulos anteriores, a convivência com seus iguais é imprescindível ao homem, por isso ele permuta parte de sua

⁹⁰ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 290.

⁹¹ *Ibid.*, p. 291.

⁹² FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Graal, 2012. v. 1, p. 152.

⁹³ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012. p. 11.

vida nua, a qual Giorgio Agamben se refere pela alcunha de zoé, ou seja, “que exprimia o simples fato de viver comum a todos os seres vivos (animais, homens ou deuses) [...]”,⁹⁴ para participar de uma organização social capitaneada pelo Estado que se ampara no biopoder, sobretudo como forma de controle.

A relação poder/corpo-máquina se desenrola através do que Foucault denomina “disciplinas anátomo-políticas do corpo humano”⁹⁵, isso significa que o Estado gerenciando a vida do indivíduo, privilegia o desenvolvimento físico no intuito de garantir um corpo-máquina capaz de aumentar a força produtiva e suprir necessidades humanas. Assim, a atividade laboral ganha status de coisa pública e seu desenvolvimento não tarda a transformar todas as condições materiais da vida. “A sociedade é a forma na qual o fato da dependência mútua em prol da vida, e de nada mais, adquire importância pública [...]”⁹⁶.

Essa importância pública atribuída ao trabalho, transformou a atividade - antes monótona e aprisionada ao processo vital - numa progressiva aceleração da produtividade, ou seja, um crescimento artificial daquilo que é natural. Assim, “o que chamamos de artificial crescimento do natural é visto geralmente como o aumento constantemente acelerado da produtividade do trabalho”⁹⁷, caracterizado principalmente pela produção de bens não necessários. Pode-se dizer que é um falso crescimento, porque alimenta uma cadeia de produção e consumo, no princípio desnecessária, mas como contínua, acaba por se tornar indispensável.

Se por um lado o biopoder aparece como uma força repulsiva já que se utiliza do corpo-máquina sob a forma de exploração e exclui o trabalho como mero meio de satisfação das necessidades, tornando-o fatigante e penoso, por outro lado, como uma força atrativa concebe condições de existência que transcendem a mera expectativa humana, garantindo condições de acessibilidade à vida, à saúde, à educação. Como assinala Foucault, essa transformação trouxe notáveis resultados:

Não é necessário insistir aqui sobre a ruptura [...] nesta posição dupla da vida, que a situa fora da história como suas imediações biológicas e, ao mesmo tempo, dentro da historicidade humana, infiltrada por suas técnicas de saber e de poder. Não é necessário insistir, também, sobre a proliferação das tecnologias políticas que, a partir de então, vão investir sobre o corpo, a

⁹⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012. p. 09.

⁹⁵ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**: a vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Graal, 2012. v. 1, p. 151-152.

⁹⁶ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013. p. 56.

⁹⁷ Ibid., p. 57.

saúde, as maneiras de se alimentar e de morar, as condições de vida, todo o espaço da existência.⁹⁸

Diante disso, o Estado opera em todos os setores da vida humana, sejam eles públicos ou privados, seja em instituições civis ou militares, não há seres humanos intocados pela biopolítica⁹⁹. Foucault observa a biopolítica em outro contexto igualmente complexo e sorrateiro quando discursa sobre o liberalismo econômico – político, onde a liberdade “é muito mais a espontaneidade e a mecânica interna e intrínseca dos processos econômicos do que uma liberdade jurídica reconhecida como tal para os indivíduos”.¹⁰⁰ Aliás, no tocante as liberdades reconhecidas aos indivíduos, ele prossegue: “A liberdade nunca é mais que – e já é muito – uma relação atual entre governantes e governados, uma relação em que a medida do “pouco demais” de liberdade que existe é dada pelo “mais ainda” de liberdade que é pedido”.¹⁰¹

Desta forma, o cidadão trava uma batalha para reivindicar algo que em tese ele já possui - sua liberdade (partindo da premissa de que todo homem nasce livre). Entretanto, o exercício desta liberdade no âmbito de convivência social só é possível quando reconhecido juridicamente. Trata-se de uma liberdade limitada e regulada pelo Estado. Foucault ainda utiliza o termo “técnicas de poder” para discursar sobre os métodos de inserção da biopolítica utilizados pelo poder estatal em todos os segmentos da sociedade e assim os narra:

[...] técnicas de poder presentes em todos os níveis do corpo social e utilizadas por instituições bem diversas (a família, o Exército, a escola, a polícia, a medicina individual ou a administração das coletividades), agiram no nível dos processos econômicos, do seu desenrolar, das forças que estão em tais processos e os sustentam; operam, também, como fatores de segregação e de hierarquização social [...]¹⁰²

As técnicas de poder descritas por Foucault não se diferenciam da biopolítica. Na verdade, elas demonstram a forma como a biopolítica efetiva suas ações, ou seja, as técnicas de poder são delineadas de acordo com o nível em que irão atuar. Diante disso, são habilmente desenvolvidas para cada setor social no qual serão inseridas, por exemplo:

⁹⁸ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**: a vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Graal, 2012. v. 1, p. 156.

⁹⁹ Conforme Foucault: “[...] desta grande tecnologia de duas faces, voltada para os desempenhos do corpo e encarando os processos da vida – caracteriza um poder cuja função mais elevada não é mais matar, mas investir sobre a vida, de cima a baixo”. Ibid., p. 152.

¹⁰⁰ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 83-84.

¹⁰¹ Ibid., p. 86

¹⁰² FOUCAULT, op. cit., p. 153-154.

técnicas no setor da saúde (controle de vacinação, natalidade), técnicas no setor de trabalho (legislação, fiscalização) e assim por diante. Assim, o Estado manipula todos os espaços de interesse social, inclusive os que dizem respeito às liberdades e à segurança, logo, também lhe cabe gerir os riscos/perigos a que os indivíduos estão expostos. Ainda, Foucault alerta para a cultura do medo inserida na sociedade, “por toda parte vocês veem esse incentivo ao medo do perigo que é de certo modo a condição, o correlato psicológico e cultural interno do liberalismo. Não há liberalismo sem cultura do perigo”.¹⁰³ O perigo ou a cultura do medo age como um limitador de liberdade, seguindo esse raciocínio, Foucault aponta diversas formas de manipulação que passam por intervenções econômicas e crises governamentais.

O regime de governo liberal, neoliberal, socialista, totalitarista, democrático e demais, contribuem em maior ou menor grau com o desenvolvimento da biopolítica. No entanto, é importante mencionar que essa forma de controle político não está atrelada a um tipo específico de regime governamental, já que o “Estado tem uma força de expansão sem fim em relação ao objeto-alvo sociedade civil”.¹⁰⁴

Desta forma, a sociedade civil¹⁰⁵ é imprescindível de organização política, logo, assim como o Estado, a biopolítica é necessária e insuportável. Necessária, porque é uma maneira de garantir aos indivíduos acesso a meios indispensáveis de sobrevivência; e, insuportável, porque se trata de uma imperceptível invasão estatal que limita a liberdade e direciona a conduta humana. Esse poder de interferência obscuro e inaudível é o que Giorgio Agamben compreende como politização da vida:

[...] o rio da biopolítica, que arrasta consigo a vida do homo sacer, corre de modo subterrâneo, mas contínuo. É como se, a partir de um certo ponto, todo evento político decisivo tivesse sempre uma dupla face: os espaços, as liberdades e os direitos que os indivíduos adquirem no seu conflito com os poderes centrais simultaneamente, preparam, a cada vez, uma tácita porém crescente inscrição de suas vidas na ordem estatal [...].¹⁰⁶

Giorgio Agamben compara o biopoder, que integra a politização da vida, a um rio subterrâneo, que parece fazer emergir às traiçoeiras e turvas profundezas de um poder político

¹⁰³ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 91.

¹⁰⁴ Ibid., p. 259.

¹⁰⁵ O termo “sociedade civil”, tem o conceito centrado no Estado – sociedade civil como Estado politicamente organizado, conforme Bobbio: “Na linguagem política de hoje, a expressão “sociedade civil” é geralmente empregada como um dos termos da grande dicotomia sociedade civil/Estado”. BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 33

¹⁰⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012. p. 118.

absoluto na condução da existência humana. Com a mesma facilidade com que esse poder contempla Direitos, ele suprime liberdades. O alcance deste poder pode ser identificado na execução de políticas públicas como controle da natalidade e mortalidade, nas regras da seguridade social e aposentadoria - exemplos de uma biopolítica inserida de tal forma no cotidiano que acaba despercebida pela maior parte dos indivíduos.

Sob uma perspectiva ampla, a biopolítica está inserida na forma como a alimentação, educação, transporte, trabalho, economia, lazer são conduzidos, além de se mostrar presente em situações íntimas e privadas relacionadas as liberdades individuais. Edgar Morin faz uma descrição do Estado atribuindo-lhe o cognome de aparelho:

[...] o aparelho é um dispositivo de comando e de controle que capitaliza a informação, estabelece programas e, através disso, gere a energia material e humana; um aparelho introduz a sua determinação num meio amorfo ou heterogêneo (assim o aparelho de Estado pode controlar populações muito diversas); no sentido cibernético do termo, submete um sistema sem enfrentar a sua reação mas recebendo deste informação.¹⁰⁷

Essa concepção de que a existência humana está atrelada às sombras de um poder infiltrado largamente na vida social e política dos indivíduos pode não parecer uma ideia romântica de mundo perfeito com Direitos e liberdades garantidas, mas há que se considerar as benesses que esse poder aglutina à vida humana, que vai desde o ato de beber água purificada até a utilização de tecnologia de ponta para comunicação, saúde e entretenimento.

Nesse contexto, a biopolítica é parte integrante das relações humanas, sendo a vida e a saúde parte integrante do desígnio deste poder. Para tanto, a vida passa a fazer parte dos cálculos estatísticos do Estado, utilizando-se ambas as formas identificadas por Foucault, tanto individual como coletiva. Diante disso, o objetivo de aprimorar a qualidade biológica dos habitantes de uma nação é o consequente fortalecimento desta nação, mas pior que a submissão praticada pelo Estado está a sujeição, descrita por Edgar Morin como “a sua autoridade introduziu-se no espírito do indivíduo beneficiando-se do princípio de inclusão que permite a cada sujeito incorporar-se ao Nós; inscreve as suas finalidades no próprio centro da autonomia do sujeito”.¹⁰⁸

A politização da vida humana é totalitária - ainda que não se possa atribuir este poder sobre a vida como mero resquício de um Estado totalitário, porque se assim o fosse, sua intervenção estaria em visível declínio o que não é verdadeiro - e reducionista, já que exclui a

¹⁰⁷ MORIN, Edgar. **O método 5: a humanidade da humanidade. a identidade humana.** Tradução de Juremir Machado da Silva. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2012. p. 178.

¹⁰⁸ Ibid., p. 179.

pluralidade em favor da unidade, estabelecendo a formação de grupos homogêneos (sociedade de massa), ao mesmo tempo em que revela a perspicácia do poder estatal, que se ocupa em direcionar o foco à uma realidade racionalmente construída em detrimento a individualidade e às emoções humanas.

Os mais importantes Projetos [...] do futuro serão vastas pesquisas, sob patrocínio governamental, em torno do que os políticos e os cientistas participantes chamarão ‘o problema da felicidade’- em outras palavras, o problema de fazer com que as pessoas amem sua servidão.¹⁰⁹

O trecho acima transcrito faz parte de uma obra de ficção científica publicada em 1932, por Aldous Leonard Huxley, intitulada “Brave new world”, no Brasil traduzido para “Admirável Mundo Novo”, na qual o autor denuncia os aspectos desumanos do progresso, contando a história de um mundo onde as pessoas são condicionadas biológica e psicologicamente a viver de acordo com normas sociais, calmos e felizes.

Ironicamente, a sociedade contemporânea carece de felicidade e constantemente a busca justamente na servidão, representada pelo consumo compulsivo, pelos ideais que jamais serão alcançados, pelo excesso de trabalho e tantas outras situações facilmente identificáveis nessa sociedade que perdeu a essência do pessoal/individual, para se concentrar na grande massa pela qual Hannah Arendt observa: “o que torna a sociedade de massas tão difícil de ser suportada não é o número de pessoas envolvido, [...] mas o fato de que o mundo entre elas perdeu seu poder de congrega-las, relacioná-las e separá-las”.¹¹⁰

Se por um lado a sociedade de massas representa uma população aglutinada, grupos de indivíduos que se confundem entre si sem qualquer individualidade, e por essa razão facilmente manipulável, por outro lado, o Estado astutamente separa essa massa humana (que desconhece seu poder enquanto grande grupo), segmentando a população em pequenos grupos sociais, de modo que cada grupo reivindique “direitos” apenas para si. Desta forma, cada pequeno grupo, isoladamente, não representa uma força ameaçadora ao Estado que “associa, certo, pela coerção, populações heterogêneas de milhões de indivíduos, mas estabelece uma sociedade comportando uma enorme variedade de etnias e, assim, traz a complexidade que faz emergir todas as associações de diversidade numa unidade”.¹¹¹

¹⁰⁹ HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. Tradução Vidal de Oliveira. 22. ed. São Paulo: Globo, 2009. p. 21.

¹¹⁰ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013. p. 64.

¹¹¹ MORIN, Edgar. **O método 5: a humanidade da humanidade. a identidade humana**. Tradução de Juremir Machado da Silva. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2012. p. 181.

Essa reflexão remete ao efetivo exercício do princípio da autonomia, ou melhor, a inoperância dele no contexto *bio* brasileiro. Enquanto muitos países se apressam a regulamentar práticas referentes a terminalidade da vida, no Brasil, o máximo que esse assunto alcançou é uma resolução emitida por conselho federal de classe¹¹², praticamente sem efeitos jurídicos. A questão que envolve a estatização da autonomia está estampada no ordenamento civil quando sequestra do indivíduo a liberdade de dispor sobre o próprio corpo. Conforme Morin, “o subjugado, tornado sujeito, no sentido de súdito, conserva as suas competências e a sua autonomia privada, mas está pronto para obedecer ao Estado”.¹¹³

A biopolítica pensada por Foucault, de fato, está mesclada à vida de tal forma, que sequer parece estranho ter que submeter a autonomia e a liberdade de escolha a única opção oferecida pelo “Estado dominador que é também o Estado civilizador. Atribuindo-se a exclusividade da violência legítima, inibe e reprime a violência dos indivíduos e dos grupos”.¹¹⁴ Desta forma, o Estado tem legitimidade não apenas para se utilizar de violência física, mas também lhe é legítimo o emprego de uma violência velada, dificilmente identificada, já que consiste, basicamente, em reprimir liberdades, limitar condutas e subtrair direitos, tudo politicamente organizado e legalizado através do que se conhece por sociedade.

No entanto, esta sociedade que abriga um Estado repressor, palco da biopolítica, é também uma sociedade de indivíduos inconformados que constantemente produz necessidades, para às quais o Estado é chamado a suprir, através de manifestações que buscam a legitimação de direitos, ou seja, de “novos” direitos, nascidos no cenário de uma sociedade em constante adaptação às infinitas possibilidades trazidas pelo desenvolvimento tecnológico.

2.2 A Sociedade Biotecnológica e a Evolução Social dos Direitos

A implementação da sociedade biotecnológica, paradoxalmente à constante evolução que lhe é característica, carrega consigo a urgência de uma, também constante, releitura ética dos direitos, sob pena da técnica evoluir a picos inatingíveis aos seres humanos.

¹¹² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 1.805, 28 de novembro de 2006**. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 27 mar. 2014.

¹¹³ MORIN, Édgar. **O método 5: a humanidade da humanidade. a identidade humana**. Tradução de Juremir Machado da Silva. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2012. p. 179.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 181.

2.2.1 A Sociedade da Técnica e a Sujeição do Ser Humano aos Desígnios da Biotecnologia

A cena abre-se sobre o Cáucaso, onde uma águia, enviada por Zeus, rói o fígado de Prometeu, fígado que em seguida se reconstitui, o que eterniza o suplício. A culpa de Prometeu foi ter ensinado aos homens a técnica, transformando-os, ‘de crianças que eram, em [seres] racionais e senhores da própria mente’.¹¹⁵

Falar em sociedade contemporânea sem falar em tecnologia é como permanecer apático frente às transformações sociais que arrebataram boa parte da inocência humana. A sociedade pode ser definida como democrática, globalizada, de risco ou de oportunidades. Melhor, a atual sociedade é a soma de todas essas características. Todavia, a sociedade biotecnológica se destaca, em primeiro, pelo grau de excelência que alcançou e em segundo, porque diz respeito à vida e a morte.

A sociedade atual é reflexo da evolução, caracterizada pela incessante inovação e pela velocidade com que os fatos acontecem. O mundo vive um momento de globalização que permite um envolvimento entre pessoas de comunidades diferentes, com valores distintos e hábitos particulares, algo impensável há algumas décadas e costumeiro na atualidade. Sandra Regina Martini Vial afirma que o homem chega à modernidade por meio de três revoluções: “a educativa, com a educação em massa; a revolução econômica, com a industrialização; e a revolução política, com os processos de democratização”.¹¹⁶ São revoluções porque transformam o contexto da educação, da economia e da política em que atuam, protagonizando o início do processo do governo do povo para o povo.

A democracia é uma forma de governo caracterizada pela primazia aos direitos do homem, pela liberdade e igualdade, pelos limites ao poder do Estado e pela participação popular. Paradoxalmente, neste cenário os processos de exclusão se evidenciam. Sandra Regina Martini Vial, em uma pesquisa sobre democracia, a qual realizou entrevistando operadores sociais, conclui:

Um dos problemas que se mostra evidente nas respostas dos entrevistados é o acesso ao direito a ter direitos. Em regiões como Brasil, [...] temos uma diferenciação social muito forte, com isso as formas de exclusão se

¹¹⁵ GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne o homem na idade da técnica**. Tradução José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 2006. p. 29.

¹¹⁶ VIAL, Sandra Regina Martini. A possibilidade da democracia e os seus limites na sociedade atual. In: CALLEGARI, André Luís et al. (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 241.

acentuam, pois fica difícil para as Organizações proverem a todos, acesso igual e universal [...]”¹¹⁷

Com efeito, em uma sociedade democrática a exclusão se expande tanto quanto a inclusão, comprometendo o direito a ter direitos, ou melhor, o acesso aos direitos a que os indivíduos tem direito. A democracia regula os níveis de complexidade social, significa que quanto mais democrática a sociedade for, maiores serão as demandas e também maior será a frustração em relação a recepção destas demandas sociais, oriundas de uma sociedade multifacetada, onde as práticas sociais são constantemente alteradas em razão da dinâmica dos acontecimentos.

Esta dinâmica identificada nas transformações sociais, como afirma Anthony Giddens, causa a “sensação de que muitos de nós temos sido apanhados num universo de eventos que não compreendemos plenamente, e que parecem em grande parte estar fora de nosso controle”¹¹⁸, e, por de fato estarem fora de nosso controle, a atual sociedade também é reconhecida como sociedade de risco, onde se pode formular outro paradigma, que consiste nos elevados índices de produção industrial que geram empregos e movimentam a economia do país, isso significa, indispensáveis ao mesmo tempo em que são acompanhados de efeitos colaterais potencializados pela utilização de técnicas com consequências desconhecidas, desta forma, o risco iminente inspira preocupações.¹¹⁹

A sensação iminente de perigo e de impotência frente ao desconhecido também faz parte deste cotidiano envolto em uma avalanche de informações tão velozes que já não é possível “estar em dia” com as últimas notícias. A multiplicação dos acontecimentos se dá em velocidade maior do que é possível catalogar. A constante atualização “dos meios” faz antigas convicções dar espaço a novas incertezas, no entanto, entre todas essas inovações, o desenvolvimento da técnica é algo que merece destaque, já que ocupa um espaço central na vida do homem, que habita a “idade da técnica”¹²⁰, significa dizer que: a técnica, como meio racionalmente empregado, dá funcionalidade e eficiência as atuais condições de existência. Nesse sentido Umberto Galimberti:

¹¹⁷ VIAL, Sandra Regina Martini. A possibilidade da democracia e os seus limites na sociedade atual. In: CALLEGARI, André Luís et al. (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 260.

¹¹⁸ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. p. 12.

¹¹⁹ Em 1997 Heidegger produziu um ensaio intitulado “A questão da técnica”, onde desenvolve um pensamento filosófico entre as maiores glórias e os piores desastres produzidos pela técnica.

¹²⁰ “Estamos todos convencidos de que vivemos na idade da técnica, de cujos benefícios usufruímos em termos de bens e espaço de liberdade”. GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne o homem na idade da técnica**. Tradução José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 2006. p. 7.

Com o termo ‘técnica’ entendemos tanto o universo dos meios (as tecnologias), que em seu conjunto compõem o aparato tecnológico, quanto a racionalidade que preside o seu emprego, em termos de funcionalidade e eficiência. Com essas características, a técnica nasceu, não como expressão do ‘espírito’ humano, mas como ‘remédio’ à sua insuficiência biológica.¹²¹

Assim a utilização e o emprego dos meios (tecnologia) entabulam uma relação indissociável entre a técnica e o homem. “É possível dizer que a técnica é a essência do homem”¹²² porque foi através dela que ele sobreviveu. Foi no desenvolvimento e aperfeiçoamento da técnica que germinou a sociedade contemporânea e todas as abundâncias que dela advém, as quais estão de tal forma incorporadas ao dia-a-dia que muitas acabam passando despercebidas. Hans Jonas refere que “somos tentados a crer que a vocação dos homens se encontra no contínuo progresso desse empreendimento, superando-se sempre a si mesmo, rumo a feitos cada vez maiores”.¹²³

A técnica nasce e se expande como uma maneira de prover carências humanas. Ao contrário do animal, o homem vem desprovido de instintos, “com recursos sensoriais medíocres, estrutura pulsional não orientada, dependência infantil prolongada [...] que é praticamente impossível indicar [...] qual conjunto de condições naturais e originais seria exigido para que o homem pudesse viver”¹²⁴. Desta forma, o homem é um ser “adaptável” e, portanto, pode ser encontrado nos gélidos polos do planeta e também sobre a escaldante linha que atravessa continentes, o que se torna possível com a ativação da técnica. Edgar Morin diz: “O ser humano dispõe de mãos hábeis, mas fracas em pressão e batida. Corre, mas a baixa velocidade. Não sabe voar. [...] É também a técnica que realizará artificialmente as ambições e sonhos dele”.¹²⁵

Daí pode-se dizer que os benefícios trazidos pelo desenvolvimento tecnológico são evidentes. A vida moderna apresenta facilidades impensadas há 50 (cinquenta) anos, as distâncias diminuíram e os alimentos proliferaram. Sandra Regina Martini Vial indica que “[...] não é difícil identificar que, nesta sociedade, todos temos muito mais direitos do que podemos efetivamente gozar”¹²⁶. Tais direitos acompanham a existência humana do início ao

¹²¹ GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne o homem na idade da técnica**. Tradução José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 2006. p. 9.

¹²² Ibid., p. 9.

¹²³ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006. p. 43.

¹²⁴ GALIMBERTI, op. cit., p. 108.

¹²⁵ MORIN, Edgar. **O método 5**: a humanidade da humanidade. a identidade humana. Tradução de Juremir Machado da Silva. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2012. p. 41

¹²⁶ VIAL, Sandra Regina Martini. Saúde e determinantes sociais: uma situação paradoxal. **Revista Comparazione e Diritto Civile**, Salerno, v. 1, p. 1-24, 2010.

final, ou seja, o homem está amparado desde a mais tenra possibilidade de existir, até a mais remota possibilidade de fazer cumprir sua vontade após sua morte.

Nascer e morrer são lados opostamente posicionados na linha que acompanha o ser humano e diz respeito a toda sua existência, por isso, tudo que envolve o nascimento, a morte e também o espaço contido entre eles chamado de vida, produz um desassossego na percepção humana, porque o homem, diferente do animal, não é suficientemente intuitivo e essa debilidade reforça sua fraqueza diante dos fatos da vida. Com efeito, essa escassez instintiva conduz ao homem-ação, que passa a produzir seus próprios meios de sobrevivência. Conforme Umberto Galimberti:

De fato, diferentemente do animal, que vive no mundo estabilizado pelo instinto, o homem, pela carência de sua dotação instintiva, só pode viver graças à sua ação, que logo se encaminha para aqueles procedimentos técnicos que recortam, no enigma do mundo, um mundo para o homem.¹²⁷

A história da humanidade está repleta de conquistas meritorias que não deixam dúvidas sobre a capacidade intelectual do homem. No entanto, o domínio do homem sobre a técnica e da técnica sobre a vida pode acabar por submeter o próprio homem a um certo tipo de encolhimento que Alain Supiot define como “a história recente mostra aonde conduz essa redução do homem a seu ser biológico. Seu principal efeito é substituir as crenças fundadoras do ser humano pelos dogmas de uma Ciência fetichizada”.¹²⁸ Este cientificismo ou esse realismo toma o lugar da crença e é a partir dele que se funda a ordem econômica e social, que designa o ser humano como “carne para canhão”¹²⁹, ou seja, o homem passa a ser objeto secundário frente às questões tecnológicas. No mesmo sentido, Umberto Galimberti avança:

Lá onde o mundo da vida é todo gerado e tornado possível pelo aparato técnico, o homem se torna um *funcionário* desse aparato e a sua identidade se resolve inteiramente na funcionalidade, e por isso é possível dizer que na idade da técnica o homem está *perto-de-si* apenas enquanto é funcional a esse *outro-de-si* que é a técnica.¹³⁰

¹²⁷ GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne o homem na idade da técnica**. Tradução José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 2006. p. 9.

¹²⁸ SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 38.

¹²⁹ A expressão é parte da seguinte transcrição: “[...] como ainda acreditar na humanidade do Homem depois que a Primeira Guerra Mundial revelou o todo-poderio mortífero da técnica? Qualificando a si mesmos de “carne para canhão”, os recrutas souberam melhor do que ninguém designer a radical novidade dessa gestão industrial do massacre e a redução do ser humano ao estado de animal de matadouro”. Ibid., p. 39.

¹³⁰ GALIMBERTI, op. cit., p.16.

Nas palavras de Umberto Galimberti, na idade da técnica, homem e técnica estão tão consubstanciados a ponto de permitir ao homem a perda de sua identidade quando não opera a técnica. Isso significa que o homem se aproxima de si quando está próximo de sua outra parte, qual seja, a técnica. “Aliás, por isso mesmo talvez já não seja mais adequado falar que a tecnologia “circunda” nossa vida, visto que ela de fato se interpõe e determina previamente nossas relações conosco mesmos, com os outros e com a natureza”.¹³¹

De maneira geral, a técnica não pode ser rotulada como uma boa nem como uma má ideia, a questão que parece ser mais relevante é que o homem precisa pensar aquilo que a ciência ou a técnica não podem pensar, “abrindo, desse modo, a brecha para o questionamento da produtividade avassaladora do fazer tecnocientífico”¹³², porque embora a técnica disponha de uma capacidade de produção infinita, ela não está apta a desenvolver abstrações próprias do pensamento humano. Sandra Martini Vial aborda o sentido ambivalente da técnica:

[...] no sentido em que a técnica que resolve os problemas é a mesma que cria novos problemas. Ou seja, condena-se salvando e salva-se condenando; cura-se adoecendo e adoce-se curando. A técnica é o lugar do aumento da complexidade e, portanto, do aumento das possibilidades.¹³³

O terreno no qual a técnica está alojada, compreendido por todos os sistemas sociais, é fértil em possibilidades, portanto, a complexidade contida nos paradoxos trazidos por ela é igualmente abundante, ou seja, é fato consolidado que a técnica está vitalmente inserida na existência humana e por conta disso, enquanto proporciona conforto, amplia o rol de desconfortos; enquanto revela possibilidades, tende a tomar o impossível como fato momentâneo; enquanto gera altas expectativas, aprofunda as frustrações; e, principalmente, enquanto prolonga a vida, transforma a morte em fato inaceitável.

Atingir os fins almejados utilizando a técnica como meio, há muito tempo não é o objetivo, visto que este consiste em dominar a técnica, o que significa a superação humana. Talvez seja esse o motivo pelo qual a técnica se transformou no projeto mais importante da vida nesta sociedade constantemente impulsionada à ir adiante. Nesse sentido, Umberto

¹³¹ DUARTE, André. **Vidas em risco**: crítica ao pensamento em Heidegger, Arendt e Foucault. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 121.

¹³² Ibid., p. 123.

¹³³ VIAL, Sandra Regina Martini. Sociedade complexa e direito fraterno. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, ano 2006, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2007. p. 183.

Galimberti reflete: “o que será do homem num universo de meios que não tem em vista outra coisa senão o aperfeiçoamento e a potencialização da própria instrumentação?”¹³⁴

A tecnologia é desenvolvida e empregada em todos os setores da sociedade, mas na medicina ela se torna mais evidente porque se refere diretamente à vida e a morte, como Hannah Arendt afirma: “a condição mais geral da existência humana: o nascimento e a morte, a natalidade e a mortalidade”¹³⁵. Assim, fenômenos até então atribuídos às divindades – considerando que a técnica marca o limiar do saber humano, quando o homem conquista, por si só, aquilo que antes implorava aos deuses – levam “a primeira técnica a emancipar-se do sagrado é, de fato, a medicina como tentativa de evitar a morte evitável, aquela derivada da ignorância, cujas raízes afundam no fato de se atribuir ao divino a causa dos eventos”.¹³⁶

A biotecnologia¹³⁷ tem caráter transdisciplinar e objetiva transformar as condições de vida, seja ela animal ou vegetal, através do emprego de técnicas que buscam atingir um determinado resultado. A biotecnologia voltada à área médica é uma ciência que se desenvolve em velocidade assustadora, se multiplica em experimentos e inovações impensáveis, por isso, sua abordagem é de difícil assimilação para a maior parte das pessoas, em especial, nas situações graves que requerem intervenções drásticas de alta complexidade.

O rosto de John Felton foi reconstruído com a ajuda de uma impressora 3D; também obteve sucesso uma prótese de crânio feita pelo mesmo método. O estado de animação suspensa é destinado a pacientes que urgem por uma intervenção e, no aguardo, permanecem nem vivos, nem mortos, enquanto isso, Joanne Milne, 40 anos, se submeteu a uma cirurgia de implantes cocleares que restauraram sua audição, representando a primeira vez que ela escutou um som.¹³⁸ Indiscutivelmente essa ciência opera pequenos “milagres” diariamente na vida de muitas pessoas, logo, quem ousaria desacreditar da emoção de um ser humano que desenvolve a capacidade de ouvir um som pela primeira vez em 40 anos de absoluto silêncio?

E o que dizer sobre o sofisticado programa estimulador de memória que está sendo desenvolvido por uma agência militar norte-americana Defense Advanced Research Projects

¹³⁴ GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne o homem na idade da técnica**. Tradução José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 2006. p. 17.

¹³⁵ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013. p. 10.

¹³⁶ GALIMBERTI, op. cit., p. 274.

¹³⁷ “Em seu sentido mais amplo compreendem a manipulação de microorganismos, plantas e animais, objetivando a obtenção de processos e produtos de interesse”. UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. **Apostila de biotecnologia – CCA/UFSC: MP Guerra & RO Nodari**, Edição da Steinmacher. Florianópolis, 2006. Disponível em: <<http://fdgv.ufsc.br/Apostila%20Biotecnologia.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

¹³⁸ TECMUNDO. **Medicina**. Curitiba, 2014. Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/medicina>>. Acesso em: 24 abr. 2014.

Agency (DARPA)¹³⁹, com o objetivo de manipular (apagar ou recuperar) memórias humanas e evitar o envelhecimento cerebral. O projeto é financiado pelo governo dos Estados Unidos e visa fomentar pesquisas de aprofundamento na compreensão do cérebro humano. A agência justifica que o projeto poderá trazer benefícios aos milhares de soldados que tiveram lesões graves em batalha, no sentido de apagar memória ou alterar recordações, evitando, desta forma, que eles convivam com o trauma.

Outro benefício do projeto é dirigida aos pacientes portadores de Alzheimer¹⁴⁰, onde o foco estaria no envelhecimento cerebral. O implante cerebral ainda está em fase de projeto e os testes humanos não aconteceram, entretanto, já existem discussões éticas em torno de dois pontos principais: a) a responsabilidade (culpa) pelos próprios atos; b) a perda da identidade.¹⁴¹

O relato acima, sobre o programa estimulador de memória, não foi transcrito de uma obra de ficção científica, é um projeto real em fase de construção, significa que ele pode não se concretizar, mas a repercussão está no poder biotecnológico, que este ou outros programas que virão, poderão alcançar. Seguindo essa linha de raciocínio, Stefano Rodotà sugere que as escolhas disponíveis referentes à vida e a morte, oferecidas pela biotecnologia, demonstram a artificialidade se sobrepondo à naturalidade, causando uma profunda alteração no ser humano:

Quando, no entanto, nascer, viver e morrer se tornam objeto de escolhas possíveis, e não são apenas eventos do acaso ou destino, quando o mesmo corpo é dividido na multiplicidade de suas partes, então, a proteção natural é perdida, e a construção tradicional do sujeito tem que lidar com uma profunda alteração. A invasão da artificialidade na ciência e na tecnologia põe radicalmente em discussão a artificialidade jurídica do sujeito.¹⁴²

Essa relação força/fragilidade é mais um paradoxo incorporado ao ser humano, que parece querer compensar sua fragilidade natural através de uma força artificial, capaz de preencher falhas ou imperfeições que são tipicamente humanas. Ao pensar esta fragilidade

¹³⁹ Agência de Pesquisa de Projetos Avançados de Defesa. (Tradução nossa).

¹⁴⁰ Alzheimer: É caracterizada por um progressivo e irreversível declínio em certas funções intelectuais: memória, orientação no tempo e no espaço, pensamento abstrato, aprendizado, incapacidade de realizar cálculos simples, distúrbios da linguagem, da comunicação e da capacidade de realizar as tarefas cotidianas. SAYEG, Norton. **O que a doença de Alzheimer (DA)?** Disponível em: <<http://www.alzheimermed.com.br/perguntas-e-respostas/o-que-e-doenca-de-alzheimer-da>> Acesso em: 01 maio 2014.

¹⁴¹ CONTRA o Alzheimer. Nos EUA, pesquisadores buscam a memória ideal. **Zero Hora**, Porto Alegre, ano 50, n. 17.735, p. 32, 02 maio 2014.

¹⁴² “Quando, però, nascere, vivere e morire diventano oggetto di scelte possibili, e non vicende affidate solo al acaso o al destino; quando lo stesso corpo si scompone nella molteplicità delle sue parti: allora la protezione naturale viene meno, e la tradizionale costruzione del soggetto deve fare i conti con una realtà profondamente mutata. L'invasione dell'artificialità scientifica e tecnologica mette radicalmente in discussione l'artificialità giuridica del soggetto” (Tradução nossa). RODOTÀ, Stefano. **Il diritto do avere diritto**. Roma: Laterza, 2012. p. 162.

exposta à subserviência das vantagens biotecnológicas, onde os quase imperceptíveis danos são ofuscados pelas dádivas que essa biotecnologia é capaz de produzir, resta a impressão de uma sociedade artificial, povoada por seres livres de sofrimento. Em suas pesquisas sobre os riscos das nanotecnologias¹⁴³, Wilson Engelmann demonstra sua preocupação em relação aos efeitos desta tecnologia:

Embora o ser humano e sua vida ainda despertem o interesse, pois é sobre eles que os resultados das experiências científicas são projetados, resta evidenciado que a vida perde o seu caráter ‘natural’, pois passa a ser mesclada com a máquina – que deverá estar submetida a um constante processo de atualização – com a prótese, o implante, com as nanomáquinas que são inseridas no interior do corpo para vasculhar alguma imperfeição (ou seja, uma doença ou fragilidade humana), *chips* e outros equipamentos nanometricamente fabricados, que funcionarão como uma espécie de espião do corpo e da sua subjetividade, talvez, inclusive, dos seus movimentos e pensamentos. Estes aspectos são relevantes, já que invadem a seara dos ‘direitos de personalidade’, que foram trazidos pelo Código Civil de 2002, como se verá mais adiante.¹⁴⁴

Efetivamente, a ética, a bioética, os Direitos fundamentais constitucionais e toda sorte de proteção à pessoa humana não estão capacitadas para enfrentar o desafio de uma sociedade biotecnológica aonde a capacidade de produção é ilimitada assim como o é a imaginação. Por outro lado, parece ter limites a capacidade de compreensão e de entendimento das sequelas irreversíveis que esse desenvolvimento técnico é capaz de produzir em seres humanos. Hans Jonas aborda a questão do homem como produto de subjugação do próprio homem, o mesmo homem que cria a técnica se submete a ela, abdicando da condição de decisor para produto de escolha e enquanto produto, deixa de ser humano para ser objeto, despreendido de vontade. Assim:

[...] Essa culminação de seus poderes, que pode muito bem significar a subjugação do homem, esse mais recente emprego da arte sobre a natureza desafia o último esforço do pensamento ético, que antes nunca precisou

¹⁴³ “Trata-se da construção de coisas com características sem precedentes na escala nanométrica: na bilionésima parte do metro”. ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura do direito natural a partir de John Finnis como pressuposto ético para alicerçar “programas de cumprimento” sobre os riscos das nanotecnologias. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. 22, 2013, São Paulo. **GT direito e novas tecnologias**. São Paulo, 2013. p. 364-388.

¹⁴⁴ ENGELMANN, Wilson. O biopoder e as nanotecnologias: dos direitos humanos aos direitos da personalidade no código civil de 2002. In: INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS (Org.). **Simpósio Internacional IHU: o (des)governo biopolítico da vida humana**. São Leopoldo: Casa Leiria, 2010, v. 01, p. 111-150.

visualizar alternativas de escolha para o que considerava serem as características definitivas da constituição humana.¹⁴⁵

Ver o homem como objeto da técnica significa alterar a maneira antropológica de compreender a força e os limites da natureza humana, sobretudo, quando se quer reproduzi-la. Mas o homem não parece interessado em reproduzir a natureza. O que ele faz é aniquilar sua própria natureza tornando-se parte da técnica, ou seja, “é o humano que engloba em si a máquina e não o contrário”.¹⁴⁶

Enquanto a técnica é utilizada apenas para alcançar aqueles fins que expressam a satisfação das necessidades, ela era um *meio qualitativo*; no entanto, quando a técnica desenvolve meios para alcançar qualquer fim, extrapolando os limites da satisfação da vontade, ela se torna o fim em si:

Mas também a *vontade humana deve ceder a técnica* tão logo esta se coloca [...] como *condição universal* para se alcançar *qualquer* fim que a vontade humana se proponha. Isso significa que um *incremento quantitativo* dos meios de produção determina aquela *mudança qualitativa* que, transformando a relação meio-fim, termina por subordinar o homem (fim) à técnica (meio).¹⁴⁷

Se é correto afirmar que a técnica se coloca como condição universal para alcançar qualquer fim, então vale dizer que o homem não apenas incorporou a técnica, mas também, se rendeu a ela, “eis nossa própria vida, em sua intimidade biológica e psicológica, tornada objeto da ciência”¹⁴⁸

A morte é a maior prova da limitação humana, uma vez que, tentar burlá-la é tão humano quanto o desejo incontrolável de controlar o mundo à sua volta. Contudo, assim como os fatos da natureza, a morte independe da vontade humana. Ela é indesejada e inaceitável porque carrega consigo todas as frustrações contidas no íntimo pessoal, além de escancarar, como uma fratura exposta, a fragilidade e a irrelevância de toda soberba humana.

Ao contrário da atual era racional e positiva, a maior parte das sociedades que se tem notícia conduz a morte como tabu, envolta em magias e rituais. “Desde a pré-história, a racionalidade e o mito, a técnica e a magia cooperam nas práticas funerárias [...]. Em qualquer

¹⁴⁵ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006. p. 57.

¹⁴⁶ È l'umano che ingloba in sé la macchina, non il contrario. (Tradução nossa). RODOTÀ, Stefano. **Il diritto do avere diritto**. Roma: Laterza, 2012. p. 317.

¹⁴⁷ GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e technè o homem na idade da técnica**. Tradução José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 2006. p. 371.

¹⁴⁸ COMTE-SPONVILLE, André. **Bom dia, angústia!** Tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 59.

civilização há, ao mesmo tempo, oposição e associação de dois pensamentos: a presença de uma é recessiva na outra; infiltram-se uma na outra”.¹⁴⁹ Edgar Morin prossegue afirmando que: “A universalidade da magia não está limitada às civilizações arcaicas; persiste, atrofiada, no mundo contemporâneo [...]”.¹⁵⁰ As sociedades conservam seus próprios universos simbólicos, que são perfeitamente compreensíveis entre seus pares, como formas de comunicação, habitação, alimentação, aperto de mãos, acenos, risos, e outras que descendem de ritos e magias “arcaicas”, mas culturalmente aceitas no seio daquela determinada sociedade. Edgar Morin explica:

As culturas são essencialmente diferentes umas das outras em função de concepções de mundo, mitos, ritos sagrados e profanos, entre os quais os ritos de cortesia, as práticas, os tabus, a gastronomia, os cantos, as artes, as lendas, as crenças, os diagnósticos e o remédio para as doenças (xamãs, feiticeiros, curandeiros, médicos), assim, como pelo que os historiadores chamaram, durante muito tempo, de sensibilidades, tão diferentes de uma sociedade para outra, de uma época para outra”.¹⁵¹

Sujeitar a sociedade aos desígnios da biotecnologia é o mesmo que aniquilar as sensibilidades em favor de um objetivo comum, que alcance a totalidade dos indivíduos que a compõem, sem considera-los seres humanos, que se diferenciam “pela morfologia, pelo rosto, pela altura, pela musculatura, pela compleição óssea. Assim coexistem no planeta pequenos, magros, obesos, de nariz aquilino, de cara chata, corcundas, de olhos azuis, escuros, verdes, castanhos, negros, de bocas grandes e lábios finos”.¹⁵² Toda esta diversidade está à vista e pode ser constatada com um olhar superficial. No entanto, a referencia se desloca para a diversidade que não pode ser vista a olho nu, aquela que está no íntimo pessoal, que diz respeito às liberdades individuais.

Assim como as variáveis físicas tornam uma pessoa mais forte ou mais alta ou mais magra que a outra, as variáveis íntimas também influem na composição do ser humano, em sua fragilidade, sua autonomia e sua liberdade. Desta forma, conduzir a vida humana através do poderio biotecnológico é aprisionar o indivíduo em sua própria existência, isto é, fazer ressurgir o poder soberano e suas regras determinantes da vida e da morte. “Compreender que o Direito e a técnica participam de uma mesma cultura e avançam num mesmo ritmo evita

¹⁴⁹ MORIN, Edgar. **O método 5**: a humanidade da humanidade. a identidade humana.. Tradução de Juremir Machado da Silva. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2012. p. 42.

¹⁵⁰ Ibid., p. 43.

¹⁵¹ Ibid. p. 56.

¹⁵² Ibid. p. 57.

fechar-se na discussão que domina habitualmente a reflexão sobre os vínculos que os unem”.¹⁵³

Encarar os desafios trazidos pela constante inovação biotecnológica não é uma opção da sociedade da técnica, é uma necessidade que requerer a compilação de uma legislação baseada na ética e nos Direitos fundamentais, a fim de impor limites que possam conjugar técnica e vontade humana na medida em que a primeira não desqualifique a segunda. Desta forma, se concede a efetiva proteção às liberdades individuais, aos princípios e Direitos fundamentais, produtos de uma evolução social iniciada há séculos e que deverá perdurar enquanto existir sociedade.

2.2.2 A Progressão das Necessidades Sociais como Fator Determinante ao Surgimento de Novos Direitos e o Método de Investigação do Direito Vivo

Eu estou cada vez mais convencido de que os problemas cuja urgência nos prende à atualidade exigem que nós nos arranquemos dela para considera-los em seu fundamento. Eu estou cada vez mais convencido de que nossos princípios de saber ocultam o que é, de agora em diante, vital conhecer. [...] Eu estou cada vez mais convencido de que os conceitos dos quais nos servimos para conceber a nossa sociedade – toda sociedade – são mutilados e resultam em ações inevitavelmente mutilantes.¹⁵⁴

O homem dedica boa parte de seus pensamentos à articulação de conceitos, determinações, regras, formas e toda a sorte de concepções que possam identificar/reconhecer os fatos da vida, sob o incauto pretexto de que os fatos da vida são previsíveis. Assim, quanto mais ele se aproxima de acepções pré-estabelecidas, mais “seguro” se permite sentir, ainda que essa ideia de segurança seja falsa. O homem é o único animal desprovido de instintos e cujas decisões são racionalizadas, por essa razão, ele tem necessidade de controlar as situações, o que o leva à construção de sociedades politicamente organizadas que lhe oferecem a segurança almejada, mesmo que para isso, lhe seja diminuída a liberdade.

A evolução social dos últimos séculos impulsionou transformações colossais no seio das sociedades. O que antes era impensável hoje é realidade. A cada dia o “viver” parece mais fácil em função das inúmeras oportunidades de escolha, da tecnologia de ponta, da mobilidade, da abundância de alimentos e medicamentos, da velocidade da comunicação, entre outras tantas “maravilhas modernas”. No entanto, paradoxalmente, parece estar mais

¹⁵³ SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 140.

¹⁵⁴ MORIN, Edgar. **O método 1**: a natureza da natureza. Tradução Ilana Heineberg. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2013. p. 21.

difícil estabelecer parâmetros entre o dispensável e o indispensável e entre o ser e o ter, chegando às beiras da confusão entre o real e o ilusório.

Sem a intenção de aprofundar discussões filosóficas acerca das concepções dos termos real e ilusório, são utilizados aqui apenas com o objetivo de exprimir a indefinição que ronda os sentidos humanos e não permite uma demarcação concisa sobre o que é necessário e o que é desnecessário. Alain Touraine considera:

A linguagem das propagandas e das publicidades tende constantemente a esconder este conflito central, a impor a ideia de que a organização da sociedade responde a ‘necessidades’, ao passo que é esta organização que constrói necessidades que certamente não são artificiais, mas que estão de acordo com os interesses do poder.¹⁵⁵

A sociedade alcançou níveis de oportunidades e possibilidades para os quais não está preparada, o que faz com que ela permaneça à mercê de poderes (estatais, econômicos) e seja facilmente guiada por eles. “O sujeito não é reflexão sobre Si-mesmo e sobre a experiência vivida; [...] na realidade é a construção da vida social e pessoal pelos centros de poder que criam consumidores, eleitores, um público, pelo menos enquanto oferecem respostas às demandas sociais e culturais”.¹⁵⁶ Ao mesmo tempo em que a sociedade (poder) manipula os indivíduos, estes, dotados de infinita capacidade de criação, gradativamente substituem a sociedade industrial, caracterizada pelo crescimento da indústria, pelo corpo-máquina, pelo constante aumento de produção e pela quantidade de bens à disposição, o que Alain Touraine denomina de sociedade programada:

Com efeito, eu chamo de sociedade programada [...] aquela em que a produção e a difusão maciça dos bens culturais ocupam o lugar central que fora o dos bens materiais na sociedade industrial. O que foram a metalúrgica, a indústria têxtil, a química, assim como as indústrias elétricas e eletrônicas na sociedade industrial, são a produção e a difusão dos conhecimentos, dos cuidados médicos e das informações, portanto, a educação, a saúde e os meios de comunicação na sociedade programada.¹⁵⁷

A sociedade programada de que fala Touraine, assim é denominada porque tem o poder de antever e modificar condutas, opiniões e pensamentos, menosprezando o campo da

¹⁵⁵ TOURAINE, Alain. **Crítica da modernidade**. Tradução Elia Ferreira Edel. 10. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 247.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 247.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 258-259.

utilidade para se infiltrar no campo dos “valores”¹⁵⁸, pois, é nesta esfera que os descontentamentos começam a emergir. Uma maneira de dar visibilidade ao tema é referir a questão dos movimentos sociais, os quais, em tempos idos, aconteciam para o pleito de direitos coletivos, em regra, trabalhistas, e eram liderados basicamente por instituições sindicais de extrema esquerda, com fundamentação revolucionária.

Atualmente, as instituições sindicais perdem espaço para movimentos sociais desarticulados de extremos radicais e que não intentam uma revolução política, ao contrário, pretendem a efetivação de Direitos, em especial, os fundamentais, pois, “os novos movimentos sociais mobilizam princípios e sentimentos”.¹⁵⁹ Trata-se de uma nova sociedade, nem coletiva nem individualista, já que seu maior desafio consiste em conciliar às liberdades individuais com a vida coletiva, “ela é uma rede de relações de produção e poder. Ela é também o lugar onde o sujeito aparece, não para fugir das exigências da técnica e da organização, mas para reivindicar seu direito de ser ator”.¹⁶⁰

Hoje a consciência coletiva está presente na individualidade. A sociedade já não carrega o estigma de representar apenas uma massa humana, caracterizada por indivíduos iguais e com as mesmas necessidades. A percepção das diferenças começa ganhar visibilidade e conseqüentemente a igualdade e a liberdade recebem novos contornos, “[...] a liberdade e o Direito acompanham o nascimento do cidadão moderno, definindo toda uma nova simbologia política”.¹⁶¹

Congênere aos demais sistemas sociais, o sistema jurídico, por ser produto da sociedade e estar diretamente sob a influência dos fatos sociais, acompanha a evolução social com a destituição de leis que contornam a esfera patrimonial em prol de leis que circundam o ser humano, com uma interpretação hermenêutica voltada ao “sentido” da lei, através da admissão de julgados como parâmetro de decisão e, finalmente, com a recepção dos princípios de Direito na aplicação da lei ao caso concreto.

Desta forma, o sistema jurídico garante a efetivação dos Direitos já instituídos, ao mesmo tempo em que oferece respostas às novas demandas. Entretanto, o cotidiano revela que o mundo jurídico é muito mais complexo do que a simples conjugação dos fatores

¹⁵⁸ Extraído do seguinte contexto: “Por que esse nome? Porque o poder de gestão consiste, nessa sociedade, em prever e modificar opiniões, atitudes, comportamentos, em modelar a personalidade e a cultura, portanto em entrar diretamente no mundo dos “valores” em vez de se limitar ao campo da utilidade”. TOURAINE, Alain. **Crítica da modernidade**. Tradução Elia Ferreira Edell. 10. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 259.

¹⁵⁹ Ibid., p. 262.

¹⁶⁰ Ibid., p. 277.

¹⁶¹ “Ma libertà e diritto accompagnano la nascita del cittadino moderno, definiscono un ordine politico e simbolico interamente nuovo”. (Tradução nossa). RODOTÀ, Stefano. **Il diritto do avere diritto**. Roma: Laterza, 2012. p. 41.

descritos. Muitas situações já foram alteradas em desfavor de velhas e estanques posturas, mas há muito por ser feito, e não poderia ser diferente, pois, a referência aqui destacada diz respeito à vida humana, e esta, passa longe de molduras, limites pré-estabelecidos e qualquer forma de estagnação.

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1998 faz prova da evolução do sistema jurídico brasileiro, que consagrou Direitos e princípios fundamentais como norteadores da carta. Neste cenário, os direitos sociais passam a ocupar um espaço até então mantido por uma cultura pecuniária direcionada a questões patrimoniais das quais uma parcela ínfima da sociedade desfrutava acesso. Em vista disso, com princípios e Direitos fundamentais em foco, ocorre uma transformação no sistema jurídico, o qual se percebe decidindo sobre questões de valor “moral” como a vida e a morte, além de se aproximar de uma parcela da população até então abstraída dos cercos judiciais, que está em busca de Direitos violados.

A transformação que acontece no sistema jurídico, “significa virar de cabeça para baixo a concepção tradicional da política”¹⁶², desponta para dois pontos fundamentais: o primeiro, em relação às posturas adquiridas pelo governo e pelos governados, “quando consideramos a relação política não mais do ponto de vista do governante, mas do governado, não mais de cima para baixo, mas de baixo para cima”¹⁶³; e, o segundo, concentrado na “primazia do direito”¹⁶⁴, mas que não significa a extinção dos deveres, e sim, apenas dá notoriedade aos direitos, ofuscados pela ditadura dos deveres durante muitos séculos.

A garantia constitucional dos Direitos fundamentais, entre os quais a vida, saúde, liberdade, intimidade, a boa-fé, que permeia os fatos jurídicos, bem como, a função social do contrato, são modelos de gerência de uma sociedade democrática caracterizada também pela eclosão de novos direitos, definido por Wolkmer como:

[...] há que se priorizar um certo número de carências e necessidades fundamentais que se traduzem em demandas por ‘novos’ direitos e que, na medida em que são frustradas, desencadeiam uma dinâmica interminável de conflitos coletivos. Na verdade, o conjunto das ‘necessidades humanas fundamentais’ [...] implica falta, ausência ou privação, tanto ‘objetivamente’ de bens materiais e não-materiais inerentes à produção humana em sociedade, quanto ‘subjetivamente’ de valores, interesses, desejos, sentimentos e formas

¹⁶² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 205.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 205.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 205.

de vida.¹⁶⁵

Os novos direitos provêm das necessidades de uma sociedade marcada pela infinitude de possibilidades que faz aumentar o paradoxo da inclusão/exclusão, posto que, quanto mais possibilidades surgem, menores as chances de gozá-las. Essas possibilidades ilimitadas também significam risco e geram insegurança, porque se traduzem no enfrentamento de situações desconhecidas – fora de controle. “Os direitos da nova geração, como foram chamados, que vieram depois daqueles em que se encontram as três correntes de ideais do nosso tempo, nascem todos dos perigos à vida, à liberdade e à segurança, provenientes do aumento do processo tecnológico”.¹⁶⁶

São Direitos destinados a suprimir, ao menos em parte, o desassossego experimentado pelos indivíduos frente às incertezas da vida, agravadas pelos processos tecnológicos utilizados em grande escala sob pretextos diversos e efeitos desconhecidos:

Bastam estes três exemplos centrais no debate atual: o direito de viver em um ambiente não poluído, do qual surgiram os movimentos ecológicos que abalaram a vida política tanto dentro dos próprios Estados quanto no sistema internacional; o direito à privacidade, que é colocado em sério risco pela possibilidade que os poderes públicos tem de memorizar todos os dados relativos à vida de uma pessoa e, com isso, controlar os seus comportamentos sem que ela perceba; o direito, o último da série, que está levantando debates nas organizações internacionais, e a respeito do qual provavelmente acontecerão os conflitos mais ferrenhos entre duas visões opostas da natureza do homem: o direito à integridade do próprio patrimônio genético, que vai bem mais além do que o direito à integridade física [...]¹⁶⁷

Assim, se destaca a relevância de uma postura do sistema jurídico voltada aos novos direitos, originários desta sociedade em constante avanço tecnológico, que objetiva aprimorar o que já existe e criar (quase) tudo que o ser humano idealizar. Como consequência deste incessante progresso, frequentemente irrompem instrumentos, meios, técnicas, fórmulas e toda sorte de novidades direcionadas a determinado fim. Entretanto, nem tudo que surge da ciência tecnológica traz apenas benefícios. Essa imagem onde a técnica e os benefícios caminham de mãos dadas é fruto de uma carência biológica intrínseca ao homem, que vê na

¹⁶⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 90-91.

¹⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 209.

¹⁶⁷ Ibid., p. 210.

instrumentalidade a maneira de suprir a falta de recursos sensoriais e motores, características do próprio homem¹⁶⁸. Assim, surge a sujeição do homem/ natureza à técnica:

Mas também a *vontade humana deve ceder à técnica* tão logo esta se coloca [...] como *condição universal* para alcançar *qualquer* fim que a vontade humana se proponha. Isso significa que um *incremento quantitativo* dos meios de produção determina aquela *mudança qualitativa* que, transformando a relação meio-fim, termina por subordinar o homem (fim) à técnica (meio).¹⁶⁹

Todo esse incremento tecnológico transpassou a vontade humana, que agora se submete à técnica e dela é dependente. Contudo, quanto maiores as possibilidades oferecidas pelo “mundo”, maiores são as dificuldades de acesso a elas, característica fundamental da exclusão pela inacessibilidade. O binômio possibilidade x inacessibilidade, em grau equivalente, faz surgir necessidades sociais, que também se traduzem em novos direitos:

Não há dúvida de que a situação de privação, carência e exclusão constituem a razão motivadora e a condição de possibilidade do aparecimento de direitos. Os direitos objetivados pelos sujeitos coletivos expressam a intermediação entre necessidades, conflitos e demandas.¹⁷⁰

Desta forma, os novos direitos são criação da sociedade, provindo de necessidades não atendidas e geradas pelo desenvolvimento da própria sociedade. Aparecem ora como Direitos reconhecidos apenas formalmente - normas sem efetividade prática no aguardo de complementação – e ora como direitos ainda não contemplados – conquistados através das “múltiplas manifestações da cidadania individual e coletiva [...] objetivando conquistar e legitimar direitos que a própria comunidade se outorga,”¹⁷¹. De qualquer forma, esses novos direitos representam o exercício de Direitos consagrados como o Direito de reivindicar – típico de um Estado democrático.

No âmbito do Estado democrático inserido na sociedade tecnológica, o diálogo entre as fontes de direito merece destaque, uma vez que elas representam as necessidades dos indivíduos e garantem juridicidade aos fatos sociais. Não obstante, há que se dizer que o diálogo entre as fontes de direito é essencial à construção de um ordenamento jurídico

¹⁶⁸ Umberto Galimberti em sua obra: *Psiche e techne* – item 13. “a técnica e a superação do dualismo alma/corpo”, dedica algumas páginas para explicar a carência biológica do corpo humano em relação ao corpo animal. GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne o homem na idade da técnica**. Tradução José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 2006. p. 106-115.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 371.

¹⁷⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 159.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 91.

contemporâneo, voltado às questões inéditas e imediatas que surgem em razão da constante evolução social. “Essa percepção humana das novas encruzilhadas deverá ser enfrentada, pois entre os extremos se projetam novos direitos, que exigirão a regulamentação jurídica [...]”¹⁷².

Ainda, há que pensar que a instituição de novos Direitos enseja novos deveres, uma vez que o Direito é imputado e “caracteriza o enlaçamento dos acontecimentos humanos, previstos no Direito com a sua consequência jurídica e, que estará ligado pelo *dever ser* próprio dos fenômenos sociais [...]”¹⁷³. Isso significa que a legitimidade de novos direitos só pode se dar quando, de fato, houver o diálogo entre as fontes.

Os novos direitos também dependem de um sistema jurídico organizado de maneira a dar-lhes efetividade, quando isso lhe for suscitado. O desafio que o Poder Judiciário enfrenta está calcado na deficiência instrumental e paradigmática que os novos direitos demandam, nesse sentido:

[...] pois vê-se diante de novos e contraditórios problemas, não conseguindo absorver determinados conflitos coletivos específicos do final do século XX. Assim, o centralismo jurídico estatal montado para administrar conflitos de natureza individual e civil torna-se incapaz de apreciar devidamente os conflitos coletivos de dimensão social[...].¹⁷⁴

Enquanto o Poder Judiciário está há mais de vinte anos em defasagem, adaptado às demandas civis e patrimoniais correspondentes a uma pequena parcela populacional, a sociedade contemporânea inova na busca de sua jurisdição com a finalidade de assegurar Direitos constitucionais. As demandas que versam sobre a efetivação de Direitos fundamentais estão despontando entre os pleitos jurídicos, causando uma sobrecarga ao efetivo público sem precedentes. Esse volume de demandas desequilibra o sistema jurídico em todos os aspectos, desde o problema físico para acondicionamento dos autos processuais, até decisões de cunho vital. “A instância jurisdicional entra em crise quando fica presa às suas antigas e limitadas funções dogmáticas de resolução dos conflitos individuais e patrimoniais”.¹⁷⁵

¹⁷² ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do direito”: abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Org.) **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 302.

¹⁷³ Ibid., p. 294.

¹⁷⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 97.

¹⁷⁵ Ibid., p. 98.

Importa dizer que a sociedade perde quando submete à apreciação de um judiciário despreparado a resolução de questões que sequer deveriam passar pelo crivo de um julgador. O acesso à saúde é um exemplo desse disparate ao qual o Poder judiciário está submetido, que nada mais faz do que “obrigar” o Estado à efetivação um Direito instituído e pelo qual o Estado está obrigado à promoção, à efetivação e à garantia. A quantidade de indivíduos que se utiliza dos meios jurídicos em busca medicamentos, leitos hospitalares e toda a sorte de assistência médica, influencia na qualidade das decisões, muitas delas ineficientes porque não podem ser cumpridas pela simples inexistência de possibilidade de cumprimento, como nas situações de escassez de leitos hospitalares nas unidades de tratamento intensivo.

A mesma sociedade oprimida pelos sistemas políticos ditatoriais parece estar despertando para a democracia, a qual traz à frente direitos outrora ocultados pelo interminável rol de deveres. Desta forma, os indivíduos experimentam liberdades e restituem a identidade humana, isto é, “a reafirmação da “identidade” tanto em nível individual quanto coletivo, resgata, [...] a própria dignidade humana em face da experiência cotidiana, marcada pela miséria econômica, escravidão social, opressão política e devastação cultural”.¹⁷⁶ Pode-se dizer que muitos fatores tiveram notória importância nas transformações sociais ocorridas nos últimos tempos, mas o (re)encontro do ser humano com sua própria identidade, seguramente é o que direciona a sociedade contemporânea.

Desta forma, se torna inevitável ao sistema jurídico a adequação de uma postura multidisciplinar inclinada a apreciação das demandas surgidas com os novos direitos, que tendem a abordar matérias inéditas e de interesse coletivo, versando sobre paradoxalidades típicas desta sociedade de abundâncias e de carências, e que dizem respeito aos mais variados sistemas sociais. Nesse sentido Wolkmer assevera:

[...] os pólos geradores da produção jurídica são encontrados na própria sociedade, nada mais pertinente do que, no avanço das delimitações do marco teórico em questão (pluralismo comunitário-participativo), sublinhar o processo de constituição da normatividade em função do desenvolvimento, contradições, interesses e necessidades dos atores sociais interagentes.¹⁷⁷

Os novos direitos, que emanam das necessidades sociais, devem estar comungados com as atuais concepções de necessidade, já que ela não se traduz apenas em carências

¹⁷⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 130-131.

¹⁷⁷ Ibid., p. 158.

humanas meramente existenciais (viver) e materiais (subsistência). As necessidades fundamentais desta sociedade estão vinculadas a carências amplamente conceituada, como as existenciais, que alcançam a vida, dignidade, felicidade, bem-estar, saúde física e mental; as materiais, que se referem a habitação, alimentação, trabalho, transporte, vestuário; e, as culturais, que dizem respeito as liberdades individuais, entre elas: liberdade de culto/crença/religião, de filiação, associação e educação. “Por serem inesgotáveis e ilimitadas no tempo e no espaço, as necessidades humanas estão em permanente redefinição e criação”.¹⁷⁸

Assim como novos direitos, surgem novas demandas judiciais que buscam consolidar tais direitos muitas vezes não contemplados nas normas jurídicas vigentes. O fato é que a sociedade contemporânea apresenta situações não previstas na legislação, significa dizer que, o Direito não consegue acompanhar a constante evolução social. Relacionar vida e direito é tarefa que requer uma postura transdisciplinar e transcultural. Vida e direito sempre estiveram conectados, mas o Direito, enquanto produto da vida, não pode pretender regular a vida, tampouco a forma como as indivíduos conduzem suas vidas, posto que é impossível normatizar os mais variados acontecimentos do cotidiano. Rodotà questiona:

Os usos sociais do direito estão se multiplicando e se tornando multifacetários. Mas isso quer dizer que não pode soar estranho ou que a sociedade deve resignar-se a ser mantida na gaiola de aço de uma onipresente e perversa dimensão jurídica?¹⁷⁹

Os fatos da vida são imprevisíveis, livres de bordas previamente delimitadas e independentes de conceitos e concepções científicas. A vida é o que está acontecendo neste momento e neste lugar, e pode estar aquém ou além do Direito. A vida sucede independente de quaisquer regras estabelecidas pelo homem e é nesse contexto que o método de investigação proposto por Eugen Ehrlich denominado direito vivo, com a releitura de Eligio Resta, ganha espaço e traz à luz a relação temporal entre o presente dos fatos e o presente do Direito, os quais não estão na mesma dimensão espacial, visto que os fatos do presente, no futuro, serão submetidos ao crivo de um Direito do passado.

¹⁷⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 160.

¹⁷⁹ “Gli usi social del diritto si sono sempre più moltiplicate e sfaccettati. Ma questo vuol dire pure che nulla può essergli estraneo, e che la società deve rassegnarsi a essere chiusa nella gabbia d’acciaio di una onnipresente e pervasiva dimensione giuridica?”. (Tradução nossa). RODOTÀ, Stefano. **La vita e le regole**. Tra diritto e non diritto. Milano: Stampa, 2006. p. 9.

Direito vivo é um método de investigação da sociologia do direito que pretende analisar a aplicação da norma jurídica ao caso concreto, considerando o tempo e o espaço (presente, passado e futuro) dos acontecimentos em relação ao Direito vigente. A denominação direito vivo está referida na publicação¹⁸⁰ de Eugen Ehrlich do ano de 1967. Em razão da dinâmica dos acontecimentos, bem como o tempo decorrido entre a publicação de Ehrlich (1967) e o tempo presente, se faz imprescindível a releitura do tema na voz de Eligio Resta, denominada “Diritto vivente” do ano de 2008¹⁸¹.

Desta forma, se aproxima o método de investigação proposto à realidade social do presente, já que é eminentemente baseado em critérios sociológicos e defende a vida como centro do Direito. Daí a importância de vislumbrar todo o contexto social que envolve o fato, a fim de resolver os conflitos da maneira mais equânime possível, ou seja, é imperioso ao julgador considerar todos os fatores políticos-sociais que envolvem o fato e não se atenha apenas a determinado dispositivo jurídico.

O momento social se caracteriza pela constante (des)construção de paradigmas e conceitos, o que faz parte do próprio processo de evolução social. A questão relevante neste momento é como os sistemas sociais absorvem essas transformações no interior de suas estruturas, permitindo ou não os avanços desta nova forma de vida em sociedade. O sistema jurídico, ainda que resistente a estas transformações, passa a questionar o seu papel, seu lugar, sua função e sua relação com a possibilidade de “controlar” a sociedade.

O Direito, que tradicionalmente se diz capaz de controlar a vida e a morte, não controla nem a si mesmo, pois está no meio do *jogo* onde deve decidir questões que são ao mesmo tempo novas e antigas. Não raro se observa que o direito não produz certezas, mas ao contrário gera incertezas, bem como, o Direito que diz produzir justiça, quando também produz injustiças.

Embora não seja o único, o direito vivo é um discurso que vem ganhando espaço nas últimas décadas, em razão das numerosas dicotomias decorrentes de uma cultura jurídica que insiste em ultrapassar questionamentos, no intuito de simplificar a enorme complexidade jurídica que Eligio Resta refere:

Jogo singular aquele do direito e da vida: feito de aproximações e distanciamentos, de representações e condensações, de referências puras e incorporações. Apenas isso, veremos, é um dos termos que aquela filosofia

¹⁸⁰ EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: UNB, 1986.

¹⁸¹ O termo “Diritto vivente” em sua tradução literal para o português – Direito vivente - não representa o sentido atribuído por Resta, que assim como Ehrlich se refere a um direito com presente/passado/futuro, um direito vivo. RESTA, Eligio. **Diritto vivente**. Roma: Laterza, 2008.

começará a praticar desde a sua origem.¹⁸²

Neste jogo, como diz Resta, temos constantemente uma aproximação e um distanciamento de direito e vida - vida e direito, no sentido de que a vida não opera por meio de normas pré-estabelecidas, o que torna ainda mais penosa a contraprestação que o direito deve apresentar.

A interferência do sistema jurídico no modo de viver do indivíduo, ainda que pareça ter em seu âmago apenas o condão de resguardar a vida, em determinados momentos torna a existência ameaçada, pois, não observa - ou se observa não contempla - valores inerentes o ser humano. O direito é produto da vida e ao mesmo tempo regula a própria vida, no entanto, ele se mostra incapaz de responder aos anseios de uma sociedade que está em constante transformação, o que acaba por desequilibrar ainda mais a relação vida humana e direito:

De produto da vida o direito se torna regulador da vida: as vezes com timidez, outras vezes com certos delírios de onipotência, acabando por se confundir com a técnica, outras vezes subtraindo-se silenciosamente para sua competência, sem saber que mais cedo ou mais tarde, a história estará pronta para desvela-lo. É no jogo da existência cotidiana que a trama se torna visível, quando o direito precisa decidir sobre questões sempre novas e sempre as mesmas da vida, quando, se reivindica uma vida humana ou, pelo contrário, se reivindica o direito de não nascer, tudo isso, constitui agora uma semântica influente, na qual aquilo que falamos é muito mais do que aquilo que se diz.¹⁸³

Para Eugen Ehrlich, o direito tem prazo de validade e essa afirmação encontra na prescrição o seu meio de prova, de modo que “quando a ciência jurídica dominante dá tanto destaque à prescrição jurídica como objeto de pesquisa, isso acontece em decorrência do pressuposto tácito de que todo o direito se encontra guardado e subsumido nas prescrições jurídicas”.¹⁸⁴ O Direito que está sendo decidido hoje é um Direito do passado, desta forma, é razoável afirmar que “nossos códigos sempre estão sintonizados com uma época muito

¹⁸² Gioco singolare quello del diritto e della vita: fatto di avvicinamenti e allontanamenti, di rappresentazione e di condensazioni, di puri riferimenti e di incorporazioni. Proprio questo, vedremo, è uno dei termini che quella filosofia comincerà a praticare fin dalle sue origini. RESTA, Eligio. **Diritto vivente**. Roma: Laterza, 2008. p. 3.

¹⁸³ Da prodotto della <<vita>> il diritto diventa il regolatore della vita stessa: a volte con timidezza, altre volte con qualche delirio di onnipotenza, finendo per confondersi con la tecnica, altre volte sottraendosi silenziosamente ai suoi compiti, senza sapere che prima o poi, la storia è pronta a scovarlo. Ed è nel gioco dell'esistenza quotidiana che l'intreccio diventa visibile, quando il diritto si trova a dover decidere sulle questioni sempre nuove e sempre uguali della vita, quando, come è noto, si rivendica una vita o, al contrario, si ipotizza il <<diritto a non esser nato>>; tutto questo, si diceva, costituisce ormai una <<semantica influente>> in cui <<quello di cui si parla>> è molto più di <<quello che si dice>>. Ibid., p. XI.

¹⁸⁴ EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: UNB, 1986. p. 373.

anterior à contemporânea e toda a arte jurídica do mundo não seria capaz de retirar deles o verdadeiro direito de seu tempo, simplesmente pelo fato de que eles não o contem”.¹⁸⁵

O direito vivo supõe um Direito em movimento, porque “o direito vivo guarda a vida da norma no tempo e no espaço, e é resultado de uma série de processos, graças aos quais, se passa da mera exegese à hermenêutica do texto onde a interpretação e aplicação tem um papel crucial”.¹⁸⁶ Pode-se dizer que o direito vivo ganha ânimo para extrapolar o limite que o Direito positivo impõe à vida. A lei deve estar atenta para a área excedente da vida e direcionar seu discurso para um ideal de redução de danos causados pela sua própria justiça, já que o Direito insiste em enquadrar a conduta humana em regras pré-estabelecidas tentando condicionar a vida a algo previsível.

¹⁸⁵ EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: UNB, 1986. p. 374.

¹⁸⁶ Il <<diritto vivente>> che guarda <<alla vita della norma nel tempo e nello spazio>> è il risultato di una serie di processi grazie ai quali si passa dalla mera esegesi all'ermeneutica del testo, in cui interpretazione e applicazione hanno un ruolo determinante. RESTA, Eligio. **Diritto vivente**. Roma: Laterza, 2008. p. 5.

3 DIREITOS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

O capítulo que se inicia aborda o Direito à vida, o Direito à saúde e o princípio da dignidade humana sob a perspectiva de institutos interligados entre si, originários do atual sistema democrático e abrigados pela Constituição Federal de 1988, a qual deu início a uma nova forma de pensar o Direito. Desde então, a leitura normativa passa a observar o ser humano como centro do Direito e à sua margem todos os demais Direitos relacionados ao patrimônio.

A valorização do ser humano em um cenário biotecnológico faz repensar questões de cunho moral que envolvem a vida e a morte. Daí surge a bioética ou a ética da vida, com o objetivo de frear as técnicas biológicas que utilizam o corpo humano como mero instrumento, para dar voz a humanidade que nele se encontra. Desta forma, ao centro das discussões aparecem as liberdades individuais e o restrito exercício destas liberdades, como por exemplo a limitada liberdade de escolha, à sujeição do próprio corpo ao arbítrio alheio e por fim, o princípio bioético do respeito a autonomia da vontade e seu quase homônimo civil, que retira do ser humano um de seus mais elementares Direitos, qual seja, o direito de gerir sua própria vida.

3.1 O Direito à Vida e o Direito à Saúde sob a Perspectiva de Direitos Fundamentais Conjugados e Norteados pelo Princípio da Dignidade Humana

O Direito à vida, o Direito à saúde e o princípio da dignidade humana desempenham um papel mais fundamental que qualquer conceito poderia suportar. Assim, a melhor maneira de compreender o significado destes institutos, se dá por contradição, ou seja, a ausência de uma vida digna, em seu mais amplo sentido, revela a complexidade que permeia os Direitos fundamentais.

3.1.1 O Direito à Vida como Razão de Existir dos Demais Direitos e a Concepção do Direito à Saúde sob a Tutela de Direito Fundamental

A complexidade não é apenas o caráter fundamental da lógica organizacional da vida. Só ela permite conceber o viver. O viver não pode ser reduzido à utilidade, à economia, à homeostasia, à adaptação, embora

comporte todas estas dimensões. O viver não faz explodir a racionalidade, mas toda a concepção fechada de racionalidade.¹⁸⁷

A concepção de Direito à vida envolve a complexidade de toda uma existência. Não basta estar vivo para estar em pleno gozo deste direito, assim como não basta a ausência de doenças para caracterizar o direito à saúde. O bem estar físico e emocional são os pressupostos que conjugam o direito à vida e o direito à saúde. Edgar Morin diz que “viver é o conjunto das qualidades fundamentais próprias da existência dos seres [...]”.¹⁸⁸ A inviolabilidade do direito à vida inicia o rol de Direitos fundamentais trazidos na Constituição de 1988, no entanto, a vida tem uma concepção antropológica variável de acordo com o tempo e o local.

O Direito à vida e o Direito à saúde, entre outros igualmente fundamentais, representam muito mais do que um conceito jurídico. Em primeiro, ao referi-los é necessário fazê-lo sob uma perspectiva transdisciplinar, sob pena de rotular ou infringir a eles um conceito diminuído, o que seria um despropósito que poderia ceifar boa parte de sua essência.

A sacralidade¹⁸⁹ da vida é sobretudo uma concepção cristã, que a vê como “propriedade de Deus e o ser humano como seu mero administrador” afirma Roque Junges¹⁹⁰, um dom, não um poder absoluto, mas limitado – um poder ministerial, de administração e tutela, “reflexo concreto do domínio único e infinito de Deus”.¹⁹¹ Para a teologia, a vida é sacra pelo fato de pertencer “em parte” ao indivíduo e “em parte” ao Criador. Não muito distante, está Giorgio Agamben, que opera a sacralidade da vida com a ambivalência do divino/profano, onde o poder soberano dispunha da vida nua, a qual era “matável e insacrificável”¹⁹². Exatamente o oposto do que se pretende hoje entender como direito fundamental, a vida sacra era a “sujeição da vida a um poder de morte”¹⁹³

No entanto, essa concepção de sacralidade perde seu valor absoluto quando confrontada com o surgimento de novas formas de entender o ser humano com a capacidade de “ser em si mesmo”. Segundo Alain Supiot:

¹⁸⁷ MORIN, Edgar. **O método 2: a vida da vida**. 4. ed. Tradução de Marina Lobo. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 457

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 437

¹⁸⁹ “O sagrado é aquilo que conecta. O sagrado liga, como indica a raiz etimológica da palavra “religião” (religare – tornar a ligar), porém essa habilidade não é atributo de uma religião. NICOLESCU, Basarab. Fundamentos metodológicos para o estudo transcultural e transreligioso. In: COORDENAÇÃO EXECUTIVA DO CETRANS. **Educação e transdisciplinaridade II**. São Paulo: TRIOM, 2002. p. 59.

¹⁹⁰ JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: UNISINOS, 1995. p. 113.

¹⁹¹ NEDEL, José. **Ética aplicada: pontos e contrapontos**. São Leopoldo: UNISINOS, 2004. p. 34.

¹⁹² AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012. p. 85.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 85.

A referência a Deus desapareceu do direito das pessoas, sem que desaparecesse a necessidade lógica de referir todo ser humano a uma Instância garante de sua identidade e que simbolizasse a proibição de trata-lo como uma coisa.¹⁹⁴

A concepção religiosa de vida põe Deus no centro e o ser humano como mero expectador de sua própria existência, atribuindo os acontecimentos à vontade de forças espirituais, as quais são responsáveis pelos seus méritos e culpas. Inclusive, nessa seara de entendimento, a morte traz um significado que revela a vontade divina, portanto, inquestionável.

Para o Direito, a vida não está no poder de Deus, mas está na própria condição humana, que por si só favorece o entendimento do ser humano como portador nato de princípios e direitos fundamentais a sua existência. Esta condição está ligada à consciência de si e do meio ao qual está inserido, porque ao tomar consciência de si, o indivíduo passa a se “ver” como ser humano livre e partícipe de determinado grupo social, ao mesmo tempo, submetido a valores determinados pela sua própria consciência moral. A vida está em constante evolução, o que, segundo Hans Jonas, vai do primitivo ao mais evoluído, para ascender na busca da verdade:

[...] a simultânea multiplicidade da vida, sobretudo da vida animal, se nos apresenta como uma sequência crescente de degraus, do mais ‘primitivo’ ao mais ‘evoluído’, em cuja escala vão se manifestando a complicação da forma e a diferenciação da função, a apuração dos sentidos e a intensificação dos instintos, o controle dos membros e a capacidade de atuação, a reflexão da consciência e a busca da verdade.¹⁹⁵

Com efeito, Hans Jonas sugere que “a ideia de uma construção estratificada”¹⁹⁶ de Aristóteles descreve com precisão o desenvolvimento do ser humano como sendo o assentamento de graduais e constantes camadas, na qual a última depende da anterior. Assim, o indivíduo é construído e sistematicamente modificado, sem que sua essência se perca, ou seja, progressivamente, através de experiências vividas. Para tanto, a imagem do mundo se torna cada vez mais compreensível e o homem cada vez mais sábio em relação a ele, por isso a vida em sua plenitude depende também da consciência de sua própria existência, logo, o ser

¹⁹⁴ SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.p. 15.

¹⁹⁵ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006. p. 12.

¹⁹⁶ Ibid., p. 11-16.

humano passa a ser o administrador de si, exercendo seu “auto governo” e sua liberdade individual no meio social ao qual está inserido.

O entendimento de vida – observando John Finnis, indica “um primeiro valor básico, correspondente ao impulso de autopreservação, é o valor da vida”.¹⁹⁷ -, sendo construída com a consciência da própria existência e não com a definição do Direito, pois, ela é intrínseca ao ser humano e não dependente de normas pré-estabelecidas.

Não cabe ao Direito normatizar a vida em si, mas lhe compete garantir plenas condições de existência a esta vida, sob pena de se perder a humanidade que é a própria garantia de ser dos Direitos proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁹⁸. Os direitos humanos são “direitos que atribuímos uns aos outros independentemente de acordos pessoais e de determinações legais”.¹⁹⁹

Os Direitos humanos não foram promulgados, foram proclamados, o que pressupõe sua pré-existência. São chamados assim porque nascem com o homem e dele não se dissociam, entretanto, como “não são atribuídos aos integrantes de uma comunidade simplesmente por uma pessoa ou uma jurisdição, tais direitos foram tradicionalmente denominados direitos naturais”²⁰⁰, cuja existência é anterior à formação do Estado.

Em que pese a semelhança dos termos direitos humanos e Direitos fundamentais, que alguns autores como Ricardo Torres²⁰¹ utilizam como sinônimos, importa apontar que o fundamento genérico atribuído à distinção entre eles é que os Direitos fundamentais²⁰² são aqueles reconhecidos e positivados no âmbito do Direito constitucional de cada Estado. Não obstante à positivação, existem outros impedimentos que não permitem esta associação. Vicente de Paulo Barreto explica que historicamente os direitos humanos formavam um conjunto de pretensões essenciais ao ser humano,

[...] por isso, os direitos humanos constituíram-se historicamente como um conjunto de pretensões fundamentais de qualquer ser humano, decorrente de sua

¹⁹⁷ FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Tradutora Leila Mendes. São Leopoldo: UNISINOS, 2007. p. 91.

¹⁹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Resolução nº 217, 10 de dezembro de 1948**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 01 maio 2014.

¹⁹⁹ DIAS, Maria Clara. Direitos humanos. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 246.

²⁰⁰ Ibid., p. 246.

²⁰¹ “Os direitos fundamentais tem como sinônimos os direitos naturais, ou individuais, ou direitos civis, ou direitos de liberdade, ou direitos humanos, ou liberdades públicas”. Ainda que não seja esse o entendimento desenvolvido nesta dissertação, é importante fazer constar. In: TORRES, Ricardo Lobo. Direitos fundamentais. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 243.

²⁰² O Título II da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe sobre os Direitos e garantias fundamentais.

dignidade intrínseca. Tal dignidade visa assegurar uma vida minimamente digna e que exige reconhecimento, tutela e promoção por parte de todos, mas especialmente daqueles que estejam imbuídos de autoridade.²⁰³

Uma das maiores dificuldades enfrentadas pelos estudiosos dos direitos humanos diz respeito a sua universalidade, “sendo assim, diferem de outros direitos de mesma dimensão por pertencerem a todos os povos em todos os tempos”²⁰⁴. No entanto, como identificá-los em um mundo multicultural e multiétnico? Se os direitos humanos são direitos individuais, como aplicá-los de igual forma a todos que povoam a terra, sem que para isso algumas liberdades sejam ceifadas? Flávia Piovesan afirma a universalidade dos direitos humanos não como o reconhecimento e acolhimento de determinada norma internacional por todas as nações, mas como uma forma de despertar a atenção de todo o universo para a necessária humanização do homem:

[...] como marco do processo de internacionalização dos direitos humanos, a Declaração de 1948 introduziu a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos.²⁰⁵

Desta forma, os direitos humanos ou naturais são a fonte de legitimação dos Direitos fundamentais garantidos pelo Estado, onde também estão o Direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à crença religiosa. Assim, o Direito à vida é a base dos Direitos fundamentais e certamente o mais significativo deles, já que sem ele, nenhum outro Direito pode existir. O Direito à vida alcança toda a existência humana, não se resumindo apenas a estar vivo, Neste sentido, ele representa o viver plena e dignamente e “a condição humana compreende mais que as condições sob as quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados, porque tudo aquilo com que eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência”.²⁰⁶ Hannah Arendt prossegue: “O que quer que toque a vida humana ou mantenha uma duradoura relação com ela assume imediatamente o caráter de condição da

²⁰³ BARRETO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Leituras de filosofia do direito**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 260.

²⁰⁴ Ibid., p. 257.

²⁰⁵ PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 49.

²⁰⁶ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013. p. 10.

existência humana,²⁰⁷ e, é nesse contexto, de condição de existência humana, que também se insere o Direito à saúde, como afirma Silvia Badim Marques:

Para os conflitos que envolvem direito à saúde não bastam às soluções positivistas delineadas pela aplicação da lei, e do arcabouço normativo, ao caso concreto. A realidade tem sede de que se criem novas perspectivas de enfrentamento deste tema, mais condizentes com a complexidade que envolve o direito à saúde.²⁰⁸

Desta forma, quando se faz referência ao Direito à saúde, conceitos minimalistas ou reducionistas não encontram espaço. Ainda, cumpre esclarecer que o entendimento ora adotado no tocante aos Direitos sociais, entre eles, o Direito à saúde, comunga com a corrente de autores²⁰⁹ que entende o termo Direito social como Direito fundamental social. Nesse sentido Andreas J. Krell: “Os Direitos sociais da Constituição brasileira estão consagrados no seu art. 6º, que faz parte do Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) do Título I (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) da Carta de 1988”.²¹⁰ Não obstante, vale mencionar o artigo 2º da Lei 8.080/1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências: “Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.²¹¹ Desta forma, o Direito à saúde é um Direito social fundamental, que igualmente necessita da tutela do Estado, não obstante, observa Silvia Badim Marques:

O direito à saúde, enquanto um direito social e um direito público subjetivo, que traz implícita a questão da justiça distributiva, e se pautas por princípios de universalidade e integridade, é um direito complexo, que demanda intervenções e produção de conhecimento igualmente complexos.²¹²

²⁰⁷ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013. p. 11.

²⁰⁸ MARQUES, Silvia Badim. **O direito ao acesso universal a medicamentos no Brasil**: diálogos entre o direito, a política e a técnica médica. 2011. 396 f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública, Universidade de São Paulo, Faculdade de Saúde Pública, São Paulo/SP, 2011. p. 294. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-31102011-100650/pt-br.php>> Acesso: 04 ago. 2014.

²⁰⁹ Entre eles: Andreas J. Krell, Fernando Aith, Lenir Santos, Sandra Regina Martini Vial, Stefano Rodotà, Sueli Gandolfi Dallari.

²¹⁰ KRELL, Andreas J. Direitos sociais. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.. 248.

²¹¹ BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 6 jan. 2014.

²¹² MARQUES, Silvia Badim. **O direito ao acesso universal a medicamentos no Brasil**: diálogos entre o direito, a política e a técnica médica. 2011. 396 f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública, Universidade de São Paulo, Faculdade de Saúde Pública, São Paulo/SP, 2011. p. 294. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-31102011-100650/pt-br.php>> Acesso em: 04 ago. 2014.

O Direito à saúde está relacionado ao surgimento de uma nova maneira de observar o próprio Direito, consolidada com o advento da Constituição Federal em 1988, onde o sistema jurídico efetivamente focou às necessidades humanas em detrimento ao patrimônio. Desde então, alguns conceitos sofreram adequações à nova realidade jurídica, como Fernando Aith escreve:

[...] O reconhecimento constitucional da saúde como direito significou um grande avanço do Estado democrático de direito brasileiro e acarretou múltiplas inovações legislativas e institucionais, revelando um vasto campo do conhecimento jurídico a ser desbravado.²¹³

Assim como a concepção de vida, o conceito de saúde abrange toda a existência do indivíduo, isso inclui o pleno exercício das liberdades individuais, em especial nas questões de saúde relativas à disposição sobre o próprio corpo, seja na recusa ou aceitação de terapias médicas nas situações de prolongamento da vida (morte digna), seja nas questões relativas a redesignação sexual, nas questões reprodutivas ou quaisquer outras situações em que a saúde física e/ou mental seja alcançada.

A saúde ainda é fortemente ligada à medicina curativa, nas palavras de Sueli Dallari: “Pensar saúde implica compreender a evolução desse conceito, que ainda hoje é confundido com medicina, cuja ideia – ainda na mitologia grega – aparece associada à cura”.²¹⁴ Assim como os demais Direitos sociais, a evolução da concepção de saúde lentamente deverá alcançar seu próprio espaço e se desvencilhar da ideia de ausência de enfermidade associada a medicina curativa. A Organização Mundial da Saúde (OMS), no preâmbulo de sua carta Constitucional (1946), conceitua saúde como “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”.²¹⁵

O Direito à saúde inserido na seara dos Direitos fundamentais adota o conceito da Organização Mundial da Saúde (OMS) que não se limita à ausência de enfermidade, tampouco exclusivamente à medicina curativa, mas abrange toda uma complexa condição de existência digna, como escreve Lenir Santos

²¹³ AITH, Fernando. Perspectivas do direito sanitário no Brasil: as garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios para sua efetivação. In: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010. p. 183.

²¹⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi. Poderes republicanos e a defesa do direito à saúde. evolução da proteção do direito à saúde nas constituições do Brasil. In: ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Maria Célia; DINO NETO, Nicolao (Org.). **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: FIOCRUZ, 2013. p. 21.

²¹⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição – OMS/WHO**. 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 06 jan. 2014.

[...] a saúde é uma questão complexa, por ser um conceito difuso, por não resultar apenas de fatores biológicos e genéticos, decorrendo também de fatores socioambientais, econômicos e culturais e do estilo de vida a que a pessoa está exposta. Isso tudo tem sérias implicações para a garantia desse direito, por impor deveres morais e jurídicos ao Estado e à sociedade, e pela necessidade de delimitar seu conteúdo em um patamar aceitável, para demarcar as prestações obrigacionais do Estado.²¹⁶

Quando o assunto é saúde não cabem conceitos reducionistas, uma vez que “não existe mínimo para a saúde quando a necessidade – que salvará ou levará a morte – isso inclui a realização de uma cirurgia ou de um transplante”.²¹⁷ No mesmo sentido, Rodotà contextualiza o direito à saúde: “O direito a saúde, direito fundamental no sentido pleno do termo, não admitindo adjetivos reducionistas”.²¹⁸

A teoria do mínimo existencial defende que o Estado deve se obrigar apenas com o conteúdo essencial, com as condições básicas dos Direitos sociais. Desta forma, a saúde deveria ser agraciada com o mínimo possível, o qual na prática não merece aplicabilidade, porque é difícil, senão impossível, determinar qual é o “mínimo” ou “básico” necessários para conduzir uma terapia médica com sucesso. Entretanto, o Direito à saúde visto como Direito fundamental, não opera através de “mínimos”, ora possíveis, ora não possíveis. Trata-se de um Direito constitucionalmente assegurado e que deve ser promovido pelo Estado. Neste sentido, André-Jean Arnaud escreve:

Ora, o ‘direito à saúde’ é um direito intimamente vinculado à solidariedade estatal, e, para além deste vínculo, um direito profundamente ligado à cidadania. Cada indivíduo, vivendo no território de um Estado, é cidadão deste Estado e tem direito à saúde.²¹⁹

No Brasil, a efetivação do Direito à saúde se dá através do Sistema Único de Saúde (SUS), embora suas raízes datem da década de 40²²⁰, o SUS surgiu como um dos produtos da construção democrática dos anos 1980 - atual Constituição Federal – com a finalidade de atender a função estatal de garantir saúde à população como um bem fundamental. O Sistema Único de Saúde tem como objetivo “a assistência às pessoas por intermédio de ações de

²¹⁶ SANTOS, Lenir. Direito à saúde e qualidade de vida um mundo de correponsabilidades e fazeres. In: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010. p. 28.

²¹⁷ Ibid., p. 19.

²¹⁸ “Il diritto alla salute, diritto fondamentale nel senso pieno del termine, non ammette aggettivazioni riduttive”. (tradução nossa). RODOTÀ, Stefano. **Il diritto do avere diritto**. Roma: Laterza, 2012. p. 268.

²¹⁹ ARNAUD, André-Jean; CAPELLER, Wanda. Cidadania e direito à saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.) **Introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: UNB, 2008. v. 4, p. 33.

²²⁰ Por volta de 1940 se inicia no Brasil uma luta operária que busca, entre outras reivindicações trabalhistas, implantar um seguro social, com contribuições previdenciárias a fim de prover a subsistência do trabalhador em casos de doença, aposentadoria, incapacidade laboral, entre outras.

promoção, proteção e recuperação da saúde [...]”,²²¹ de modo que o objetivo do artigo 2º da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90 transcrito acima), representa a intenção do legislador ao responsabilizar o Estado pela efetivação, promoção, proteção e recuperação da saúde, dito de outra forma, o Direito à saúde abrange o bem estar físico e psíquico do ser humano, conforme norteia o atual conceito de saúde e vê, no Estado, o amparo necessário à concretização deste Direito. Para a real efetivação da saúde, o Estado precisa ser moldado às necessidades da sociedade, porque o conceito de saúde engloba toda a existência humana, conforme Sandra Vial:

Em outros termos: a saúde de fato constitui-se em um tema amplamente discutido, mas pouco efetivado, pois requer a existência de um Estado social para sua efetivação, este Estado deverá ser necessariamente um Estado de Bem Estar Social.²²²

O Estado como instituto garantidor dos Direitos fundamentais, entre os quais o Direito à saúde, não desenvolve esse papel de forma adequada em função da ineficiência de suas políticas públicas e principalmente econômicas, transferindo sua responsabilidade à iniciativa privada com a concessão à pequenos grupos, de uma “permissão” para a comercialização de pacotes de saúde (planos de saúde), onde o cidadão investe determinada quantia financeira mensal e, em contrapartida, alguns de seus “males” são atendidos. Vale lembrar que as doenças que não estiverem previamente relacionadas no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)²²³ não são passíveis de tratamento.

As políticas públicas parecem manter seus maiores interesses, não na busca de soluções adequadas ao complexo e falido sistema de saúde, mas sim na privatização de suas funções, concedendo serviços tipicamente estatais à exploração de particulares para fomentar o mercado e equilibrar os cofres públicos. Laurindo Dias Minhoto, agrega:

Um indicador brasileiro dessa zona de tensão no campo da saúde, refere-se, no meu modo de ver, à crise de identidade vivida pela Agência Nacional de Saúde (ANS) ao tentar compatibilizar regulação do setor privado e a viabilização econômica desse mercado, chancelando, por exemplo, reajustes nos planos de saúde bem acima dos níveis de inflação e aprofundando no

²²¹ BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. artigo 2º Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 6 jan. 2014.

²²² VIAL, Sandra Regina Martini. Saúde e determinantes sociais: uma situação paradoxal. **Revista Comparazione e Diritto Civile**, Salerno, v. 1, 2010. p. 1-24.

²²³ Agência Nacional de Saúde Suplementar: é a agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde, responsável pelo setor de planos de saúde no Brasil. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). **Quem somos**. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos>>. Acesso em: 01 maio 2014.

país o fosso entre os que podem e os que não podem comprar serviços privados de saúde.²²⁴

Essa prática "avalizada" pelo Estado contraria preceitos Constitucionais fundamentais e divide a população entre dois grupos: os que podem e os que não podem pagar pelos serviços privados de saúde. Mesmo aqueles que arcam com a contratação de planos de saúde estão sujeitos a atendimentos de má qualidade, longas esperas, recusas procedimentais, além do desembolso de valores complementares em determinadas circunstâncias. Os indivíduos que não podem arcar com o custo da saúde privada agonizam em filas intermináveis buscando atendimento médico, expostos a toda sorte de situações indignas e desumanas.

Importa dizer que os custos das terapias médicas (manobras cirúrgicas, medicamentos, tratamentos experimentais nacionais ou internacionais, entre outros) de alta complexidade, destinada tanto aos usuários de saúde privada quanto aos usuários de saúde pública, invariavelmente são suportados pelo Estado, como resultado de demandas judiciais que buscam e alcançam a efetivação do Direito à saúde.

Desta forma, boa parte das situações que envolvem saúde tem sido sistematicamente resolvidas no Poder Judiciário, o que desenvolveu o atual fenômeno da judicialização da saúde, que faz parte desse novo mundo do direito, ou desse mundo dos novos direitos, um mundo repleto de paradoxos. Historicamente nunca se falou ou agiu tanto em prol da inclusão social como nessa era, no entanto, só pode haver inclusão se for identificada exclusão, pois, nas palavras de Rodotà:

É esse o novo mundo do direito. Um mundo não pacificado, mas ininterruptamente no percurso de conflitos e contradições, desde os negativos, muitas vezes mais fortes do que os positivos. Um mundo muitas vezes doloroso, marcado pela opressão e abandonado. E assim o discurso dos direitos, são o espelho e a mistura de injustiça, além de uma ferramenta para combater-la.²²⁵

Stefano Rodotà prossegue dizendo que só podemos denunciar um direito violado quando sabemos da violação deste e, essa violação só é possível porque há instituídas normas de conduta, sejam elas sociais ou legais. Daí surge a justificativa do fenômeno que busca junto ao Poder Judiciário a efetivação do Direito à saúde, o que em tese é desnecessário, já

²²⁴ MINHOTO, Laurindo Dias. Paradoxos da proteção jurídica da saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.). **Introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: UNB, 2008. v. 4, p. 377.

²²⁵ È questo il mondo nuovo dei diritti. Un mondo non pacificato ma ininterrottamente percorso da conflitti e contraddizioni, da negazioni spesso assai più forti dei riconoscimenti. Un mondo troppe volte e troppo spesso doloroso, segnato da sopraffazioni e abbandoni. E così, <i diritti parlano>, sono lo specchio e la mistura dell'ingiustizia, e uno strumento per combatterla". (Tradução nossa). RODOTÀ, Stefano. **Il diritto do avere diritto**. Roma: Laterza, 2012. p. 4.

que o Direito à saúde, assim como os demais Direitos fundamentais garantidos pelo Estado, deveriam estar à disposição do cidadão, sem que para isso lhe fosse atribuído o ônus de movimentar o sistema judiciário.

A judicialização da saúde desvela um Estado duplamente falho, em primeiro, quando permite a exploração financeira da saúde, através da concessão do serviço à operadoras de planos de saúde, sem entretanto, cuidar da efetividade dos serviços prestados e, em segundo lugar, quando não promove e também não garante a saúde em seu status de Direito fundamental.

A premissa de apor ao Judiciário a decisão nas questões que envolvem vida/saúde não é eficaz ou eficiente, porque o sistema jurídico não está aparelhado para responder a essas demandas. Por outro lado, seguindo o pensamento de Rodotà, essa resposta do Direito a uma demanda, equivale a concretização de uma conduta inerente ao Direito à vida e ao próprio Direito à saúde, que se traduz na efetivação de um princípio que umbilicalmente os vincula, qual seja, o princípio da dignidade humana.²²⁶

3.1.2 A Admissibilidade do Princípio da Dignidade Humana como Complementação Normativa para a Efetividade das Decisões Judiciais

[...] nossa convicção comum de que a vida humana, em qualquer forma, tem um valor sagrado, inerente, e que quaisquer de nossas escolhas sobre o nascimento ou a morte devem ser feitas, na medida do possível, de modo que seja respeitado, e não degradado, esse profundo valor.²²⁷

As condições subjetivas (que estão além da coisa material) podem ser entendidas de maneira universal, elas se assemelham ao instinto nascido com o animal selvagem e têm a função antropológica de conservar a vida. Essas manifestações metafísicas não se findam em conceitos porque são essência, e como tal, percebidas em dimensões diferentes. Todas as concepções acerca dos direitos naturais em si buscam a preservação dessa essência humana, que ultrapassa o próprio sagrado, ao mesmo tempo em que respeita o valor sagrado da vida.

²²⁶ A opção pelo termo “dignidade humana” em detrimento a “dignidade da pessoa humana” ou “dignidade do ser humano”, coaduna com a ideia de que: “a dignidade é considerada um atributo pertencente a qualquer ser humano pelo simples fato de este fazer parte da espécie humana e ter uma identidade biológica específica, apesar de diminuídas ou inexistentes as capacidades de entendimento, consciência, linguagem e pensamento. [...] dignidade humana, quando se está referindo àquele atributo pelo qual acede ao gozo de direitos básicos ou ao *status* moral”. BARRETO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Leituras de filosofia do direito**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 244.

²²⁷ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Prefácio. p. VII.

A dignidade humana, antes de se apresentar como um princípio do Direito, significa a primeira característica do gênero humano, vale dizer que todos os homens pertencem a um mesmo gênero e a dignidade é o fator que concede humanidade ao gênero.²²⁸ Muito se discute o significado da dignidade humana, entretanto essa concepção não está ao alcance de um conceito formulado unicamente pelo Direito, sua perspectiva inclui um olhar transdisciplinar a fim de evitar estreitamentos.

Os conceitos dominantes atribuídos à dignidade tem uma evolução que coincide com a evolução do homem político. Na antiguidade, a dignidade era privilégio dos cristãos; posteriormente, era “distribuída” de acordo com a posição social. Mais tarde passou a ser vista como algo intrínseco ao ser humano racional, ou seja, os humanos incapazes eram desprivilegiados de dignidade, até evoluir ao pensamento de que todos os seres humanos são igualmente dotados de dignidade. Immanuel Kant, no século XVII, deu início ao principal conceito de dignidade que até hoje fundamenta as bases teóricas da doutrina dispostas a dar azo ao assunto. Em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, assim descreve:

No reino dos fins tudo tem ou bem um *preço* ou bem uma *dignidade*. O que tem preço, em seu lugar também se pode por outra coisa, enquanto *equivalente*; mas o que se eleva acima de todo preço, não permitindo, por conseguinte, qualquer equivalente, tem uma dignidade.²²⁹

Kant compreende que a dignidade está projetada na maneira de ver o outro como um fim em si mesmo - imperativo categórico²³⁰ que se traduz: “age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto em tua pessoa, quanto na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como meio”.²³¹ A concepção de dignidade em Kant e seu imperativo categórico – princípio supremo da vontade/liberdade humana – não se transformou em um conceito jurídico de dignidade, mas serve como ponto de partida à compreensão do instituto.

A ideia de dignidade é formada pela consciência de si e assimilada pela influência do meio social ao qual o ser se insere (cultura, religião, educação). Bernard Baertschi explica dois sentidos da dignidade, o primeiro deles, está na capacidade do indivíduo de ver a si próprio com respeito: “o primeiro sentido é pessoal: quero, aos meus próprios olhos e aos olhos dos outros, poder ser e continuar a ser um indivíduo de respeito, não simplesmente

²²⁸ BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 61.

²²⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2009. p. 265.

²³⁰ “Princípio prático supremo e com respeito à vontade humana”. *Ibid.*, p. 243.

²³¹ *Ibid.*, p. 243-245.

porque sou um ser humano, mas porque conservo minha autoestima”.²³²

O primeiro sentido abordado por Baertschi traduz a ideia de consciência de si, onde o sentimento de perda da dignidade é moral e pessoal e pode acontecer em razão de uma situação vivenciada pelo indivíduo a qual ele não deu causa, o mesmo sentimento de perda está nas situações de miséria, fome, violência e ridicularização.

Já o segundo sentido não se estabelece apenas no íntimo pessoal, ele está relacionado com a inserção do indivíduo em um meio social e a necessidade de aceitação do ser como uma pessoa e não meramente como uma coisa. Nesse sentido, o homem se vê e é visto como integrante da sociedade que lhe confere um valor:

[...] a dignidade de um indivíduo humano consiste no fato de ser ele uma pessoa e não um animal ou coisa. É esse conceito que é aplicado nos direitos do homem, e que faz com que a pessoa tenha um valor particular, proibindo que seja tratada como um simples meio, a exemplo das coisas [...].²³³

Baertschi também traduz a dignidade na maneira de ver, ser visto e aceito pela sociedade à qual o indivíduo está inserido. De qualquer forma, tanto no seu íntimo pessoal como frente à sociedade/comunidade da qual faz parte, está clara a identificação de que o ser humano possui, resguardadas as proporções culturais, sociais e inteligíveis, uma compreensão universal do sentido de dignidade.

Stefano Rodotà parte de uma definição de caráter geral, onde a dignidade pertence a todas as pessoas, para segmentar em três novas concepções: uma primeira que entende “ [...] a dignidade é, portanto, apresentada como fundamento concreto do novo sentido de cidadania, entendida como patrimônio da pessoa, seja qual for a condição e o lugar onde está localizada”.²³⁴ Rodotà alerta que essa primeira compreensão engloba o mais amplo conceito de vida. A segunda especificação entende que a “[...] dignidade é um princípio que veta a exploração da pessoa como meio. Com dois requisitos: a irredutibilidade do corpo à fonte de lucro e o respeito à autonomia [...]”²³⁵ e como terceira concepção, Rodotà refere situações individuais e determinadas que ele aponta como “[...] o caso do trabalho digno, do qual se fala

²³² BAERTSCHI, Bernard. **Ensaio filosófico sobre a dignidade**: antropologia e ética das biotecnologias. Tradução Paula Silva Rodrigues Coelho da Silva. São Paulo: Loyola, 2009. p. 187-188.

²³³ Ibid., p. 188.

²³⁴ “la dignità si presenta così come fondamento concreto della nuova accezione della cittadinanza, intesa come patrimonio di diritto che appartengono alla persona quale che sia la sua condizione e il luogo in cui si trova”. (Tradução nossa). RODOTÀ, Stefano. **Il diritto do avere diritto**. Roma: Laterza, 2012. p. 192.

²³⁵ indica nella dignità il principio che vieta di considerare la persona come mezzo, di strumentalizzarla. Con due ulteriori precisazioni: l'irriducibilità alla sola dimensione del mercato, in particolare per quanto riguarda il corpo come fonte di profitto; il rispetto dell'autonomia della persona, che non può mai essere << strumento di scopi e oggetto di decisioni altrui >>. (Tradução nossa). Ibid., p. 192.

no documento da Organização Internacional do Trabalho, que se reporta ao tema da irredutibilidade do trabalho e do trabalhador à mercadoria e que é o fundamento das cláusulas sociais [...]”²³⁶.

Essa forma de compreender dignidade trazida por Rodotà, reproduz uma completa assimilação dos contornos deste princípio, partindo de um primeiro olhar sobre o coletivo - todo ser humano é portador de dignidade, perpassando pelas liberdades individuais – autonomia e aportando no trabalho digno e nos Direitos sociais.

Todo o indivíduo carrega consigo algumas percepções valorativas universais, são conceitos indiscutíveis, ou melhor, “trata-se de um complexo poliprograma de princípios/regras/normas/esquemas/categorias, alguns inatos, outros culturais, outros elaborados pela experiência dos indivíduos.”²³⁷ Pode-se alegar que não há discussão que se sustente partindo do nada, “não há grau zero na compreensão”.²³⁸ Só é possível elaborar algo inteligível, se esse algo estiver apoiado em um conceito universalmente compreendido, não significa que seja um conceito fechado, significa que em uma esfera inicial ele é entendido por todos.

O princípio da dignidade humana faz parte dos “direitos” individuais, portanto, a essência conceitual de dignidade é subjetiva, cada indivíduo é possuidor de uma concepção que em diferentes níveis definem dignidade. Ingo Sarlet destaca:

Aliás, consoante já anunciado, a própria dimensão ontológica (embora não necessariamente biológica) da dignidade assume seu pleno significado em função no contexto da intersubjetividade que marca todas as relações humanas e, portanto, também o reconhecimento dos valores (assim como princípios e direitos fundamentais) socialmente consagrados pela e para a comunidade de pessoas humanas.²³⁹

Embora seja muito difícil traduzir o significado de dignidade, a lista de afrontas é vasta e facilmente compreendida, independente da capacidade inteligível de cada indivíduo. “É precisamente quando temos os piores sofrimentos humanos (torturas, castigos degradantes,

²³⁶ “il caso del <<decent work>>, del lavoro dignitoso di cui parlano i documenti dell'Organizzazione internazionale del lavoro, che si riporta al tema dell'irriducibilità del lavoro a merce del lavoratore a oggetto, e che è il fondamento delle <<clausole sociali>> [...]”(Tradução nossa). RODOTÀ, Stefano. **Il diritto do avere diritto**. Roma: Laterza, 2012. p. 192.

²³⁷ MORIN, Edgar. **O método 3: o conhecimento do conhecimento**. Tradução de Juremir Machado da Silva. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2012. p. 226.

²³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 135.

²³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade e intersubjetividade: a dimensão comunicativa e relacional da dignidade da pessoa humana como o reconhecimento pelo(s) outro(s). In: SARLET, Ingo Sarlet (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 24.

violências sexuais, privação de alimentos etc.) quando advertimos melhor, por contraste, o que significa a dignidade da pessoa”.²⁴⁰

No âmbito do Direito, a dignidade é reconhecida como um conjunto de valores e direitos intrínsecos ao ser humano, portanto, dispensa normas pré-estabelecidas mas representa Direitos tidos como fundamentais, os quais são merecedores da promoção e garantia do Estado, desta forma, sua existência independe do Direito, ao contrário, lhe serve de princípio norteador. O princípio da dignidade está diretamente vinculado aos Direitos fundamentais, porque serve de fundamento à construção da ideia destes Direitos.

As Declarações de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos e da Organização das Nações Unidas, ambas de 1948, reconheceram, em seus preâmbulos, um valor comum que deveria ser utilizado como base de todos os demais direitos - a dignidade humana, que passou a ser reconhecida como o valor essencial de todos os direitos ali enunciados. No mesmo sentido, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia também reconhece ‘valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade’ como base dos direitos que declara.²⁴¹

Como explica Narciso Baez, qualquer declaração/legislação de cunho humanitário, considera o princípio da dignidade humana como fonte inspiradora dos direitos humanos – sejam eles nominados de direitos humanos, direitos naturais ou direitos natos. O importante é que todos eles e qualquer um deles faz referência à mesma gama de direitos intrínsecos ao ser humano em sua mais completa concepção. O Direito à vida e o princípio da dignidade humana são definições que se complementam, pois, respeitar a dignidade da pessoa significa respeitar sua liberdade. Aproximando essa ideia de um conceito jurídico, Ingo Sarlet desponta:

[...] por alguns dos expoentes do pensamento filosófico e jurídico, é que a noção de dignidade da pessoa humana (especialmente no âmbito do direito), para que possa dar conta da heterogeneidade e da riqueza da vida, integra um conjunto de fundamentos e uma série de manifestações. Estas, ainda que diferenciadas entre si, guardam um elo comum, especialmente pelo fato de

²⁴⁰ ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “dignidade” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 81.

²⁴¹ BAEZ, Narciso Leandro Xaxier. Direitos humanos fundamentais e direitos humanos dependentes de fatores culturais – novos rumos de uma possível coexistência. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas (Org.). **A realização e a proteção internacional dos direitos humanos fundamentais**: desafios do século XXI. Joaçaba: UNOESC, 2011. p. 25-54.

compõem o núcleo essencial da compreensão e, portanto, do próprio conceito de dignidade da pessoa humana.²⁴²

A ideia de vida envolve necessariamente uma subsistência atrelada a alguns fatores que tornam essa existência possível. Conforme anteriormente explicitado, o conceito de vida envolve toda a existência humana e a esta existência se atribui dignidade. No momento atual, onde os Direitos fundamentais ocupam seu espaço, uma vida digna certamente encabeça o rol de condições básicas de existência. Michel Kloefer refere vida e dignidade humanas como “bens conjugados”²⁴³, significa que um não pode existir sem o outro. A concepção de dignidade está inserida na própria concepção de vida, nesse sentido, Stefano Rodotà.²⁴⁴

[...] dignidade é, portanto, apresentada como fundação para o novo sentido de cidadania como patrimônio de direito que pertence à pessoa, seja qual for sua condição e o lugar onde ela está. A negação desse direito viola o princípio da dignidade.²⁴⁵

Invariavelmente a ideia de dignidade remete à vida, não há como pensar dignidade humana sem pensar em vida humana. A interligação entre os dois institutos jurídicos é imprescindível, até porque se trata de uma norma e de um princípio normativo, que tem a função de complementar a norma, embora a questão da utilização de princípios seja controvertida, em especial o princípio da dignidade humana.

As maiores críticas em torno deste princípio dão conta da falta de limites dimensionais que a dignidade pode alcançar, pois, carrega como principal argumento a insegurança jurídica, a falta de clareza do espaço sob proteção e a imprecisão dos contornos deste fundamento jurídico. Diante disso, qualquer fato e qualquer decisão poderiam ser justificados pelo princípio da dignidade humana.

De fato, o princípio da dignidade norteia o ordenamento jurídico há mais de vinte anos, sem que se tenha a clareza de seu significado. No entanto, a visão romântica de que a

²⁴² SARLET, Ingo. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet.; LEITE, George Salomão (Org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008. p. 15.

²⁴³ KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Sarlet (Org.) **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 147.

²⁴⁴ O novo sentido de cidadania mencionado por Rodotà, significa a inserção do homem ao contexto social, sujeito de direitos e assistido pelo Estado. A atual Constituição Federal(1988) ampliou a abrangência do conceito de cidadania em relação a carta magna anterior, em especial no que concerne a participação política dos cidadãos, aos direitos fundamentais e a democratização do Estado.

²⁴⁵ “[...] la dignità si presenta così come fondamento concreto della nuova accezione della cittadinanza, intesa come patrimonio di diritti che appartengono alla persona quale che sia” la sua condizione e il luogo in cui si trova. La negazione di questi diritti viola il principio di dignità”. (Tradução nossa). RODOTÀ, Stefano. **La vita e le regole**. Tra diritto e non diritto. Milano: Stampa, 2006. p. 192.

vida humana, uma vez definida, permanece estática é tão utópica quanto crer na possibilidade de confinar todo o sentido de dignidade a um conceito único. “Nessa perspectiva, quando aqui se fala em dimensões da dignidade da pessoa humana, está-se a referir – num primeiro momento – à complexidade da própria pessoa humana e do meio no qual desenvolve sua personalidade”.²⁴⁶

Assim, a dignidade considera duas dimensões distintas, uma delas diz respeito a autodeterminação, isto é, “é possível indicar um percurso diferente, que faz emergir as varias dimensões da dignidade, considerando em primeiro lugar a decisão que a pessoa pode tomar”²⁴⁷. Entretanto, Rodotà prossegue dizendo que “a dimensão do poder individual de decidir não implica na auto-referência da pessoa”²⁴⁸, quer dizer que não basta ter o poder de se autodeterminar, ou de tomar as próprias decisões para ser “pessoa”, há que se considerar como fundamental também a consciência de si e o respeito à dignidade da pessoa.

Outra dimensão, não menos importante, está no âmbito da proteção/assistência pelo Estado, “[...] emerge com clareza um dever público de construir um contexto para que a decisão seja efetivamente livre”²⁴⁹, significa dizer que cabe ao Estado adotar meios que oportunizem as decisões livres, assim Ingo Sarlet comenta:

[...] sustenta-se que a dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado [...].²⁵⁰

As dimensões da dignidade são de extrema relevância porque dão sentido ao princípio da dignidade humana. Essas dimensões limitam os contornos do princípio, atribuindo-lhe a juridicidade necessária à sua efetivação. Os princípios complementam as regras, como sugere Humberto Ávila, quando diferencia regras de princípios: “[...] em função da natureza da

²⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet.; LEITE, George Salomão (Org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008. p. 15.

²⁴⁷ “È possibile indicare un percorso diverso, che faccia emergere le varie dimensioni della dignità, considerando in primo luogo le decisioni che la persona può prendere”. (Tradução nossa). RODOTÀ, Stefano. **Il diritto do avere diritto**. Roma: Laterza, 2012. p. 195.

²⁴⁸ “la dimensione del potere individuale di decisione non implica autoreferenzialità della persona”. (Tradução nossa). Ibid., p. 195.

²⁴⁹ “Emerge con nettezza un dovere pubblico di costruire un contest all’interno del quale le decisioni della persona possano essere effettivamente libere”. (Tradução nossa). Ibid., p. 195.

²⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade e intersubjetividade: a dimensão comunicativa e relacional da dignidade da pessoa humana como o reconhecimento pelo(s) outro(s). In: SARLET, Ingo Sarlet (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 30.

descrição/comportamento [...]; da natureza da justificação exigida [...]; e da natureza contribuição para a decisão (as regras tem pretensão terminativa, e os princípios tem pretensão complementar)”.²⁵¹

No mesmo sentido, Wilson Engelmann ao estudar decisões proferidas em tribunais norte-americanos, sustenta: “[...] ao lado das regras jurídicas, também são encontrados os chamados princípios, empregados para fundamentar e decidir casos concretos, [...]”²⁵². Os princípios em geral, descrevem direitos subjetivos tidos como imparciais e justos, significa dizer, que estão diretamente vinculados à moralidade e essa essência, basicamente moral, é o que permite sua utilização em conjunto com a norma jurídica.

No ambiente jurídico, a dignidade está onde deve estar, ou seja, trata-se de um princípio, portanto, não possui um conceito fechado e serve para complementar a legislação estagnada, o que possibilita certa mobilidade para aplicação da lei ao caso concreto. Conforme Ingo Sarlet, cabe ao juízo decidir, quando provocado, não lhe sendo possível declinar de uma resposta à demanda que fora posta a sua apreciação. Desta forma, uma concepção jurídica de princípio permite uma decisão adequada ao caso concreto:

[...] para a jurisdição constitucional, quando provocada a intervir na solução de determinado conflito versando sobre as diversas dimensões da dignidade, não existe a possibilidade de recusar a sua manifestação, sendo, portanto, compelida a proferir uma decisão, razão pela qual já se percebe que não há como dispensar uma compreensão (ou conceito) jurídica da dignidade da pessoa humana [...]”²⁵³

A decisão adequada ao caso concreto significa decidir com base na maior aproximação possível entre a normatividade jurídica e a realidade fática, posto que as decisões que envolvem a dignidade humana não são casos fáceis, ainda dificultados pelas consequências da decisão, “[...] visto que desta – e à luz do caso examinado pelos órgãos judiciais – haverá de ser extraídas determinadas consequências jurídicas, muitas vezes decisivas para a proteção da dignidade das pessoas concretamente consideradas”.²⁵⁴

Desta forma, os princípios são utilizados como pontos interpretativos que compõem sentido às normas jurídicas que são estanques por natureza, enquanto os princípios possuem

²⁵¹ ÀVILA, Humberto. Teoria dos princípios. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 660.

²⁵² ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 149.

²⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; LEITE, George Salomão (Org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008. p. 18.

²⁵⁴ Ibid. p. 18.

certa flexibilidade que permite ao julgador aplicar a mesma norma às situações distintas, devidamente fundamentadas nos princípios. Observa-se que a influência dos princípios sobre as decisões judiciais é de extrema importância, porque os princípios conferem o movimento necessário à adequação das estagnadas normas jurídicas aos casos concretos.

3.2 A Ética e o Direito às Liberdades Individuais nas Questões Referentes à Terminalidade da Vida

A terminalidade da vida na atual sociedade biotecnológica, é um tema que carrega consigo forte carga emocional, é comum as posições individuais, sejam elas favoráveis ou contrárias, serem ferozmente defendidas. No entanto, é imprescindível que a discussão envolva o exercício das liberdades individuais e a ética em seu mais amplo conceito, a fim de evitar concepções limitadas ou reducionistas.

3.2.1 Da Ética à Bioética: o princípio da autonomia como forma de efetivar o exercício das liberdades individuais

Nada parece mais livre do que um pássaro no céu. Nada é mais autônomo do que seu voo. No entanto, essa liberdade, essa autonomia, evidentes ao primeiro olhar, decompõem-se ao segundo olhar, o de um conhecimento que descobre que determinantes exteriores (ecológicos), inferiores (moleculares), superiores (genéticos), aos quais, finalmente, obedece o triunfante voo do pássaro.²⁵⁵

Desde os primórdios o ser humano utiliza uma concepção fantasiosa de liberdade que remete às mais variadas formas de usufruir uma existência sem fronteiras, onde tudo é permitido. No entanto, a condição humana é incompatível com essa liberdade ilimitada, quer seja pelos limites físicos, quer seja pelos limites morais. A liberdade humana está diretamente relacionada com a possibilidade concreta da vida em sociedade, ser livre significa agir com autodeterminação em relação a si próprio de maneira a não invadir a autodeterminação do outro.

Não obstante a autodeterminação, a legitimação das liberdades individuais também se assenta em limites morais, já que o ser humano impõe a si mesmo fronteiras de cunho moral, que dependem de fatores culturais, sociais, religiosos, níveis de compreensão e toda a sorte de influências a que os indivíduos estão expostos. Embora a concepção de moral a ser

²⁵⁵ MORIN, Edgar. **O método 2: a vida da vida**. Tradução de Marina Lobo. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 123.

considerada seja de cunho individual, algumas reações humanas lhe dão a dimensão universal e atemporal. “Há, em todo homem, uma disposição para a moralidade – que é revelada por sua reação de vergonha ou piedade; e é dela que decorre, para retomar a expressão de Kant, nossa “vocação moral infinita”.²⁵⁶

François Jullien enfatiza que o que se conhece por sentimento de piedade é ponto de partida da moralidade de homem, “é um sentimento que “nos leva, sem reflexão, ao auxílio de quem vemos sofrer”, e esta virtude é “tanto mais universal” quanto justamente precede “o uso de qualquer reflexão”.²⁵⁷ Esta reação perturbadora que o ser humano demonstra diante do que ameaça o outro, se traduz na moralidade como um valor que lhe é intrínseco, portanto comum a todos os seres humanos, resguardadas as proporções culturais e inteligíveis.

Sendo a moral, um valor subjetivo e intrínseco ao ser humano, sua “materialização” se dá através da ética – que pode ser entendida como a construção racional de um complexo sistema teórico capaz de “moralizar” certas condutas. Peter Singer se refere a complexidade do sistema ético quando diz: “Há quem pense que a ética é inaplicável ao mundo real, por considerá-la um sistema de normas simples e curtas, do gênero “Não minta”, “Não roube” e “Não mate””.²⁵⁸

Os gregos reservaram duas palavras para exprimir o significado de ética: *ethos* que significa lar (individual) e *ethos* que significa sociedade (coletivo)²⁵⁹. Assim, embora a ética seja reconhecida nas ações humanas individuais, ela está enraizada na questão do coletivo, posto que é este que lhe dá razão de ser, “ao aceitar que os juízos éticos devem ser feitos desde um ponto de vista universal, estou aceitando que meus próprios interesses não podem, pelo mero fato de serem meus, contar mais que os interesses de qualquer outra pessoa”.²⁶⁰ Desta forma, quando o indivíduo pensa ou age eticamente, ele o faz não apenas em razão de seus próprios interesses, mas de maneira a não ferir os interesses dos outros.

A ética também pode ser compreendida quando contemplada inversamente, significa dizer que, nas situações em que ela não se faz presente ela é melhor percebida. Assim, Paul Taylor explica:

²⁵⁶ JULLIEN, François. **Fundar a moral**: diálogo de Mêncio com um filósofo das luzes. Tradução Maria das Graças de Souza. São Paulo: Discurso Editorial, 2001. p. 51.

²⁵⁷ Ibid., p. 25.

²⁵⁸ SINGER, Peter. **Vida ética**: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade. Tradução de Alice Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 26.

²⁵⁹ TAYLOR, Paul. Ética universal e a noção de valor. In: CETRANS. **Educação e transdisciplinaridade I**. São Paulo: TRIOM, 2000. p. 53-77.

²⁶⁰ SINGER, op. cit., p. 35.

Ética, no singular, é mais um eco de uma questão, de uma dúvida. A questão ética encontra sua razão de ser numa experiência de sofrimento, num momento de dissidência ou de ruptura. Onde não há nenhum conflito, nenhuma dor, nenhum motivo para incerteza, não há motivo para formalizar um sistema ético.²⁶¹

Desta forma, quanto maior a eficiência de um sistema ético, menos atenção ele chamará para si. Também é importante dizer que as concepções de ética que recaem sobre um conceito arcaico de normas rígidas relacionadas à igreja, bem como, a concepção de que ética se resume a uma série de normas simples cedem espaço à uma compreensão mais abrangente.

Com efeito, essa visão reducionista e limitada está muito aquém de definir a complexidade da ética, a qual, atualmente, está dissociada de dogmas religiosos e associada à ação, dito de outra forma, a racionalidade tem papel fundamental nas decisões éticas, Hans Jonas assevera:

Toda ética até hoje [...] compartilhou tacitamente os seguintes pressupostos inter-relacionados: (1) a condição humana, conferida pela natureza do homem e pela natureza das coisas, encontra-se fixada de uma vez por todas em seus traços fundamentais; (2) com base nesses fundamentos, pode-se determinar sem dificuldade e de forma clara aquilo que é bom para o homem; (3) o alcance da ação humana e, portanto, da responsabilidade humana é definida de forma rigorosa.²⁶²

Desta forma, a ética está relacionada ao agir, sendo identificada na ação humana, significa dizer, que a concepção de ética não é algo estagnado, ao contrário, sua concepção se amplia qualitativamente conforme segue a ação do homem, “a consequência lógica disso é que a natureza modificada do agir humano também impõe uma modificação na ética”.²⁶³

Hans Jonas afirma que a tecnologia e a ética são parte de uma mesma estrutura, pois tanto a primeira quanto a segunda dependem de ação humana para sua efetivação:

De uma forma muito geral, a ética tem algo a dizer nas questões relacionadas com a técnica ou que a técnica esteja submetida a considerações éticas pelo simples fato de que a técnica é um exercício de poder humano, é dizer, uma forma de ação, e toda a ação está sujeita a um exame moral. É também verdade que o mesmo poder pode ser usado para o bem e para o mal e que em seu exercício se podem observar o desrespeito às normas éticas. A

²⁶¹ TAYLOR, Paul. Ética universal e a noção de valor. In: CETRANS. **Educação e transdisciplinaridade I**. São Paulo: TRIOM, 2000. p. 54.

²⁶² JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006. p. 29.

²⁶³ Ibid., p. 29.

técnica, como poder humano desenvolvido, está, sem dúvida alguma, nesta verdade geral.²⁶⁴

As últimas décadas foram marcadas pelo crescente avanço tecnológico em praticamente todos os setores da sociedade, no entanto, algumas das maiores conquistas podem ser observadas na área da saúde. A tecnologia, que está à disposição da medicina para diagnosticar e tratar doenças, não tem precedentes, o que garante opções de terapias com a prévia análise dos riscos, benefícios e até mesmo dos malefícios. No entanto, esse universo de possibilidades não é necessariamente apenas benéfico, já que diz respeito a saúde/vida/dignidade humanas e toda a sorte de questões que aí estão inseridas.

Os anos 60 foram marcados pelo conhecimento público de pesquisas e experimentos realizados em seres humanos desfavorecidos mental e economicamente, além daqueles fragilizados por moléstias tidas como incuráveis. Não raro constatava-se o abuso nos métodos empregados, os quais desconsideravam o indivíduo como pessoa humana atribuindo-lhes a sina de experimento científico. Foi nesse contexto, motivada pelos abusos físicos e morais, que a sociedade se viu às voltas de uma discussão sobre a ética desses procedimentos, que culminou com o surgimento da *Carta dos direitos do enfermo*, criada e adotada pelos hospitais norte-americanos.²⁶⁵

A partir desse movimento social e através de adequações das tradições morais com as exigências da atual sociedade que surgiu a bioética – “do grego *bios* (vida) e *éthike* (ética)”²⁶⁶ - ou a ética da vida, que tem como escopo o respeito/proteção ao ser humano frente aos avanços da biotecnologia, Vicente Barreto assim a classifica: “Bioética é o ramo da Filosofia Moral que estuda as dimensões morais e sociais das técnicas resultantes do avanço do conhecimento nas ciências biológicas”.²⁶⁷

A Bioética nasce no intuito de provocar uma reflexão ética “que combina humildade, responsabilidade e uma competência interdisciplinar, intercultural, que potencializa o senso

²⁶⁴ “Dicho de forma muy general, que la ética tiene algo que decir en las cuestiones relacionadas con la técnica o que la técnica está sometida a consideraciones éticas se desprende del sencillo hecho de que la técnica es un ejercicio del *poder* humano, es decir, una forma de actuación, y toda actuación está expuesta a su examen moral. Es asimismo una perogrullada que el mismo poder puede emplearse tanto para el bien como para el mal y que em su ejercicio se puedan observar o infringir normas éticas. La técnica, como poder humano enormemente incrementado, entra sin duda alguna dentro de esta verdad general”. (tradução nossa). JONAS, Hans. **Técnica, medicina y ética**: sobre la práctica del principio de responsabilidad. Barcelona: Paidós, 1997. p. 33.

²⁶⁵ Jose Roque Junges é filósofo, Doutor em teologia e pesquisador da bioética. Em sua obra de mesmo nome, dedica um capítulo que narra a história do surgimento desta disciplina, denominado: “Surgimento e definição de Bioética”. JUNGES, José Roque. **Bioética**: perspectivas e desafios. São Leopoldo: UNISINOS, 1995. p. 13-21.

²⁶⁶ BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 104.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 104.

de humanidade²⁶⁸ voltada ao ser humano. No entanto, o enfoque *bio* (vida), logo se alargou para plantas, animais, solo e hoje se fala em uma abordagem ecológica (visão que integra o ser humano e a natureza como um todo).²⁶⁹ Desta forma, a bioética prescinde de uma perspectiva interdisciplinar para incrementar sua prática, no entanto, esta dissertação se delimita à ética médica como objeto de conhecimento da Bioética.

Na prática, a Bioética não é apenas um discurso, “pois materializa-se não na teoria acadêmica, mas na prática dos hospitais, nos comitês de Bioética e na formulação de políticas públicas”.²⁷⁰ A prática se dá por meio de princípios, para os quais Tom L. Beauchamp e James F. Childress construíram uma das mais completas discussões e dividem a teoria em quatro principais princípios: a) O respeito à autonomia – o indivíduo autônomo age livremente de acordo com um plano escolhido por ele mesmo²⁷¹; b) Não-maleficência – a obrigação de não infringir dano intencionalmente²⁷²; c) Beneficência – *positiva*: requer a propiciação de benefícios e a *utilidade*: requer que os benefícios e as desvantagens sejam ponderadas²⁷³ e d) Justiça – distributiva: se refere a uma distribuição justa, eqüitativa e apropriada no interior da sociedade²⁷⁴. Embora todos os princípios sejam de fundamental importância, a referência proposta se dá no plano do princípio bioético do respeito à autonomia, em razão de sua especificidade.

A autonomia é algo intrínseco ao ser humano, todo ser humano nasce livre e autônomo. Beauchamp e Childress abordam o *respeito* à autonomia indicando que nenhuma teoria é aceitável caso apresente um ideal que esteja fora do alcance dos agentes normais, já que de nada adianta o reconhecimento do princípio da autonomia se o indivíduo não tem a liberdade de exercê-lo. “A palavra *autonomia*, deriva do grego *autos* (“próprio”) e *nomos*

²⁶⁸ GOLDIM, José Roberto. Bioética e complexidade. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (Org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 56.

²⁶⁹ O biólogo e doutor em medicina bioética, José Roberto Goldim, explica que o termo bioética surgiu em 1927, para caracterizar “obrigações éticas não apenas com relação ao ser humano, mas para com todos os seres vivos”, para posterior caracterização interdisciplinaridade e com caráter global. Anos mais tarde, a bioética foi classificada como uma “ciência profunda que potencializa o senso de humanidade”, para finalmente passar à uma “visão integradora do ser humano com a natureza como um todo, em uma abordagem ecológica, foi a perspectiva mais recente”. *Ibid.*, p. 55-72.

²⁷⁰ BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 105.

²⁷¹ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. p. 138.

²⁷² *Ibid.*, p. 209.

²⁷³ *Ibid.*, p. 281.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 352.

(“regra”, governo” ou “lei”),²⁷⁵ portanto, respeitar a autonomia é reconhecer no sujeito o direito de tomar decisões com base em seus valores e suas crenças.

Durante séculos, o paciente - aquele que sofre ou é objeto de uma ação²⁷⁶ - foi minimizado a condição de *expectador* de sua própria condição, à mercê da arbitrariedade alheia que tantas vezes lhe feria a dignidade na concepção do respeito a si próprio, sem acesso a informações concisas e sem poder decisório sobre opções de tratamento. Não raro, o único a desconhecer a prévia condenação à morte por doença incurável era o próprio condenado. “O enfermo, devido à sua dignidade como sujeito, tem o direito de decidir autonomamente a aceitação ou rejeição do que se quer fazer com ele, seja do ponto de vista do diagnóstico como da terapêutica”.²⁷⁷ Aproximando a autonomia do campo das liberdades, Roberto Andorno afirma:

[...] a liberdade é muito mais que um mero ‘princípio’ ético. Na realidade, é a *conditio sine qua non* da ética, como o é também para o direito. Se o homem não fosse capaz de se autodeterminar, tanto as normas éticas como as jurídicas careceriam de sentido, já que não haveria condutas meritórias ou reprováveis, melhores ou piores, devidas ou proibidas e o conjunto das ações humanas cairia no vazio da indiferença moral.²⁷⁸

Sob o ponto de vista jurídico, a autonomia na relação médico-paciente transcende a forma meramente contratual de declaração da vontade porque se refere a um bem extra-patrimonial. A disposição do indivíduo sobre o próprio corpo torna dita relação horizontal, deixando para trás a visão do paciente como mero expectador e o médico como senhor absoluto de decisões, não significando que as limitações do respeito à autonomia com caráter protetivo devam deixar de existir.

O princípio da autonomia parte da premissa que vê o indivíduo como um ser livre e capaz. Na prática, isso remete ao respeito pelas decisões do paciente. No entanto, ditas decisões devem ser observadas com cuidado, visto que a autonomia só pode ser validada quando advinda de uma decisão consciente, para tanto, o paciente precisa demonstrar total entendimento da problemática que lhe foi apresentada: diagnóstico, prognósticos, tratamento, riscos e alternativas, para então declarar a vontade que lhe assenta.

²⁷⁵ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. p. 137

²⁷⁶ PACIENTE. In: PRIBERAM dicionário. [S.l., 2014]. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/paciente>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

²⁷⁷ JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: UNISINOS, 1995. p. 42.

²⁷⁸ ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “dignidade” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 74.

A declaração de vontade ou consentimento informado é o ato pelo qual o paciente se autodetermina, escolhendo a forma de terapia que será empregada na sua condição. A abordagem aceita da definição do consentimento informado tem sido a que especifica os elementos do conceito divididos em informação e consentimento. A informação se refere a informação e compreensão daquilo que é revelado. O consentimento refere-se a uma decisão e uma anuência voluntárias do indivíduo para se submeter, ou não se submeter ao procedimento recomendado. A observação se dá quanto aos seguintes elementos: 1. Competência; 2. Revelação; 3. Entendimento; 4. Voluntariedade, e 5. Consentimento.- Todos esses elementos devem ser sopesados para uma verdadeira declaração de vontade/consentimento informado.

Existem situações onde o paciente/enfermo em fase de prolongamento artificial da vida não demonstra os elementos acima nominados, quer seja por força da própria debilidade física e/ou mental ou por força da terapia, que garantem o consentimento informado. Nesses casos, a correta interpretação se dá seguindo um modelo de decisão substituta, que consiste em tomar decisões por pacientes não-autônomos, ou incapazes de gerir a própria vontade.

Se um paciente não é capaz de escolher ou de recusar um tratamento, então um hospital, um médico ou um membro da família pode, justificadamente, ser investido do papel de decisor.- Nas palavras de Beauchamp e Childress-, os decisores podem ser investidos de três modelos para embasar sua decisão: a) julgamento substituto – exige que o decisor “se ponha nas vestes mentais do incapaz”, ou seja, ele toma a decisão que o incapaz tomaria; b) pura autonomia – se aplica aos pacientes que expressaram uma preferência sobre si mesmas quando ainda eram capazes de fazê-lo, e c) melhores interesses – o decisor deve escolher, dentre as opções possíveis, o maior benefício e o menor risco ao paciente, é o modelo que protege os melhores interesses e o bem estar do enfermo.

As chamadas liberdades individuais remetem, essencialmente, à autonomia do indivíduo frente ao Estado absolutista²⁷⁹, significa dizer que cabe ao indivíduo exercer o poder subjetivo que lhe é conferido de ser o autor de sua própria existência. Peter Singer relaciona: “Subentende-se por “autonomia” a capacidade de escolher, de tomar decisões e de agir de acordo com elas”²⁸⁰.

Ser livre consiste em tomar assento nas discussões de ordem pública, como ser emancipado e crítico, Marcos Feres dispõe sobre o “self”(eu) livre:

²⁷⁹ MENDES, Alexandre Fabiano. Liberdade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 538.

²⁸⁰ SINGER, Peter. **Vida ética**: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade. Tradução de Alice Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 176.

O self livre é aquele que estabelece relações discursivas autônomas com vistas a, de fato, pensar e agir no sentido de construir-se como identidade não sujeita a dominações. Nesse aspecto específico, a liberdade acaba por ser traduzir como capacidade de racionalizar e de relacionar (Pettit), atribuindo ao sujeito uma autonomia.²⁸¹

O exercício das liberdades individuais só faz sentido quando confrontado com a coletividade, dito de outro modo, as liberdades individuais só podem ser exercidas em sociedade, segundo Foucault:

A liberdade que convém instaurar e preservar é evidentemente aquela dos cidadãos no seu conjunto, mas é também, para cada um, uma certa forma de reação do indivíduo para consigo. [...] a liberdade dos indivíduos, entendida como o domínio que eles são capazes de exercer sobre si mesmos é indispensável a todo o Estado.²⁸²

No mesmo sentido, Hannah Arendt afirma que “ao contrário da fabricação, a ação jamais é possível no isolamento. Estar isolado é estar privado da capacidade de agir.”²⁸³ O indivíduo se submete a coação de uma norma (legal, religiosa, costumeira) porque ele não é um ser individual, dito de outro modo, o indivíduo substitui uma “suposta” liberdade plena e absoluta pela sua inserção no meio. Eugen Ehrlich trabalha essa ideia de sujeição consentida à coação da seguinte maneira:

Qualquer coerção através de normas, porém, repousa no fato de que o indivíduo na realidade nunca é um ‘ser individual’; ele se encontra alinhado, inserido, imprensado em uma série de associações, de modo que a existência à margem delas se tornaria insuportável para ele.²⁸⁴

As liberdades individuais podem ser traduzidas pela autonomia do indivíduo frente ao poder estatal, quando ele age de acordo com suas convicções, nos aspectos que lhe dizem respeito individualmente, isso significa dizer que, a liberdade individual é limitada ao próprio indivíduo em razão de sua inserção na sociedade.

Pode-se reconhecer a dignidade do ser humano quando o indivíduo usufrui livremente da sua liberdade de escolha - autonomia – porque, se ao contrário, o indivíduo é privado de

²⁸¹ FERES, Marcos Vinício Chein. Liberdade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 312.

²⁸² FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: o uso dos prazeres**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. 13. ed. São Paulo: Graal, 2012. v. 2, p. 97-98.

²⁸³ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013. p. 235.

²⁸⁴ EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: UNB, 1986. p. 54.

sua liberdade de escolha, então a submissão à vontade de terceiros é evidente, o que faz cair por terra toda a tese de valorização dos direitos do ser humano.

No entanto, a autonomia mencionada, só faz sentido quando advinda de pessoas livres de coação e capazes de compreender suas decisões, caso contrário, a tutela do Estado deve ser acionada no intuito de evitar atrocidades em nome da liberdade de escolha. Desta forma, a heteronomia pode representar a tutela do Estado, quando o indivíduo de forma consentida atenta contra sua própria dignidade.

3.2.2 À Disposição sobre o Próprio Corpo e as Questões que Envolvem a Terminalidade da Vida

A vida é para nós o que concebemos nela. Para o rústico cujo campo próprio lhe é tudo, esse campo é um império. Para o César cujo império ainda é pouco, esse império é um campo. O pobre possui um império; o grande possui um campo. Na verdade, não possuímos mais que as nossas próprias sensações; nelas, pois, que não no que elas vêem, temos que fundamentar a realidade de nossa vida.²⁸⁵

Desde o alvorecer da humanidade, os mitos, as crenças, os deuses, a linguagem e a própria cultura são formados por símbolos aniquiladores da vida humana. Talvez a sociedade os tenha criado para projetar-lhes a força e o poder que o homem jamais terá, esses mesmos signos, também justificam a loucura, a adoração, o êxtase e a miséria humanas. Desde o alvorecer da humanidade, o corpo físico, biológico, simboliza o homem, seus pensamentos, suas ações, sua liberdade e seu cárcere.

O corpo é o instrumento através do qual a vida – com tudo o que contém - se torna possível, é a materialidade que dá sentido aos Direitos fundamentais, entre eles a liberdade e a inviolabilidade. Para o Direito, o corpo é um objeto sagrado mesmo antes de seu nascimento, até depois de sua morte, ele também é a sede da personalidade que pode ser traduzida como “[...] o conceito genérico que permite fazer o corpo e o espírito se manterem juntos”.²⁸⁶ A personalidade se manifesta “tanto no estatuto jurídico do corpo como no estatuto das coisas que trazem a marca do espírito”.²⁸⁷ Proteger o “espírito” como sugere Alain Supiot, significa que o Direito da personalidade cuida daquilo que é íntimo,

²⁸⁵ PESSOA, Fernando. **Livro do desassossego**: composto por Bernardo Soares, ajudante de guarda-livros na cidade de Lisboa. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

²⁸⁶ SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 29.

²⁸⁷ Ibid., p. 32.

aquilo que distingue cada um dos indivíduos e faz com que ele seja reconhecido como único no meio social que está inserido.

Assim, a Lei nº 10.406, de 10-1-2002 institui o atual Código Civil brasileiro (um projeto normativo ousado que mescla matérias inéditas com a repetição de velhos vícios)²⁸⁸ norteado pelos princípios da sociabilidade – onde os Direitos coletivos se sobrepõem aos Direitos individuais sem desconsiderar a dignidade da pessoa humana; princípio da eticidade – impõe justiça e boa-fé nas relações jurídicas e o princípio da operabilidade – aquele que preza pela simplicidade dos institutos e por soluções viáveis, passíveis de aplicação.²⁸⁹

Ao contrário do Código Civil de 1916 (em vigor até o ano de 2001), o novo Código, seguindo a linha do Direito Constitucional, destitui a perspectiva patrimonial como principal alvo de proteção do Estado e conseqüentemente do Direito, para posicionar o indivíduo como figura central da tutela estatal e jurídica. Desta forma, o novo Código Civil incorpora um panorama mais humano e menos material, inclusive (re)formulando o conceito de lei geral positiva (que tudo prevê e tudo dispõe) para uma lei geral com comandos suficientemente abertos (permitindo a função criadora do intérprete).²⁹⁰ O positivismo excessivo cede lugar à interpretação e à hermenêutica jurídicas, assim, o ordenamento adquire uma certa mobilidade, indispensável à estreita relação Direito e Sociedade.

Com efeito, a dinâmica dos fatos na contemporaneidade efetivamente destina qualquer codificação ao fracasso - posto que ela reproduz uma necessidade social identificada em um momento passado. Então, a efetividade de uma lei depende de sua adaptação (respeitando critérios de interpretação, hermenêutica e, por óbvio o Direito constitucional) ao caso concreto, inclusive com a minuciosa observação às peculiaridades de cada caso. Deste modo, “a visão cientificista do direito cede espaço a um viés mais principiológico e valorativo, que estimula o reenvio da solução dos casos concretos ao patamar mais elevado dos fundamentos do Estado Democrático de Direito”.²⁹¹

Assim, a contemplação dos Direitos da Personalidade no ordenamento civil é, sem dúvida, um sinal dos tempos em que o ser humano se sobrepõe à questões de ordem

²⁸⁸ O Código Civil sancionado em 10 de janeiro de 2002 é produto de um projeto de Lei (nº 634), enviado à Câmara dos Deputados, pelo Poder Executivo, no ano de 1975. Embora revisado entre os anos de 2000 – 2002, suas raízes continuam centradas em um período de governo ditatorial.

²⁸⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 23.

²⁹⁰ FIUZA, Ricardo. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002. Introdução, p. XV.

²⁹¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 7.

material, significa dizer que o Direito civil passa a tutelar matéria extrapatrimonial, no intuito de assegurar os princípios constitucionais e as liberdades individuais. Os Direitos da personalidade estão previstos na Parte Geral – Livro I das Pessoas – Título I das Pessoas Naturais – Capítulo II Dos Direitos da Personalidade, que dispõe: “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”.²⁹²

A previsão legal transcrita é um exemplo de norma geral “adaptável”, posto que sua amplitude requer uma complementação normativa para que surta o efeito pretendido ao caso concreto, “isso não se reflete apenas no nível da elaboração, mas também no da adaptação constitucional à realidade emergente e em permanente mutação”.²⁹³ Essa complementação normativa na esfera dos Direitos da personalidade se dá principalmente através do princípio constitucional da dignidade humana que “tem sido o valor-guia de um processo de releitura dos variados setores do direito, que vão abandonando o liberalismo e o materialismo de outrora em favor da recuperação de uma abordagem mais humanista e mais solidária das relações jurídicas”.²⁹⁴ Os Direitos da personalidade surgem, essencialmente da necessidade de proteção à pessoa como descreve Schreiber:

Duas guerras mundiais, os horrores do holocausto nazista e a efetiva utilização da bomba atômica foram apenas alguns dos assustadores acontecimentos que o mundo testemunhou no curto intervalo entre 1914 e 1945. [...] Em toda parte, despertaram os anseios por uma nova ordem de valores, apta a proteger a condição humana na sua redescoberta vulnerabilidade.²⁹⁵

A exposição da vida humana aos “perigos” decorrentes do próprio contexto social ao qual está inserida, evidencia sua vulnerabilidade e desencadeia uma teia de proteção à pessoa, por vezes bem sucedida, outras vezes um absoluto insucesso, porque a intenção primeira – proteção à pessoa – se transforma em um claustro que ceifa o exercício de sua liberdade, lhe priva da autonomia e por fim, lhe destitui a dignidade.

Os Direitos da personalidade têm como principais características a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade. A primeira aparece apenas para realçar a natureza exclusiva, enquanto a segunda aparece como forma de garantir a plena efetividade desses Direitos, ainda “que a ordem jurídica precise e se disponha a proteger as pessoas de si

²⁹² FIUZA, Ricardo. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 22-34.

²⁹³ Ibid.

²⁹⁴ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 7.

²⁹⁵ Ibid., p. 6.

mesmas”.²⁹⁶ O clássico caso do *arremesso de anões*²⁹⁷ retrata a interferência do Estado na liberdade de escolha do indivíduo, sob o pretexto de que a dignidade humana é de ordem pública e precede às liberdades individuais.

No entanto, afirmar que a ordem pública, mesmo que seja no intuito de proteger o indivíduo de si mesmo, precede às liberdades individuais, parece um tanto exagerado para o atual momento histórico que demonstra sinais de adesão à prática interpretativa da vida humana como uma condição digna de existência, no mais amplo significado do termo. Ao promover a dignidade ao *status* de “coisa pública” e, portanto, sobreposta ao “individual”, duas principais situações ganham destaque, em primeiro, vale dizer que a dignidade é de ordem pública no sentido de merecer à proteção do Estado, em segundo, não cabe ao Estado interferir na individualidade do ser humano para lhe dizer o que é digno, sob pena de cometer atrocidades em nome deste poder.

Este poder estatal soberano (conforme o discurso aqui desenvolvido) surge na transição do estado de natureza para o Estado politicamente organizado, em épocas mais evidente, em outras mais velado, mas desde então, a interferência do poder estatal é identificada como forma de controle e gerência da sociedade. Entre as liberdades individuais que sofrem duras limitações legais está a proibição de dispor do próprio corpo, que o Direito civil infere ao indivíduo, normatizada no artigo 13 do Código civil brasileiro: “Art. 13 Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.²⁹⁸

O artigo transcrito merece duras críticas já que sua redação, além de fazer retroagir o Direito às liberdades individuais, especialmente quando o condiciona à vontade de terceiro (exigência médica) e ao crivo dos bons costumes, lança mão de legislar a efetiva disposição sobre o próprio corpo, direcionando ao judiciário as intermináveis discussões acerca dos conceitos de “diminuição permanente da integridade física”, que por sua vez, provavelmente, acatará o disposto em laudo pericial realizado por profissional médico. Esse trajeto que, em

²⁹⁶ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 2.

²⁹⁷ Breve síntese: França - Uma grande empresa de entretenimento criou um produto para ser vendido em bares e discotecas chamado de arremesso de anões “lande de nain”, que consistia em lançar anões de um lado ao outro do estabelecimento. O arremesso seria feito pelos frequentadores. Com fundamento nos Direitos humanos, o prefeito da pequena cidade mandou interditar o espetáculo. O caso se tornou judicial e em primeira instância - após a oitiva do nânico que arguiu o princípio da autonomia da vontade (que entendia como um trabalho digno já que recebia salário e não perturbava a ordem pública), o julgador decidiu pela continuidade do espetáculo. Em sede de recurso, o espetáculo foi definitivamente suspenso sob o entendimento de que a dignidade é matéria de ordem pública. Ver: BERTI, Silma Mendes. Direitos da personalidade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 10, n. 39, mar. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1718>. Acesso em: 16 jun. 2014.

²⁹⁸ FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 26.

tese, envolve o sistema da saúde, sistema jurídico, sistema político é legítimo para dizer o que será deste corpo que padece no aguardo das decisões de terceiros. Aprofundando a crítica, Anderson Schreiber escreve:

[...] (i) primeiro, ao autorizar qualquer disposição do próprio corpo por ‘exigência médica’, o art. 13 parece elevar a recomendação clínica a um patamar superior a qualquer avaliação ética ou jurídica; (ii) segundo, ao vedar a disposição do próprio corpo que importe ‘diminuição permanente da integridade física’, o art. 13 sugere, a *contrario sensu*, que estariam autorizadas reduções não permanentes, o que se mostra extremamente perigoso; [...].²⁹⁹

O ordenamento civil se limitou à “relação entre a proteção ao corpo e a vontade de seu titular, procurando determinar em quais circunstâncias pode uma pessoa “dispor”, no todo ou em parte, do seu próprio corpo”.³⁰⁰ Trata-se de uma interpelação restritiva de Direitos, já que a integridade física visada pela codificação vai além dos atos de disposição do próprio corpo, ela está relacionada à integridade psicofísica, aquela que alcança todos os Direitos da personalidade. Desta forma, a restrição de dispor sobre o corpo não avança o âmbito de seu titular, significa que a delimitação contida no artigo 13 do Código civil é direcionada exclusivamente ao próprio titular.

Não obstante as expressões “exigência médica” e “diminuição permanente da integridade física”, lançadas no caput do art. 13 sem critérios de seleção, o pior está na redação final do artigo, que dispõe sobre “contrariar os bons costumes”. Em primeiro, na forma em que está disposto, os *bons costumes* ganham status hierárquico superior à própria codificação civil, em segundo, *bons costumes ou maus costumes* podem significar qualquer ato ou ação. Nesse norte, Anderson Schreiber prossegue sua crítica: “[...] (iii) terceiro, o art. 13 alude à noção de “bons costumes”, ideia vaga e imprecisa, que pode causar sérias dificuldades em um terreno que sofre decisiva influência de inovações tecnológicas e científicas”.³⁰¹

Definitivamente atribuir juízo aos *bons costumes* equivale a abrir um espaço infinito para discussões de ordem moral, partindo-se de um grau próximo a zero de compreensão, “no direito e na vida, a noção de bons costumes afigura-se tão ampla e vaga que pode abarcar qualquer atitude que se desvie um pouco mais do padrão habitual de comportamento”.³⁰²

²⁹⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 34.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 33.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 34.

³⁰² *Ibid.*, p. 35.

No atual cenário social, o extraordinário desenvolvimento da biotecnologia traz consequências que alcançam diretamente a integridade físico/psíquica, e, a vertiginosa eclosão de possibilidades tecnológicas põe em cheque as “certezas científicas” que podem mudar radicalmente em função de novas descobertas. Desta forma, a valorização do ser humano tem o escopo de abarcar toda uma existência digna, isso significa que além das necessidades materiais, as necessidades extrapatrimoniais merecem preocupação e proteção.

As liberdades individuais são largamente asseguradas no âmbito constitucional, leia-se, todo cidadão tem Direito, além de outros, a liberdade de crença, opinião, expressão, privacidade e integridade física e psíquica.³⁰³ Desta forma, algumas práticas corriqueiras e legalmente amparadas saltam aos bons costumes, e podem ser identificadas nas chamadas *bodyart* (arte corporal) que “exprime um método antiquíssimo de manifestação cultural, intelectual e política”.³⁰⁴ Identifica-se também a *body modification* (modificação corporal) que “abrange variadas formas de modificação deliberada do próprio corpo por razões que não sejam médicas”.³⁰⁵ E a *body suspension* (suspensão corporal) que consiste em “perfurar a própria pele com argolas que se prendem a ganchos e aparatos destinados a possibilitar a suspensão do corpo humano [...]”³⁰⁶.

Para os simpatizantes dessas técnicas, tatuar, perfurar, implantar e suspender o corpo por argolas é uma prática natural, atrelada à finalidades diversas, sejam elas políticas, religiosas ou estéticas. A questão é que não se vinculam a um determinado comportamento, são práticas realizadas por “indivíduos normais” em “situações normais”, desta forma, “qualquer avaliação centrada sobre o que é normal e habitual esbarra no pluralismo que caracteriza, talvez como seu mais precioso aspecto, a vida contemporânea”.³⁰⁷ Assim, o Direito não pode pretender a proibição de práticas pouco usuais ou não costumeiras, invocando contrariedade aos bons costumes, porque corre o risco de se desvincular daquela que é a sua maior função, a de proteger a pessoa humana.

Não bastasse as críticas até aqui desenhadas, importa observar mais um desserviço trazido pela redação do artigo 13, que veda dispor do próprio corpo quando esse ato “importar diminuição permanente da integridade física”.³⁰⁸ Observa-se, que se levado à interpretação literal, o texto da lei permite diminuição temporária da integridade física ao mesmo tempo em

³⁰³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 06 jan. 2014.

³⁰⁴ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 35.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 36.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 38.

³⁰⁷ *Ibid.* p. 38.

³⁰⁸ O transplante de órgãos e tecidos não será abordado nesta pesquisa porque é objeto de legislação própria. Lei 9.434 de 4 de fevereiro de 1997.

que não admite cirurgias plásticas com fins estéticos e cirurgias de readequação sexual, o que, na prática, não é verdadeiro. Parece que a redação deste artigo tem o escopo de “transferir dos juristas para os médicos o problema extremamente delicado dos limites à autodisposição do próprio corpo, um problema que, a rigor, é mais ético do que técnico”.³⁰⁹

Efetivamente o art. 13 está descaracterizado de critérios que lhe fundamentam a existência, tampouco sua efetividade. Às decisões judiciais que ali se pautam invariavelmente frustrarão outras liberdades incompatíveis com esse preceito legal, no entanto, a supervalorização da legitimidade médica representa sua maior ameaça, posto que a medicina não está obrigada a ponderar “entre a tutela do próprio corpo e outros princípios atinentes à realização da pessoa humana, como a liberdade sexual, a liberdade de expressão e até a liberdade religiosa”.³¹⁰

O Direito de dispor sobre o próprio corpo está vinculado ao princípio bioético do respeito a autonomia, através do qual, o indivíduo (capaz) decide conscientemente sobre qual terapia médica pretende seguir. No entanto, esta vinculação corpo/autonomia não encontra tamanha clareza no ordenamento jurídico brasileiro, que concede liberdades restritivas sobre as decisões que importam na disposição do corpo pelo seu titular.

A justificativa para esta reduzida autonomia encontra amparo, conforme já explicitado, nos exageros cometidos por governos autoritários como tortura e experimentos científicos. Importa mencionar que a autonomia só faz sentido quando advinda de pessoas livres de coação e capazes de compreender suas decisões, caso contrário, a tutela do Estado deve ser acionada no intuito de evitar atrocidades em nome da liberdade de escolha, significa dizer, que a tutela do Estado não está dispensada, ao contrário, o Estado tem um novo papel: ao invés de interferir arbitrariamente no poder decisório do indivíduo, deverá promover e garantir que a autonomia da vontade deste prevaleça.

Contudo, no atual cenário biotecnológico, onde as possibilidades ultrapassam, em muito, as impossibilidades, as maiores controvérsias transitam pelo terreno das escolhas “éticas e valorativas, ainda que amplamente baseadas em dados técnicos. Para tais escolhas, um jurista não está menos habilitado que um médico”.³¹¹ Desta forma, creditar ao titular a disposição sobre seu próprio corpo, observando os princípios fundamentais do Direito e os princípios da bioética, parece ser a melhor forma de consolidar o entendimento de que as

³⁰⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 43.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 45.

³¹¹ *Ibid.*, p. 45.

restrições às liberdades individuais são exceções, devidamente fundamentadas, e não a regra no ordenamento jurídico.

Mas entre regras e exceções, o pós-positivismo permite a interpretação normativa, a hermenêutica jurídica e a aplicação de princípios fundamentais ao caso concreto, significa dizer que, as decisões não precisam espelhar a letra dura da lei, ao contrário, as decisões devem refletir a real motivação do pedido. Essa premissa já é realidade em alguns tribunais brasileiros, como por exemplo o recurso julgado pelo Tribunal de Justiça do RS, onde a agravante conquistou judicialmente o Direito de não se submeter à transfusão de sangue, conduta contrária às suas crenças religiosas:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE CRENÇA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA. OPÇÃO POR TRATAMENTO MÉDICO QUE PRESERVA A DIGNIDADE DA RECORRENTE. A decisão recorrida deferiu a realização de transfusão sanguínea contra a vontade expressa da agravante, a fim de preservar-lhe a vida. A postulante é pessoa capaz, está lúcida e desde o primeiro momento em que buscou atendimento médico dispôs, expressamente, a respeito de sua discordância com tratamentos que violem suas convicções religiosas, especialmente a transfusão de sangue. Impossibilidade de ser a recorrente submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial. Tratamento médico que, embora pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido. Livre arbítrio. Inexistência do direito estatal de "salvar a pessoa dela própria", quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros. Proteção do direito de escolha, direito calcado na preservação da dignidade, para que a agravante somente seja submetida a tratamento médico compatível com suas crenças religiosas. AGRAVO PROVIDO.³¹²

A decisão se fundamenta no princípio da autonomia da vontade, na liberdade de crença e no princípio da dignidade humana e revela um modelo que não se limita à sobreposição de normas jurídicas, mas sim, considera a vida humana como um conjunto de fatores e se utiliza de todos os meios disponíveis para apreciar e julgar o intento. Decisões deste calibre não são a regra, no entanto, ainda que, timidamente, demonstram que é possível e legítimo atentar às liberdades individuais a fim de responder aos anseios da sociedade, sejam eles de cunho moral, político ou religioso, já que o efetivo exercício dos Direitos

³¹² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Décima Segunda Câmara Cível. **Agravo de instrumento n. 70032799041**. Agravante: Heliny Cristina Lucas Alho. Agravado: Fundação Universidade de Caxias do Sul. Relator: Cláudio Baldino Maciel. Porto Alegre, 06 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=transfus%E3o+de+sangue+testemunha+de+jeov>>. Acesso em: 01 jun. 2014.

fundamentais é matéria que merece constante discussão para que a necessária evolução não se perca no limbo jurídico.

Da mesma forma, as liberdades individuais desencadeiam discussões ainda mais improteláveis, motivadas pela transformação social que os direitos - mais humanos e menos patrimoniais - inspiraram. Nas últimas décadas, algumas matérias têm se destacado em relação ao espaço proeminente junto aos Tribunais mundo afora, são situações que buscam no judiciário uma solução que não é de ordem técnica, mas sim de cunho moral, o direito de morrer dignamente, como o caso de Eluana Englaro na Itália, Vicent Humbert na França, Ramón Sampedro na Espanha, Terri Schiavo nos Estados Unidos e mais recentemente a luta da argentina Selva Herbón.

No Brasil não se identificam demandas judiciais desta monta, ao menos que alcançaram os Tribunais Superiores (o que se faz necessário para que se dê início à discussão), no entanto, há uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que assim estabelece:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANTENÇA ARTIFICIAL DE VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PACIENTE, ATUALMENTE, SEM CONDIÇÕES DE MANIFESTAR SUA VONTADE. RESPEITO AO DESEJO ANTES MANIFESTADO. Há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade humana, que, aliás, sobrepõe-se, até, aos textos normativos, seja qual for sua hierarquia. O desejo de ter a “morte no seu tempo certo”, evitados sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado, notadamente em face de meros interesses econômicos atrelados a eventual responsabilidade indenizatória. No caso dos autos, a vontade da paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada, notadamente quando a ela se contrapõe a já referida preocupação patrimonial da entidade hospitalar que, assim se colocando, não dispõe nem de legitimação, muito menos de interesse de agir.³¹³

A decisão transcrita, de fato, espelha a realidade da temática morte digna no Brasil, a qual passa ao largo dos Tribunais e se, eventualmente ali assentar, a discussão se dará em torno do instituto da responsabilidade civil objetiva que cabe à instituição de saúde, pois, pouco importa a autonomia do paciente, mas sim, o *quantum* indenizatório orquestrado. Por outro lado, considerando a maioria esmagadora de juízos desfavoráveis à autonomia do

³¹³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Vigésima Primeira Câmara Cível. **Apelação cível n. 70042509562**. Apelante: Associação do funcionários públicos do Rio Grande do Sul – AFPERGS. Apelado: Guilherme da Silva Benites. Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa. Porto Alegre, 01 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=dignidade+humana>>. Disponível em: 01 jul. 2014.

paciente (ou, pelo menos, desfavoráveis às decisões sobre a vida e a morte) torna-se compreensível a abstenção de demandas no judiciário brasileiro.

Além do que, a temática *morrer*, quando direcionada a assuntos morais e jurídicos, como aborto e eutanásia, carrega consigo uma comoção a qual ninguém permanece imune. Favorável ou contrário, o indivíduo se torna então um ferrenho e obstinado defensor de sua convicção, independente do porque é errado ou porque é certo, o que demonstra que a percepção acerca do tema é mais visceral e menos racional. Com efeito, “as razões que movem muitos adversários da liberdade de escolha são demasiado profundas – muito pouco estudadas, irracionais e viscerais”³¹⁴, são discussões movidas à paixões que carecem de raciocínio lógico.

Não obstante, há que se trazer a religiosidade latente na sociedade, onde culturalmente a morte é tida como tabu, assumindo um papel absolutamente negativo em relação à vida. Embora a maior parte das crenças religiosas expressem um apego exagerado à vida, entendendo a morte como um quase *castigo*, há que se dizer que a morte opera um papel equivalente ao nascimento. O ato de nascer é fruto de um equilibrado processo biológico com prazo de validade, assim como o fato de morrer que está diretamente atrelado ao mesmo processo. Sandra Regina Martini Vial vai além disso quando diz: “O tema morte, morrer com dignidade é tratado neste artigo no marco do direito sanitário, pois saúde implica também a forma como vivemos e morremos. Falar em morrer dignamente implica em viver nas mesmas condições”³¹⁵.

A terminalidade da vida aqui referida, é aquela que diz respeito à enfermos fora da expectativa de cura (paciente terminal)³¹⁶ submetidos, sem o próprio consentimento, ao prolongamento da vida por meio de técnicas capazes de substituir as funções orgânicas vitais por período indeterminado. Trata-se de mais um produto da tecnologia posto à disposição do ser humano, um morrer infundável, geralmente acompanhado de intenso sofrimento físico e psíquico, além de inócuo, mas possível, porque a biotecnologia é capaz de fazê-lo.

³¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. VIII.

³¹⁵ “The subject of death dying with dignity is treated in this article as a matter of Sanitary Law, for health rules the way we live and die. The approach of dying means living under the same conditions”. VIAL, Sandra Regina Martini. The right to die with dignity: socio-legal implications of the right to a dignified life and death in the brazilian experience. In: NEGRI, Stefania (Ed.). **Self-determination, dignity and end-of-life care: regulating advance directives in international and comparative perspective**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. p. 355

³¹⁶ “[...] é aquele que vai morrer num período relativamente curto de tempo, de 3 a 6 meses, independentemente das ações médicas que são colocadas em prática”. GOLDIM, José Roberto. **Bioética: paciente terminal**. Porto Alegre, 2014. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/pacterm.htm>>. Acesso em: 02 jun. 2014.

Sem a intenção de fazer apologia à morte prematura ou algo que o valha, a bandeira que se ergue é exclusivamente no sentido de que o enfermo tenha o Direito de optar pelo prolongamento da vida ou pela *boa morte*, de acordo com sua consciência. Em outras palavras, que cada indivíduo exerça sua autonomia para determinar a terapia médica que pretende seguir.

As práticas da *boa morte* equivalem a homicídio no ordenamento jurídico brasileiro, sejam elas a eutanásia³¹⁷, a ortotanásia³¹⁸ ou o suicídio assistido³¹⁹. No entanto, alguns projetos de lei com a intenção de legalizar esta prática já chegaram ao Senado Federal. O último dos projetos de Lei que chegou ao Senado Federal (Projeto de Lei do Senado (PLS), nº 116/2000) pretende estabelecer critérios para a realização de procedimentos (evitar ou interromper terapias médicas inócuas) que visam o óbito em pessoas em estado de constante sofrimento, atualmente aguarda parecer do relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) na Câmara dos Deputados, identificado como Projeto de Lei 6715/2009, com a seguinte ementa: “Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para excluir de ilicitude a ortotanásia”.³²⁰

Ainda pela prática da *boa morte*, Silvio Luís Ferreira da Rocha, defende:

Deve-se reconhecer ao paciente o direito de morrer com dignidade, isto é, ter permissão para morrer com seu caráter, personalidade e estilo e não morrer desfigurado, violentado, pelas sondas, tubos e agulhas nele introduzidas numa inidade de terapia intensiva.³²¹

³¹⁷ Eutanásia: “Traduz a definição de *boa morte*, ou *morte apropriada*, *morte doce e sem sofrimento*. O termo foi proposto pelo filósofo e político inglês Francis Bacon, em 1623, - tres anos antes de seu falecimento- em sua renomada obra História da Vida e da Morte (Historia vitae et mortis), com o sentido de expresser o tratamento adequado a doenças incuráveis. Atualmente, a concepção de eutanásia liga-se a ideia de provocar conscientemente a morte de alguém, fundamentado em relevante valor moral ou social, por motive de piedade ou compaixão, introduzindo outra causa, que, por sis ó, seja suficiente para desencadear o óbito. Ao invés de deixar a morte acontecer, buscando-se amenizar o sofrimento do paciente, a eutanásia é entendida como uma ação sobre a morte, de modo a antecipá-la”. ADONI, André Luis. Bioética e biodireito: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito à morte digna. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 818, p. 402, 2003.

³¹⁸ Ortotanásia: “Implica a não aplicação, ou mesmo a interrupção de um tratamento médico inócuo e sem qualquer vislumbre de resultado possível à luz das forças da ciência cognoscível ao homem ao tempo da situação concreta, de sorte a evitar a manutenção de uma vida artificialmente”. Ibid., p. 407.

³¹⁹ Suicídio assistido: “Ocorre quando uma pessoa não dispendo de meios para consumir, por si mesma, o próprio óbito reclama auxílio, a participação material de outrem para levar a content sua intenção [...]” Ibid., p. 402.

³²⁰ CAMATA, Gerson. **PL 6715/2009 Projeto de Lei**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para excluir de ilicitude a ortotanásia. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465323>>. Acesso: 1 jul. 2014.

³²¹ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Morrer com dignidade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos do código civil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 106.

Enquanto a *boa morte* representa “morte doce e sem sofrimento”³²², conceitualmente traduzida por eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido, a obstinação terapêutica ou distanásia³²³, representa a exagerada insistência na manutenção da vida, utilizando meios desproporcionais a fim de retardar o inevitável óbito, “eis nossa própria vida, em sua intimidade biológica e psicológica, tornada objeto da ciência”³²⁴. A obstinação terapêutica revela duas faces, a primeira consiste na inconformidade do ser humano frente ao inevitável desconhecido, enquanto a segunda denuncia a fragilidade de uma pessoa submetida aos propósitos alheios, nas palavras de Morin: “A possibilidade de autonomia individual atualiza-se na emergência histórica do individualismo, mesmo permanecendo inseparável do destino social e histórico”³²⁵.

Esta urgência em fazer valer a voz do paciente, se deve especialmente em razão dos desenfreados avanços tecnológicos na medicina e o poder de interferência no decurso natural do processo de vida e de morte, o que remete às palavras de Wilson Engelmann: “Há um detalhe que não deverá esquecer: todos os avanços estarão direcionados ao ser humano e ao meio ambiente: os efeitos positivos e os negativos terão esses dois destinatários”³²⁶. É neste cenário biotecnológico, recheado de soluções imediatas (embora sem consequências definidas), que a sociedade deve estabelecer condições humanizadas para tratar as questões que envolvem a vida e a morte, porque, como questiona André Comte-Sponville: “Agora são os nossos sucessos que nos ameaçam. Quem dominará o domínio, e o que sobrá do sujeito quando se tornar objeto do saber e da técnica?”³²⁷. Ainda em busca de respostas, Sandra Regina Martini Vial:

A relação vida e morte e como se vive e morre, tem sido objeto de várias discussões, mas ainda carece de uma resposta adequada, pois nem o sistema do direito nem o da saúde são capazes de responder, ambos se sentem

³²² ADONI, André Luis. Bioética e biodireito: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito à morte digna. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 818, p. 402, 2003.

³²³ Distanásia: “A distanásia (do grego «dis», mal, algo mal feito, e «thánatos», morte) é etimologicamente o contrário da eutanásia. Consiste em atrasar o mais possível o momento da morte usando todos os meios, proporcionados ou não, ainda que não haja esperança alguma de cura, e ainda que isso signifique infligir ao moribundo sofrimentos adicionais e que, obviamente, não conseguirão afastar a inevitável morte, mas apenas atrasá-la umas horas ou uns dias em condições deploráveis para o enfermo. A distanásia também é chamada «intensificação terapêutica», ainda que seja mais correcto denominá-la de «obstinação terapêutica». In: GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia**. Porto Alegre, 2014. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanasi.htm>>. Acesso em: 02 jun. 2014.

³²⁴ COMTE-SPONVILLE, André. **Bom dia, angústia!** Tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 59.

³²⁵ MORIN, Edgar. **O método 5: a humanidade da humanidade. a identidade humana**. 5. ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2012. p. 73.

³²⁶ ENGELMANN, Wilson (Org.). **As novas tecnologias e os direitos humanos: os desafios e as possibilidades para construir uma perspectiva transdisciplinar**. Curitiba: Honoris Causa, 2011. p. 14.

³²⁷ COMTE-SPONVILLE, op. cit., p. 59.

impotentes diante de tantas implicações sobre o tema. No Brasil, assim como em muitos outros países, o direito a uma morte digna está longe de ser efetivada, mas está na pauta das discussões de várias disciplinas. O que inicialmente era preocupação médica, religiosa ou deontológico, hoje passa ser estudado por outras áreas, ficando o sistema do direito e da saúde com boa parcela desta preocupação, pois são os sistemas que devem dar respostas, mesmo que possam parecer inadequadas, devem responder.³²⁸

Quando o sistema jurídico é clamado à responder uma demanda, ele está obrigado a fazê-lo, independente de se tratar de questões de cunho técnico ou moral. As demandas com forte carga valorativa são os ditos casos difíceis ou questões difíceis. “As questões difíceis em Direito são aquelas com forte conotação moral. Elas envolvem opções valorativas”.³²⁹ Para atender às questões difíceis, cabe ao Direito se cercar de instrumentos – interpretação, hermenêutica e princípios – que agregam sentido aos enunciados normativos, além de atentar para a real motivação do pedido, sob pena de dissertar respostas equivalentes ao pássaro de Minerva³³⁰, que levanta voo ao cair do dia, quando tudo já está irremediavelmente realizado.

³²⁸ “The relationship between life and death and how one lives and dies, has been the subject of many discussions, but still lacks an adequate response. Neither the legal system nor the health system is capable of an acceptable response; both prove powerless against many implications. In Brazil, as well as in many other countries, the right to a dignified death is far from being effected, but it is one the agenda of various disciplines. What was initially considered to be a medical, religious or deontological concern, is now being studied by other areas, getting legal and health systems a good portion of this concern, as the systems are the ones that should come up with the answers: even though they may seem inappropriate, they must respond”. (Tradução nossa). VIAL, Sandra Regina Martini. The right to die with dignity: socio-legal implications of the right to a dignified life and death in the brazilian experience. In: NEGRI, Stefania (Ed.). **Self-determination, dignity and end-of-life care: regulating advance directives in international and comparative perspective**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. p. 359 - 360.

³²⁹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Morrer com dignidade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 104.

³³⁰ MORIN, Edgar. **O método 3: o conhecimento do conhecimento**. 4. ed. Tradução Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2012. p. 223.

4 CONCLUSÃO

*Da primeira vez em que me assassinaram
Perdi um jeito de sorrir que eu tinha.
Depois de cada vez que me mataram,
Foram levando qualquer coisa minha...
E hoje, dos meus cadáveres, eu sou
O mais desnudo, o que não tem mais nada...
Arde um toco de vela, amarela...
Como o único bem que me ficou!³³¹*

O ser humano dissociado de sua dignidade equivale ao *cadáver desnudo* do poeta, um corpo nú, já que nada lhe restou, exceto pelo *toco de vela* que representa a fragilidade da vida que insiste, ardentemente, em permanecer. Esta reflexão encerra a presente dissertação, que desde as primeiras linhas não teve outro propósito, senão o de fazer ponderar as considerações trazidas sobre uma discussão que remonta aos primórdios da humanidade e que resistiu as mais variadas evoluções sociais, a vida e a morte.

A transdisciplinaridade com que o assunto é abordado se dá em razão da complexidade do tema e pela impossibilidade de limitar os institutos à disciplina jurídica. A vida e a morte são os dois lados de uma mesma moeda e significam muito mais do que qualquer ciência, isoladamente, poderia contemplar. Assim, a hipótese lançada nas linhas iniciais se confirma, atentando para soluções eficientes, que tendem a ver o ser humano em toda sua essência material e imaterial.

Desta forma, o problema trazido à discussão, que remete ao ponto de equilíbrio entre a proteção estatal e o efetivo exercício das liberdades individuais, encontra resposta na implementação de uma compreensão de indivíduo como um ser dotado de capacidade cognitiva suficientemente complexa, que lhe dá o suporte necessário para usar e gozar de todas as prerrogativas que lhe são inerentes.

A condição humana é composta por tudo aquilo que toca a vida, não basta estar vivo, é preciso desfrutar de boa saúde física e mental, é preciso ver e ser visto como um indivíduo merecedor de dignidade e que ocupa seu espaço na sociedade. Tampouco é suficiente saber-se detentor de Direitos e prerrogativas, há que se fazer uso deles, há que se dispor da liberdade de escolher.

Esta liberdade de escolher é aqui identificada, especialmente, no que toca a terminalidade da vida e que diz respeito à pacientes fora da expectativa de cura, submetidos

³³¹ QUINTANA, Mário. **Da primeira vez em que me assassinaram**. [S.l.], 2008. Disponível em: <<http://quintanaeterno.blogspot.com.br/2008/12/da-primeira-vez-em-que-me-assassinaram.html>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

ao prolongamento da vida através de técnicas médicas capazes de manter, artificialmente, a respiração e a hidratação, por período indeterminado. O cerne da questão não está na crítica ou na apologia à biotecnologia, mas sim, no efetivo exercício das liberdades individuais, ou seja, o exercício da autonomia do paciente, no intuito de escolher a terapia médica a qual pretende se submeter. A ideia de que o homem é digno de dispor de liberdades, entre elas, de escolha, tem início com organização política da sociedade, quando se deu a transição do estado de natureza para o Estado civil, com o objetivo primeiro de preservar a vida.

A ideia de preservar a vida trazida ao centro do Estado civil vem da perspectiva de que a ilimitada liberdade do estado de natureza provoca um desassossego no homem que, por não ter regras a seguir, tem o “direito” de tudo fazer. Esse “direito” lhe permite, inclusive, o poder de vida e de morte. Ao trocar parte de sua liberdade por certa segurança, que só um poder soberano poderia lhe conferir, o homem faz nascer o Estado civil e com ele, o sistema jurídico.

A segurança imprescindível ao bem estar humano é garantida pelo sistema jurídico, que coercitivamente impõe normas de conduta que devem ser seguidas para que a vida em sociedade seja possível. O Direito é produto da sociedade, as criações jurídicas reproduzem relações sociais cujas necessidades não são absorvidas pela própria sociedade, o que requer a intervenção de “um terceiro imparcial” (Estado) para a solução dos conflitos. O Brasil colônia instituiu a imagem de um Estado soberano, com poderes ilimitados e comprometido com os interesses elitistas. Esse cenário perdurou por longo período histórico e culminou com a instituição do Estado democrático, que deu início a uma transformação no sistema jurídico.

No Brasil, o Estado democrático foi instituído em 1988 com a promulgação da Constituição Federal, significa dizer que se trata de uma democracia ainda adolescente, que veio em substituição a um rigoroso e perverso regime militar – iniciado em 1964. O regime militar que vigorou neste país é afamado pela violência com que conduziu os atos de repressão àqueles que dele se opunham, foram anos marcados por torturas, prisões arbitrárias e toda sorte de inibições aos direitos humanos e fundamentais.

Com o advento da Constituição Federal em 1988 e do novo Código civil, em 2002, encerrou-se uma fase da história do Direito, que tinha como base referencial os Direitos patrimoniais, e inaugurou uma nova fase que traz os Direitos humanos e sociais ao centro. Desta forma, o Direito à vida e o Direito à saúde ganham um espaço no mundo jurídico que até então não lhes pertencia.

Mais do que legitimar o Direito à vida e o Direito à saúde, a Constituição trouxe o princípio da dignidade humana como seu elemento norteador, o que significa uma verdadeira

inversão de valores. O que antes era tido como dispensável, passa a ser a razão de existir do Estado e da própria sociedade.

Essa inversão de valores aproximou o humano de sua humanidade, no entanto, sua (re)descoberta é fruto de um longo aprendizado que consiste em “por em prática” o que está disposto no texto constitucional, significa dizer que a transição do regime militar extremamente repressivo para um Estado democrático ainda não acabou, mas já demonstra sinais de que radicalismos exacerbados ficaram para trás, é o caso do momento pós-positivismo.

A sociedade em constante movimento, faz movimentar também o Direito positivo, que se readequa ao que se chama de pós-positivismo, significa que a lei por si só, é apenas um texto sem sentido. Daí o surgimento da interpretação textual, da hermenêutica jurídica e da aplicação dos princípios constitucionais, aos casos concretos. Essa constante evolução social faz aumentar as necessidades sociais, e aqui está claramente demonstrada a “sociedade dos contrastes”, quando paradoxalmente ao crescimento das inclusões, crescem as exclusões, quanto mais possibilidades de acesso, maiores serão as restrições ao acesso. Essas necessidades dão vida aos novos direitos, que se refletem nas manifestações individuais e/ou coletivas que pretendem efetivar (legitimar) direitos outorgados pela sociedade para a sociedade.

Neste cenário de evolução social, cumpre abordar o desenvolvimento biotecnológico, que sem dúvida, é um grande feito humano, demonstrando uma capacidade de criação e adaptação não identificada em qualquer outro animal. Todavia, o problema reside na forma com que os recursos são empregados. A expectativa de vida aumentou, hoje a população está mais velha, vive mais tempo mas sofre igualmente das doenças crônicas da velhice. A biotecnologia obteve sucesso em prolongar a expectativa de vida, mas novamente não triunfou sobre a natureza.

Enquanto a biotecnologia tenta tornar o ser humano imortal, sequer consegue mantê-lo saudável, a natureza é implacável e a técnica não é capaz de substituí-la, ao contrário, ainda é possível que se renda à ela. No cenário atual, a medicalização da vida tornou-se algo natural - embora existam organizações não governamentais que demonstram preocupação com essa avalanche de prescrições medicamentosas, sob a alegação de que é preciso mais Rita Lee e menos Ritalina³³² - no entanto, os fármacos se tornam cada vez mais acessíveis e cada vez

³³² FÓRUM sobre a medicalização da educação e da sociedade. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://medicalizacao.org.br>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

mais promissores. Contudo, eles se prestam a remediar situações e não servem como poder de “cura”, embora muitas pessoas já tenham esquecido este detalhe.

Não deveria ser dito que a morte é inevitável, porque todo ser humano tem consciência desse fato, no entanto, a referencia se faz em razão das possibilidades trazidas pela biotecnologia em relação aqueles enfermos que estão fora da expectativa de cura, em fase terminal e que são sistematicamente mantidos vivos pelo aparato tecnológico, sem que isso represente sua vontade.

Na mesma era em que os Direitos humanos ganham reconhecido espaço nas legislações mundo afora, as liberdades individuais são constrangidas em favor da sujeição dos indivíduos ao biopoder, os princípios da dignidade e da autonomia são preteridos aos “protocolos” pré-estabelecidos que se regem exclusivamente tendo a grande massa humana como pano de fundo, sem considerar as desigualdades entre os iguais, tornando a sociedade um lugar de liberdades restritas e sujeições em grande escala.

Que a sociedade é constituída de paradoxos não é novidade alguma, mas o desafio de lidar com uma sociedade de massas respeitando as individualidades talvez seja o ponto mais controvertido, já que valorar o ser humano é uma perspectiva que parte, necessariamente, do individual para o coletivo, e não o contrário. Também é transparente a impossibilidade de atender para cada necessidade isoladamente, inclusive, sob pena de ferir o princípio de Justiça (defendido por Tom L. Beauchamp e James F. Childress), sob a perspectiva de *justiça distributiva* – aquela que distribui equitativamente – no interior da sociedade.

Efetivamente, o Estado se mostra ineficiente no trato com as questões que envolvem necessidades sociais, no entanto, transformar os anseios sociais em “novos direitos” parece ser uma iniciativa fadada ao fracasso, uma vez que a maior parte dos chamados novos direitos surgem, justamente, da ineficiência estatal em dar suporte aos já instituídos Direitos.

Desta forma, o sistema jurídico fica sobrecarregado de demandas que buscam a confirmação de Direitos, especialmente aqueles relacionados à saúde dos indivíduos, em contraposição a um Estado que tem o dever de promover e garantir este Direito fundamental, mas não o faz. É justamente esta inexistência de preceitos, que converge ao que se chama de judicialização da saúde.

A judicialização da saúde entope as vias judiciais com demandas “desnecessárias” porque pretendem dar ao indivíduo o que já lhe pertence de Direito, ou seja, um leito hospitalar, uma intervenção cirúrgica, medicamento de uso contínuo e toda a sorte de elementos básicos e promordiais para a efetivação da saúde. Essas ações em larga escala são duplamente nefastas, em primeiro porque não deveria ser preciso confirmar Direitos e em

segundo, porque acaba por banalizar uma situação de extrema relevância que está acontecendo agora, sob o consentimento de toda a sociedade, que é o completo descaso pela vida e pela saúde da população. A forma com que a saúde pública é conduzida neste país viola o Direito à vida, o Direito à saúde, os Direitos da personalidade, o princípio da dignidade humana e o princípio da autonomia – para relacionar apenas os temas discutidos aqui -, sob os holofotes da sociedade.

No entanto, como se depreende da evolução histórica, a sociedade se caracteriza pela dinâmica dos acontecimentos, a sociedade não é algo estagnado, ao contrário, ela avança sistematicamente em busca de situações que reflitam seus anseios e necessidades. Conforme discorre Alain Touraine em sua obra: “Crítica da Modernidade”, os movimentos sociais que se avultam atualmente, demonstram revolta e inconformismo contra um poderio autoritário que mantém sob sua égide os poderes político, econômico e cultural.

Nos últimos anos, as manifestações sociais deixaram de ser privilégio de minorias e/ou categorias em busca de Direitos próprios, e se transformaram em manifestações coletivas com fundamento moral, isso quer dizer que os indivíduos despertam para uma nova fase de necessidades que ultrapassam as questões materiais.

É preciso atentar para a formação de um novo tipo de relações sociais, aquelas que estão inseridas nas atuais sociedades complexas, sob a forma de *relação reflexiva*, como afirma Niklas Luhmann, as quais pressupõem a distribuição dos centros de poder que, alternativamente exercem, ora o ofício de sujeição, ora o ofício de dominante. Significa que o poder passa do Estado ao cidadão, e do cidadão ao Estado, sendo que nem um nem o outro exercem o domínio absoluto. Embora o prognóstico que prevê esta aniquilação do poder absoluto não seja de todo benéfico, o fato é que a sociedade caminha para a rejeição do poder autoritário e a conseqüente valoração do indivíduo frente ao “mundo das coisas”.

É este complexo cenário paradoxal, repleto de incertezas, de possibilidades, de sujeições e de dominações, de tecnologia, de encontros e desencontros que compõe aquilo que se chama vida. A vida que independe de fatos e que, ao mesmo tempo, é formada por eles, a vida que é o elemento primordial de existência de todos os Direitos e que, através deles, se associa à saúde, à dignidade e a todos os demais elementos que são indispensáveis para dar azo à sua atual concepção. Desta forma, parece razoável (re)pensar que simplesmente deixar viver já não é satisfatório.

É certo que a evolução do sistema jurídico muito já alcançou, o Direito foi capaz de se despir de velhos hábitos e de inverter situações de cunho moral e econômico, no entanto, os tempos atuais requerem mais do que isso, enquanto a tecnologia se alastra por todos os

setores, vidas estão sendo postas em risco, perigos estão sendo criados e as soluções ainda permanecem no campo das ideais. A velocidade com que os fatos se desenrolam é um dos maiores inimigos do sistema jurídico, porque ele não consegue acompanhar a atualidade dos acontecimentos e, portanto, acaba reduzido a um Direito do passado.

O assunto aqui conduzido traça contornos do Direito à vida, lido como o mais fundamental de todos os Direitos. O Direito a morte digna, como parte integrante do Direito de viver, surge em razão do desenfreado avanço tecnológico da medicina e suas nefastas consequências àqueles que, fora de qualquer expectativa de cura, permanecem em estado de sofrimento tão avançado, quanto a própria terapia, uma artificiedade que está se moldando nos contornos da vida, no entanto, não deve ser imputada a todo e qualquer ser humano, como se o ato de decidir sobre o próprio corpo pertencesse a um poder situado fora do alcance do indivíduo. A condição humana sugere a liberdade de escolha, fundada no princípio da autonomia que é aquele que entende o indivíduo como capaz de gerir sua própria vida.

REFERÊNCIAS

ADONI, André Luis. Bioética e biodireito: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito à morte digna. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 818, 2003.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. 2. ed. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

AITH, Fernando. Perspectivas do direito sanitário no Brasil: as garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios para sua efetivação. In: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010.

SAYEG, Norton. **O que a doença de Alzheimer (DA)?** Disponível em: <<http://www.alzheimermed.com.br/perguntas-e-respostas/o-que-e-doenca-de-alzheimer-da>>. Acesso em: 01 maio 2014.

ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “dignidade” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (Org.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). **Quem somos**. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos>>. Acesso em: 01 maio 2014.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

ARNAUD, André-Jean; CAPELLER, Wanda. Cidadania e direito à saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.) **Introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: UNB, 2008. v. 4.

ÀVILA, Humberto. Teoria dos princípios. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 660.

BAERTSCHI, Bernard. **Ensaio filosófico sobre a dignidade**: antropologia e ética das biotecnologias. Tradução Paula Silva Rodrigues Coelho da Silva. São Paulo: Loyola, 2009.

BAEZ, Narciso Leandro Xaxier. Direitos humanos fundamentais e direitos humanos dependentes de fatores culturais – novos rumos de uma possível coexistência. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas (Org.). **a realização e a proteção internacional dos direitos humanos fundamentais**: desafios do século XXI. Joaçaba: UNOESC, 2011.

BARBOZA, Heloisa Helena. Biodireito. BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Bioética. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

BARRETO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Leituras de filosofia do direito**. Curitiba: Juruá, 2013.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

BERTI, Silma Mendes. Direitos da personalidade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 10, n. 39, mar. 2007. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1718>. Acesso em: 16 jun. 2014.

BILANCIA, Francesco. Positivismo giuridico e studio del diritto contituzionale. **Rivista Contituzionalismo it Contituzione e Ruolo dei Contituzionalisti**, [S.l.], n. 2, p. 161, 20 out. 2010. Disponível em: <<http://www.costituzionalismo.it/articoli/353/>>. Acesso em: 22 abr. 2014.

_____. **Studi in memoria de Bruno Carboni**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 205.

_____. **Thomas Hobbes**. 4. ed. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

_____. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. artigo 2º Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 6 jan. 2014.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 06 jan. 2014.

CAMATA, Gerson. **PL 6715/2009 Projeto de Lei**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para excluir de ilicitude a ortotanásia. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465323>>. Acesso: 1 jul. 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos**: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

COMTE-SPONVILLE, André. **Bom dia, angústia!** Tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. 22, 2013, São Paulo. **GT direito e novas tecnologias**. São Paulo, 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução n. 1.805, 28 de novembro de 2006**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 27 mar. 2014.

CONTRA o Alzheimer. Nos EUA, pesquisadores buscam a memória ideal. **Zero Hora**, Porto Alegre, ano 50, n. 17.735, 02 maio 2014.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Poderes Republicanos e a defesa do direito à saúde: evolução da proteção do direito à saúde nas Constituições do Brasil. In: ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Maria Célia; DINO NETO, Nicolao (Org.). **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: FIOCRUZ, 2013.

DIAS, Maria Clara. Direitos humanos. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

DUARTE, André. **Vidas em risco**: crítica ao pensamento em Heidegger, Arendt e Foucault. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

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

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: UNB, 1986.

_____. **I fondamenti della sociologia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1976.

ENGELMANN, Wilson (Org.). **As novas tecnologias e os direitos humanos**: os desafios e as possibilidades para construir uma perspectiva transdisciplinar. Curitiba: Honoris Causa, 2011.

_____. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do direito”: abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

_____. Direito natural. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

_____. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. O biopoder e as nanotecnologias: dos direitos humanos aos direitos da personalidade no código civil de 2002. In: INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS (Org.). **Simpósio internacional IHU**: o (des)governo biopolítico da vida humana. São Leopoldo: Casa Leiria, 2010, v. 01.

_____. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

FERES, Marcos Vinício Chein. Liberdade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Tradutora Leila Mendes. São Leopoldo: UNISINOS, 2007. p. 91.

FIUZA, Ricardo. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FÓRUM sobre a medicalização da educação e da sociedade. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://medicalizacao.org.br>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Graal, 2012. v. 1.

_____. **História da sexualidade: o uso dos prazeres**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. 13. ed. São Paulo: Graal, 2012. v. 2.

_____. **Nascimento da biopolítica**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 259.

_____. **Em defesa da sociedade**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FRANCO, Fernanda Santini.; SZYMANSKI, Heloisa. O método fenomenológico-hermenêutico na investigação de práticas educativas parentais. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA E ESTUDOS QUALITATIVOS, 4., 2010, São Paulo. **Anais Eletrônicos...** São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.sepq.org.br/IVsipeq/anais/artigos/87.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2014.

GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne o homem na idade da técnica**. Tradução José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 2006.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GOLDIM, José Roberto. Bioética e complexidade. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig. (Org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Bioética: paciente terminal**. Disponível em <<http://www.bioetica.ufrgs.br/pacterm.htm>>. Acesso: 02 jun. 2014.

_____. **Eutanásia**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanasi.htm>>. Acesso: 02 jun. 2014.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a material, forma e poder de um estado eclesiastico e civil**. 3. ed. Tradução Rosina D'angina. São Paulo: Ícone, 2008.

HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. 22. ed. Tradução Vidal de Oliveira. São Paulo: Globo, 2009.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

_____. **Técnica, medicina y ética**. Sobre la práctica del principio de responsabilidad. Barcelona: Paidós, 1997.

JULLIEN, François. Fundar a moral. **Diálogo de Mêncio com um filósofo das luzes**. Tradução Maria das Graças de Souza. São Paulo: Discurso Editorial, 2001.

JUNGES, José Roque. **Bioética**: perspectivas e desafios. São Leopoldo: UNISINOS, 1995.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Sarlet. (Org.). **Dimensões da dignidade**. ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KRELL, Andreas J. Direitos sociais. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

LINDEMANS, Micha F. **Leviathan**. Disponível em <<http://www.pantheon.org/articles/l/leviathan.html>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

MARQUES, Silvia Badim. **O direito ao acesso universal a medicamentos no Brasil**: diálogos entre o direito, a política e a técnica médica. 2011. 396 f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública. Universidade de São Paulo, Faculdade de Saúde Pública, São Paulo/SP, 2011. p. 294. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-31102011-100650/pt-br.php>> Acesso: 04 ago. 2014.

MENDES, Alexandre Fabiano. Liberdade. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 538.

MINHOTO, Laurindo Dias. Paradoxos da proteção juridical da saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.). **Introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: UNB, 2008. v. 4.

MORAES, Filomeno. Poder. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a forma, reformar o pensamento. 17. ed. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand, 2010.

_____. **O método 1: a natureza da natureza.** Tradução Ilana Heineberg. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2013.

_____. **O método 2: a vida da vida.** 4. ed. Tradução de Marina Lobo. Porto Alegre: Sulina, 2011.

_____. **O método 3: o conhecimento do conhecimento.** 4. ed. Tradução Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2012.

_____. **O método 4: as ideias: habitat, vida, costumes, organização.** 5. ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011.

_____. **O método 5: a humanidade da humanidade. A identidade humana.** 5. ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2012.

_____. **O método 6: ética.** 4. ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011.

NEDEL, José. **Ética aplicada: pontos e contrapontos.** São Leopoldo: UNISINOS, 2004.

NICOLESCU, Basarab. Fundamentos metodológicos para o estudo transcultural e transreligioso. In: COORDENAÇÃO EXECUTIVA DO CETRANS. **Educação e transdisciplinaridade II.** São Paulo: TRIOM, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Resolução nº 217, 10 de dezembro de 1948.** Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 01 maio 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição – OMS/WHO.** 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 06 jan. 2014.

PACIENTE. In: PRIBERAM dicionário. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/paciente>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

PESSOA, Fernando. **Livro do desassossego:** composto por Bernardo Soares, ajudante de guarda-livros na cidade de Lisboa/Fernando Pessoa. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

PINHO, Antonio Augusto Madureira de. Estado de natureza. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia política.** São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

QUINTANA, Mário. **Da primeira vez em que me assassinaram.** Disponível em: <<http://quintanaeterno.blogspot.com.br/2008/12/da-primeira-vez-em-que-me-assassinaram.html>>. Acesso em 26 ago. 2014.

RESTA, Eligio. **Diritto vivente.** Roma: Laterza, 2008.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes Thomas. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia política.** São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70042509562**, Vigésima Primeira Câmara Cível. Apelante: Associação do funcionários públicos do Rio Grande do Sul – AFRERGS. Apelado: Guilherme da Silva Benites. Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa. Porto Alegre, 01 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=dignidade+humana>>. Disponível em: 01 jul. 2014.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n. 70032799041**, Décima Segunda Câmara Cível. Agravante: Heliny Cristina Lucas Alho. Agravado: Fundação Universidade de Caxias do Sul. Relator: Cláudio Baldino Maciel. Porto Alegre, 06 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=transfus%3o+de+sangue+testemunha+de+jeov>>. Acesso em: 01 jun. 2014.

ROCHA, Leonel Severo.; ATZ, Ana Paula. Positivismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Morrer com dignidade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

RODOTÀ, Stefano. **Il diritto do avere diritto**. Roma: Laterza, 2012.

SANTOS, Lenir. Direito à saúde e qualidade de vida um mundo de correponsabilidades e fazeres. In: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade e intersubjetividade: a dimensão comunicativa e relacional da dignidade da pessoa humana como o reconhecimento pelo(s) outro(s). In: SARLET, Ingo Sarlet (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet.; LEITE, George Salomão (Org.). **direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SHAKESPEARE, William. **Obras escolhidas**. Traduções de Millôr Fernandes e Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2008.

SINGER, Peter. **Vida ética: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade**. Tradução de Alice Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 176.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

_____. Hermenêutica Jurídica. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 23.

TAYLOR, Paul. Ética universal e a noção de valor. In: CETRANS. **Educação e transdisciplinaridade I**. São Paulo: TRIOM, 2000.

TECMUNDO. **Medicina**. Curitiba, 2014. Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/medicina>>. Acesso em: 24 abr. 2014.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. Tradução Elia Ferreira Edel. 10. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. **Apostila de biotecnologia – CCA/UFSC**: MP Guerra & RO Nodari, Edição da Steinmacher. Florianópolis, 2006. Disponível em: <<http://fdgv.ufsc.br/Apostila%20Biotecnologia.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

VIAL, Sandra Regina Martini. A possibilidade da democracia e os seus limites na sociedade atual. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Orgs.) **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 239 – 262.

_____. Saúde e determinantes sociais: uma situação paradoxal. **Revista Comparazione e Diritto Civile**, Salerno, v. 1, p. 1-24, 2010.

_____. Sociedade complexa e direito fraterno. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário 2006 do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2007. p. 181 - 201.

_____. The right to die with dignity: socio-legal implications of the right to a dignified life and death in the brazilian experience. In: NEGRI, Stefania (Ed.). **Self-determination, dignity and end-of-life care**. regulating advance directives in international and comparative perspective. Leiden – Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. p. 355 - 377.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

*Nossa diversão chegou ao fim. Esses nossos atores, como lhe antecipei, eram todos espíritos e dissolveram-se no ar, em pleno ar, e, tal qual a construção infundada dessa visão, as torres, cujos topos deixam-se cobrir pelas nuvens, e os palácios, maravilhosos, e os templos, solenes, e o próprio Globo, grandioso, e também todos os que nele aqui estão e todos os que receberem por herança se esvanecerão e, assim, como se foi terminando e desaparecendo essa apresentação insubstancial, nada deixará para trás um sinal, um vestígio. Nós somos esta matéria de que se fabricam os sonhos, e nossas vidas pequenas tem por acabamento o sono.*³³³

³³³ SHAKESPEARE, William. **Obras escolhidas**. Traduções de Millôr Fernandes e Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2008. p. 283.