

**CONCEPÇÃO INDEVIDA, NASCIMENTO INDEVIDO E VIDA INDESEJADA:
COMO IMPLICAÇÕES DO DIREITO À VIDA OU DEVER DE VIVER**

**WRONGFUL CONCEPTION, WRONGFUL BIRTH E WRONGFUL BIRTH:
IMPLICATIONS OF SUCH RIGHT OR OBLIGATION TO LIVE**

José Francisco de Assis Dias¹

Gisele Keiko Kamikawa²

RESUMO: Elaboramos um breve estudo acerca da concepção não desejada, do nascimento indevido e da vida indesejada. Tratam-se de observações acerca da vida, como exercício de um direito ou de um dever. Relembraremos o julgamento da ADPF 54 MC-DF, acerca da interrupção de gravidez de feto anencefálico, com abordagem sobre a liberdade, autonomia da vontade e planejamento familiar. Falaremos da concepção indevida, nascimento indevido e vida indesejada. A abordagem da concepção indevida, nascimento indevido e vida indesejada implicam na apreciação do direito à vida, direito do concebido (nascer e de não nascer), direito da mulher em não ser sacrificada na cura dos filhos que não escolheu ter e o direito da sociedade em promover controle de nascimentos. Faremos considerações acerca da capacidade do ser humano buscar e alcançar a finalidade da existência humana: felicidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Vida; Dever de Viver; Deficiente; Dignidade da Pessoa Humana; Felicidade.

ABSTRACT: We developed a brief survey about the unwanted conception, birth of undue and unwanted life. These are observations about life, how to exercise a right or a duty. We recall the trial of ADPF 54 MC-DF, on the termination of pregnancy of anencephalic fetus with approach on freedom, freedom of choice and family planning. We'll talk about the improper design, improper unwanted birth and life. The approach of the improper design, improper birth and unwanted life imply the enjoyment of the right to life, the right of the unborn (right to born and right to not born), a woman's right not to be sacrificed in the healing of children who chose not to have the right of society promote birth control. We will try to make assumptions about the human capacity to seek and achieve the purpose of human existence is: happiness.

KEYWORDS: Right to Life; Duty to Life; Deficient; Dignity of Human Person; Happiness.

¹ Doutor em Direito Canônico pela Pontifícia Universidade Urbaniana, Cidade do Vaticano (2005); Doutor em Filosofia pela mesma Pontifícia Universidade Urbaniana, Cidade do Vaticano (2008). E.mail: jfad_br@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9950007997056231>

² Aluna do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR), Especialista em Direito Público e Direito Tributário. Advogada. E.mail: kamikawakeiko@gmail.com. Lattes: https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=CA62CE5E9CAD4CDD0315F6770CF22FC6#

1 INTRODUÇÃO

O direito à vida é tutelado na Constituição Federal no art. 5º, *caput*, que é previsto como um direito inviolável, dentro do capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, inserido no Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais). A personalidade se inicia no nascimento com vida, segundo o art. 2º do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida: mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Pode-se dizer que o direito fundamental é gênero, que abrange a espécie direito da personalidade. Ao lado da inviolabilidade do direito à vida, devemos lembrar que a dignidade da pessoa humana é um dos preceitos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, Constituição Federal). A dignidade da pessoa humana deve atuar como vetor indicativo e balizador da análise das situações concretas.

Sabe-se que muitas pessoas não utilizam de métodos contraceptivos, ou por falta de conhecimento ou por falta de recursos, não obstante a atuação do Sistema Único de Saúde. Há, inclusive, realização de procedimentos para esterilização cirúrgica. Para tanto, é necessário ter capacidade civil plena; ter no mínimo 2 filhos vivos e ter mais de 25 anos de idade, independentemente do número de filhos; manifestar por escrito a vontade de realizar a esterilização no mínimo 60 dias antes da realização da cirurgia; ter tido acesso a serviço multidisciplinar de aconselhamento sobre anticoncepção, assim como métodos anticoncepcionais reversíveis; ter consentimento do cônjuge.

O planejamento familiar é um direito a ser exercido pelo casal, garantido no art. 226, §7º da Constituição Federal, a seguir transcrito:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Nesse contexto de planejamento familiar, surge a abordagem dos casos de *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*. Partindo destas situações, nosso estudo objetiva observar se as pessoas neles envolvidas podem alcançar a finalidade da existência humana: felicidade.

2 CONCEITOS DE *WRONGFUL CONCEPTION*, *WRONGFUL BIRTH* E *WRONGFUL LIFE* E RESPECTIVA CONTEXTUALIZAÇÃO

Os termos *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life* são distinguidos por Rafael Peteffi da Silva³:

Wrongful conception refere-se aos casos de gravidez não planejada, falhas contraceptivas por parte dos médicos e posterior nascimento de uma criança saudável.

Wrongful birth trata dos casos de gravidez planejada, falha médica no período pré-natal, falha em testes genéticos e o posterior nascimento de uma criança deficiente.

Wrongful life trata dos casos de vida de uma pessoa que é acometida por deficiência física ou psicológica.

Os três casos acima são objetos discutíveis em lides judiciais, em que genitores - e até mesmo o próprio ser humano deficiente, litigam contra os médicos em uma ação de reparação de danos, com pedido de pensionamento.

Há tecnologia disponível utilizada em exames radiológicos e de aconselhamento genético que possibilitam a identificação de gestação de feto saudável ou de feto portador de algum tipo de anomalia.

O direito à vida é inquestionável, mas perquire-se se existe o direito de não nascer deficiente. Ora, ser deficiente implica em diversas implicações no cotidiano do ser humano, algumas listadas por Otto Marques da Silva⁴:

1. Amputações em vários níveis e membros;
2. Artrites em suas várias caracterizações;
3. Cegueira ou limitações de visão;
4. Defeitos de nascimento ou malformações;
5. Surdez ou reduções graves de audição
6. Afasia ou problemas de comunicação oral;
7. Desordens sanguíneas graves
8. Problemas cerebrais
9. Câncer nas muitas de suas caracterizações
10. Queimaduras em vários graus e localizações,
11. Desordens cardíacas de gravidades diversas;
12. Paralisia cerebral de intensidade diversas;
13. Fibrose cística

³ SILVA, Rafael Peteffi. *Wrongful conception, wrongful birth e wrongful life: indenização pelo nascimento de filhos indesejados e os recentes posicionamentos da jurisprudência brasileira*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10781&revista_caderno=7>. Acesso em: 18 jan. 2014.

⁴ SILVA, Otto Marques da. *A EPOPÉIA IGNORADA--A Pessoa Deficiente na História do Mundo de Ontem e de Hoje*. São Paulo--CEDAS, 1987, p. 14-15.

14. Problemas de abuso de medicamentos ou de álcool
15. Epilepsia
16. Diabete
17. Problemas renais
18. Doenças mentais de mais variadas intensidades
19. Deficiências mentais nos variados graus
20. Esclerose múltipla
21. Distrofia muscular
22. Gota em suas manifestações mais graves
23. Desordens neurológicas diversas
24. Fraturas e problemas ortopédicos mais variados
25. Problemas respiratórios e/ou pulmonares
26. Paralisias (paraplegia, tetraplegia, hemiplegia)
27. Fissuras labiopalatais
28. Hemofilia
29. Síndrome incapacitante diversas
30. Hanseníase
31. Paralisia infantil
32. Incapacidade múltiplas
33. Doenças crônicas
34. Doenças terminológicas transmissíveis

Ser portador de uma deficiência influi com profundidade na própria existência do ser humano deficiente e abrange também influências na vida das pessoas que o circundam: pais, cônjuge, familiares, amigos e comunidade em que convive.

Nem todas as pessoas têm preparo suficiente para ser e aceitar sua própria deficiência ou a de um familiar. Ser deficiente e conviver com o deficiente requer trazer consequências podem perdurar durante toda a vida. Estas consequências abrangem: a inclusão das pessoas deficientes, reabilitação adequada, capacitação para a vida e trabalho. Tudo isso requer condições financeiras e psíquicas para uma vida adaptada, para a qual nem todos tem preparo e estrutura suficiente.

3 VIDA EM GERAL

O feto pode vir a nascer, quando adquirirá personalidade. Em nossa humilde opinião, o feto tem ligação quanto à potência e ao ato. Ato e potência foram estudados por São Tomás de Aquino, explicados pelo Édouard Hugon⁵:

O que pode ser está em potência, o que já é está em ato: a criança de um dia é filósofo em potência, o escritor que publicou um tratado de metafísica é filósofo em ato [...]. Assim, a potência e ato se explicam e se definem pelas

⁵ HUGON, Édouard O P. **Os princípios da filosofia de São Tomás de Aquino**: as vinte e quatro teses fundamentais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998, p. 41.

suas relações mútuas: a potência é como uma capacidade, um esboço, um começo. O ato é o complemento, a potência é tudo que pode ser aperfeiçoado; o ato é a perfeição ou aquilo que a realiza.

Potência e ato referem-se à essência, segundo Padre Édouard Hugon⁶, ao estudar São Tomás de Aquino:

A criatura corporal é, na sua essência mesma, composta de potência e de ato, os quais, em relação à essência, se chamam matéria e forma. [...]. Na criatura corpórea, a potência o ato são da mesma ordem que a própria essência. Esta é composta de um princípio que determina, confere a perfeição específica, que se chama forma substancial.

Mas em que consiste a vida? Maine de Bairen⁷, reproduzido por Pietro de Jesus Lora Alarcón, considera que a vida pode ser estudada nos seguintes aspectos:

Há três tipos de vida que se ligam ao homem: a) *a vida animal*, caracterizada por impressões, apetites e movimentos, orgânicos na sua origem e regidos pela lei da necessidade; b) *a vida humana*, fruto da vontade livre e da consciência de si; c) *a vida do espírito*, que começa no momento em que a alma, liberta do jugo das inclinações inferiores, se volta para Deus e encontra nele a sua força e seu repouso.

Em nosso estudo, pretendemos nos centrar na vida humana, dotada da liberdade, consciência, autonomia e livre-arbítrio, para escolha dos caminhos a serem seguidos pelo ser humano.

A vida, segundo Severino Pedro da Silva⁸, inclui os aspectos de movimento imanente. Parece-nos que a vida requer capacidade de auto-reprodução e desenvolvimento por si (sem forças externas). Nicola Abbagno⁹ aponta diferenças entre *vita* e *vitalismo*:

A disputa entre vitalismo e mecanicismo (v. VITALISMO) versa sobre o seguinte: o mecanicismo afirma que a Vida é devida a certa organização físico-química da matéria corpórea, enquanto o vitalismo considera que essa

⁶ HUGON, Padre Édouard, O P. **Os princípios da filosofia de São Tomás de Aquino**: as vinte e quatro teses fundamentais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998, p. 89.

⁷ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano – e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Método, p. 42.

⁸ SILVA, Severino Pedro da. **O homem, corpo, alma e espírito**. 11 ed. Rio de Janeiro. Casa Publicadora das Assembleias de Deus. 2003.

⁹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 1012.

organização não é suficiente, e que a Vida depende de um princípio de natureza espiritual, que é, p. ex., a *archeus* de Helmont, a *natureza plástica* de Cudworth, o *dominante* de Reinke, a *enteléquia* de Driesch, o *elã vital* de Bergson.

Battista Mondin¹⁰ aponta que a vida possui três características: a) poder de crescer e desenvolver-se; b) poder de responder aos estímulos externos ou capacidade de excitação; c) poder de se reproduzir segundo a própria espécie. Assim, o Autor explica que a vida implica em existência de movimento que parta do interior:

A vida é essencialmente movimento. Mas se se reconhece isso e também que se trata de movimento que não é causado pelo exterior e sim pelo interior, é fácil compreender como tal movimento não é explicável senão reconhecendo a existência de princípio intrínseco, fonte interna que o produz. A esse princípio interior das manifestações vitais, dos tempos mais remotos, os filósofos e o homem da rua deram o nome de alma.

Kant, reproduzido por Alarcón¹¹, lembra que a pessoa é capacidade de se autodeterminar:

Conclui Kant que a diferença entre indivíduo e pessoa é que apesar de toda pessoa ser um indivíduo, o homem, pessoa, é, sobretudo, liberdade, pois é capaz de se autodeterminar. É precisamente esta natureza que lhe confere uma diferenciação, o indivíduo humano, na verdade, constitui um fim em si mesmo, e, por isso, tem valor absoluto, não podendo ser usado como instrumento de algo, e justamente por isto, tem *dignidade*, é pessoa.

Battista Mondin¹² acrescenta que a vida humana é diferente de outros seres vivos pelos seus níveis espirituais: “A vida humana se distingue da dos animais e dos outros seres vivos, pelos níveis espirituais que atinge e pelas dimensões sociais que alcança: por isso se pode falar em vida espiritual, vida intelectual, vida social, vida política, etc.”

Interessantes são as observações de Battista Mondin¹³, para quem o homem sabe se propor problemas, apreciar coisas, o que lembra a capacidade de raciocínio:

¹⁰ MONDIN, Battista. **O homem: quem é ele? Elementos de antropologia filosófica**. Traduziram R. Leal Ferreira e M. A Ferrari. 12. ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 50-51.

¹¹ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano – e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Método, p. 51-52.

¹² MONDIN, Battista. **O homem: quem é ele? Elementos de antropologia filosófica**. Tradução de R. Leal Ferreira e M. A Ferrari. 12. ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 60.

¹³ MONDIN, Battista. **O homem: quem é ele? Elementos de antropologia filosófica**. Tradução de R. Leal Ferreira e M. A Ferrari. 12. ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 61.

Distingue-se, além disso, pela atitude nova que o homem possui nos confrontos da vida: homem propõe-se o problema da vida, aprecia a beleza da vida, deseja melhorar a sua forma de vida, tende a transcender os limites do espaço e do tempo nos quais sua vida está confinada. Ele pode elaborar o seu próprio conceito de vida perfeita e é por essa vida que ele sente fascínio ardente. O homem é dono da própria vida, pode em larga escala controlá-la, dirigi-la e aperfeiçoá-la.

A vida humana caracteriza-se, enfim, por uma riqueza e variedade estupendas. Os animais, mesmo os mais evoluídos, fazem as mesmas coisas: comem, bebem, dormem e reproduzem-se e o fazem sempre do mesmo modo, com extrema monotonia. Ao contrário, os homens têm uma vida variadíssima: dorme, mas são capazes de resistir ao sono por dias e dias, em caso de necessidade; bebem e comem, mas servindo-se da maior variedade de comidas e bebidas e segundo os mais diversos modos; divertem-se combinando continuamente os próprios passatempos: estudando, trabalhando, pensando, rezando, etc.

Dworkin¹⁴ entende que o Estado não tem o poder constitucional de declarar se o feto é uma pessoa e, ainda, de proteger seus interesses à custa dos direitos constitucionais dos cidadãos, porque ainda não são pessoas.

Battista Mondin¹⁵ lembra que o conceito de pessoa leva a requisitos de autonomia, individualidade, incomunicabilidade, unidade, que não pode ser violado e repartido com outros. O homem se diferencia por sua abertura intencional, com capacidade de autonomia do ser, autoconsciência, comunicação e autotranscendência¹⁶:

O homem é pessoa porque é dotado de um modo de ser que supera nitidamente o modo de ser das plantas e dos animais. Ora, o que é absolutamente peculiar ao seu ser com relação ao das outras coisas deste mundo é que, não obstante a sua autonomia no ser, não obstante a sua clausura ontológica, não obstante a sua força individual (tanto no conhecer quanto no querer), pela qual é capaz de toda sorte de comunicação com as coisas, com os outros, com Deus. Observamos também, que graças a essa abertura fundamental o homem se auto-transcende sistematicamente em todas as direções. Portanto, a pessoa é constituída por quatro elementos principais: autonomia quanto ao ser, autoconsciência, comunicação e auto-transcendência. Podemos definir a pessoa como indivíduo dotado de autonomia quanto ao ser, de autoconsciência, de comunicação e de auto-transcendência.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 160.

¹⁵ MONDIN, Battista. **O homem: quem é ele? Elementos de antropologia filosófica**. Tradução de R. Leal Ferreira e M. A Ferrari. 12. ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 302.

¹⁶ MONDIN, Battista. **O homem: quem é ele? Elementos de antropologia filosófica**. Tradução de R. Leal Ferreira e M. A Ferrari. 12. ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 302-303.

Por fim, parece-nos que para estar vivo, é necessário que o ser humano: possa crescer e se desenvolver; possa responder aos estímulos externos ou capacidade de excitação; tenha capacidade se reproduzir segundo a própria espécie. Útil reiterar o conceito de pessoa, elaborado por Battista Mondin¹⁷, cujos requisitos incluem: autonomia, individualidade, incomunicabilidade, unidade, abertura intencional, capacidade de autonomia do ser, autoconsciência, comunicação e auto-transcendência.

4 DIREITO DE NASCER, NÃO NASCER e NÃO VIVER

A existência do direito à vida é irrefutável, o que implica em direito a nascer, como explica José Francisco de Assis Dias¹⁸:

Para dar uma ideia mesmo somente aproximativa da amplitude e da relevância do debate sobre o aborto procurado, devemos considerar que ele compreende, além do tema do direito à vida, *strictu sensu*, ou seja, o direito a não ser assassinado, também o *direito a nascer, a não ser deixado morrer e a ser mantido em vida ou direito à sobrevivência*.”(Com destaque no original).

Baseado no pensamento de Norberto Bobbio, Dias¹⁹ defende que deve-se dar preferência ao direito de nascer: “Segundo Bobbio, antes de tudo deve prevalecer o direito fundamental do concebido, aquele direito de nascer sobre o qual não se pode transigir. Pode-se falar de despenalização do aborto procurado, mas não pode ser moralmente indiferentes diante dele.

O Autor estudioso de Bobbio ainda lembra que existem o segundo e terceiro direitos na relação abortiva²⁰:

Bobbio reconheceu também um segundo direito nesta relação abortiva: o direito da mulher a não ser sacrificada na cura dos filhos que não escolheu de ter. reconheceu também um terceiro direito: o direito da sociedade em geral e também das sociedades particulares a não ser super-populadas e, portanto a exercitar o controle dos nascimentos. É verdade que são direitos

¹⁷ MONDIN, Battista. **O homem: quem é ele? Elementos de antropologia filosófica**. Traduziram R. Leal Ferreira e M. A Ferrari. 12. ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 302-303.

¹⁸ DIAS, José Francisco de Assis. **Aborto? Sou contra!** Os argumentos anti-abortistas de Norberto Bobbio (1909-2004). 2. ed. Maringá, PR: Humanitas vivens, 2011. P. 115.

¹⁹ DIAS, José Francisco de Assis. **Aborto? Sou contra!** Os argumentos anti-abortistas de Norberto Bobbio (1909-2004). 2. ed. Maringá, PR: Humanitas vivens, 2011. P. 116.

²⁰ Idem.

incompatíveis, observou Bobbio; e, quando nos encontramos diante de direitos incompatíveis, a escolha é sempre dolorosa.

Christian de Paul de Barchifontaine²¹ indaga se existe o direito a não nascer deficiente:

O reconhecimento ou a afirmação de um direito a não nascer deficiente questiona tanto a lógica dessa afirmação, como as consequências práticas que podem surgir. A primeira delas é que esta afirmação poderia se aplicar a pais que, corretamente informados do diagnóstico de uma provável deficiência da criança para nascer, decidiram conscientemente deixar o feto se desenvolver e acolhê-lo com sua deficiência. Nesse caso, as pessoas (os pais) conscientemente se opuseram a este novo direito reconhecido as crianças, o de não nascer com uma deficiência julgada insuportável.

Barchifontaine²² continua a explicar consequências jurídicas do nascimento do deficiente:

Podemos distinguir duas situações. Uma, infelizmente frequente, em que a deficiência neuropsíquica é tão severa que a ação é tentada ficticiamente em nome da criança, sem que ninguém possa, na realidade, prejudicar qual seria sua opinião se pudesse dá-la. A outra situação é aquela na qual o requerente seria autenticamente a pessoa deficiente, que imputaria a responsabilidade de seus sofrimentos e de sua vida difícil aos médicos responsáveis por um erro de diagnóstico, e até aos pais por recusarem um diagnóstico ou a interrupção de gravidez.

Ronald Dworkin²³ lembra que o ser humano não pode ser tratado como objeto, reportando-se a Kant:

O próprio Dworkin, por sua vez, acaba reportando-se direta e expressamente à doutrina de Kant, ao lembrar que o ser humano não poderá jamais ser tratado como objeto, isto é, como mero instrumento para a realização dos fins alheios [...] e que as pessoas nunca poderão ser tratadas de tal forma que se venha a negar a importância distintiva de suas próprias vidas.

²¹ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. Nascer ou não com graves deficiências congênitas? Algumas interpelações bioéticas. In: **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Sociedade Brasileira de Bioética; Edições Loyola. 2. ed. Outubro de 2004, p. 248.

²² BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. Nascer ou não com graves deficiências congênitas? Algumas interpelações bioéticas. In: **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo – SP. Centro Universitário São Camilo. Sociedade Brasileira de Bioética. Edições Loyola. 2. ed. Outubro de 2004, p. 249.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 56.

Ora, o ser humano não pode ser tratado como objeto, devendo-se buscar e realizar sua dignidade, que é preceito da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, III, CF, abaixo reproduzido:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

Considerando a dignidade da pessoa humana, não se pode ignorar que cheia de complexidades é a vida do deficiente, tanto para ele próprio como para seus familiares.

Uma vez nascido deficiente, com erro ou não durante os exames precedentes à gestação, quem cuidaria dele na ausência de seus pais e familiares? Estaria ele condenado a receber cuidados de terceiros no dia-a-dia por toda a sua vida? Esses eternos cuidados para atos do cotidiano lhe garantem uma existência digna? São algumas indagações que merecem ser estudadas em cada caso concreto, atendo-se a cada paciente e cada unidade familiar, sem generalizações e respostas prontas.

Se lembrarmos que o homem é um animal que pensa, com capacidade de autonomia, discernimento, liberdade, o viver sob dependência de atos de solidariedade de terceiros pode não configurar uma vida revestida de dignidade.

5 VIVER: DIREITO OU DEVER?

O direito à vida é objeto de tutela no art. 5º, *caput* da CF. Indaga-se se, ao lado do direito à vida, existe o dever de viver, puro e simples, independentemente de qualidade de vida, dignidade da pessoa humana, capacidade de autonomia e liberdade.

José Francisco de Assis Dias²⁴ apresenta os significados positivos do direito à vida, ao lembrar que assegura a defesa de atos nocivos à própria vida:

A expressão direito à vida referida ao Homem, na sua acepção mais comum, pode significar o fundamento jurídico constitucional, que na sociedade de direito assegura aos cidadãos a defesa da morte, do ferimento ou de atos nocivos à própria vida da parte de outros. É quanto entende o V mandamento do Decálogo:

²⁴ DIAS, José Francisco de Assis. **Aborto? Sou contra!** Os argumentos anti-abortistas de Norberto Bobbio (1909-2004). 2ed. Maringá-Pr. Humanitas vivens, 2011, p. 57.

O mesmo autor²⁵ esmiúça outros significados do direito à vida:

Significa também o direito do morrente a receber cuidados intensivos a fim de não perder a vida; [...]

Direito à vida pode significar ainda o direito subjetivo a não dever por em perigo a própria vida, senão em casos gravíssimos previstos pela Lei ou pela moral comumente compartilhada. [...]

Ainda pode significar o direito de um feto de receber o necessário para que possa chegar ao nascimento saudável;

Direito à vida também pode significar o direito de suicidar-se, não mais submetido à punição pelos sistemas penais.

Jose Francisco de Assis Dias²⁶ defende a existência do dever de não matar:

Direito' e 'dever' são, portanto, termos correlativos como pai e filho. Não pode existir um dever sem um direito e vice-versa. Ao dever de não matar pressupõe o direito de não ser morto, ou seja, o direito de viver. Ao direito de viver corresponde, como consequência, no outro, indivíduo humano – ou outros – da relação social, o dever de 'não matar'.

Segundo Nicola Abbagnano²⁷, direito é:

Em sentido geral e fundamental, a técnica da coexistência humana, isto é, a técnica que visa a possibilitar a coexistência dos homens. Na história do pensamento filosófico e jurídico, sucederam-se ou entrecruzaram-se quatro concepções fundamentais sobre a validade do Direito. 1ª a que considera que o Direito positivo (conjunto dos direitos que as várias sociedades humanas reconhecem) baseia-se num Direito *natural* eterno, imutável e necessário; 2ª a que julga o Direito fundado na moral e o considera, portanto, uma forma diminuída ou imperfeita de moralidade; 3ª a que reduz o Direito à *força*, ou seja, a uma realidade histórica politicamente organizada; 4ª a que considera o Direito como uma *técnica* social.

Ao passo que, quanto ao dever, pode ser definido por Nicola Abbagnano²⁸ como:

²⁵ DIAS, José Francisco de Assis. **Aborto? Sou contra!** Os argumentos anti-abortistas de Norberto Bobbio (1909-2004). 2ed. Maringá-Pr. Humanitas vivens, 2011, p. 57-58.

²⁶ DIAS, José Francisco de Assis. **NÃO MATARÁS! A vida humana como valor primordial no pensamento de Norberto Bobbio**. 2. ed. Maringá, PR: Humanitas vivens, 2011, p. 40.

²⁷ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 278.

²⁸ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 265-266.

Ação segundo uma ordem racional ou uma norma. Em seu primeiro significado, essa noção teve origem com os estóicos, para os quais é dever qualquer ação ou comportamento, do homem ou das plantas e animais, que se conforme à ordem racional do todo. "Chamam de dever", diz Diógenes Laércio (VII, 107-09), "aquilo cuja escolha pode ser racionalmente justificada... Entre as ações realizadas por instinto, algumas o são de dever, outras contrárias ao dever, algumas não estão ligadas a ele nem dele desligadas.

A partir da vida, toma-se decisão acerca da morte, como observa Franklin Leopoldo e Silva²⁹, para quem direito e dever estão dissociados:

A vida como dever também é inseparável da vida como direito. Isso significa que o dever de viver não ocorre fora das condições de possibilidade do direito à vida com dignidade. O risco que se corre nas circunstâncias de terminalidade e que o sujeito de direito seja visto como um objeto de ações médicas que não levem em conta a autodeterminação essencial, mesmo quando ela não pode ser exercida de fato. A preservação da dimensão do direito e a preservação da autonomia subjetiva, pois a condição de sujeito e algo que existe de direito e que nenhum fato pode contrariar.

Marcelo Antonio da Silva³⁰ entende que viver é um direito e, também, um dever:

Viver é um direito inalienável de todo indivíduo humano, pois se trata de um bem fundamental que ele tem, desde o momento de sua concepção. E, podemos dizer que, viver é também um dever que cabe a esse indivíduo, enquanto a sua vida estiver determinada pelo respeito e pela busca da promoção de valores autenticamente humanos, como a dignidade e o seu bem integral.

Difícil compreender como viver pode ser, simultaneamente, um direito e um dever. Consideramos difícil atingir tal compreensão porque, o viver como um dever parece implicar em manutenção da vida biológica, sem que, necessariamente, haja concordância com o estado de vida em que se encontra: paciente terminal, deficiente físico ou mental desprovido de autonomia e liberdade. São exemplos de situações em que, não necessariamente, a vida é exercida com prazer, deleite avesso à dor e sofrimento.

²⁹ LEOPOLDO E SILVA, Franklin. Viver: um direito? Um dever? **Revista Bioethikos** – Centro Universitário São Camilo. 2012; 6:339-347. Disponível em: <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/mundo_saude/96/10.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2014. [p. 341]

³⁰ SILVA, Marcelo Antonio da. **Viver: um direito? Um dever?** *Revista Bioethikos* – Centro Universitário São Camilo. 2012;6:339-347. Disponível em: <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/mundo_saude/96/10.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2014. [p. 345]

Considerando este enfermo terminal ou deficiente que, vivo sob o aspecto biológico, com ou sem capacidade de autonomia e liberdade, indagamos se este ser humano possui potencial para visualizar deleite da vida, dentro de suas condições de saúde que o conduzem para uma vida muito debilitada, para a qual sempre necessita de auxílio de terceiros para os atos mais simples do cotidiano. Se a resposta for negativa, ou seja, incapaz de perceber o prazer de viver, com deleite, será que é adequado, razoável e digno mantê-lo vivo, submetido a cuidados básicos e dependência de familiares ou funcionários.

6 MORTE

A morte sempre conduz o ser humano a um temor, receio, rejeição. Os brasileiros de modo geral, temem, inclusive, qualquer raciocínio acerca deste termo final da vida. A morte pode ser considerada um evento (ocasião única, fatal) ou um processo (sucessão de eventos). Não temos a pretensão de exaurir soluções às questões acerca da morte. Aponta-se, em nosso cotidiano, a existência de diversos questionamentos com relação ao termo final da vida:

- Morte: processo ou evento?
- Como as definições da morte influem sobre as conceituações da eutanásia e da ética dos transplantes?
- Que valores estão se defrontando nas discussões acerca do morrer com dignidade?
- Iniciados nas variações da ritualização da morte através das culturas, como julgados os comportamentos de nossa civilização a este respeito?
- Em que medida o doente tem direito a informações objetivas sobre seu caso (diagnóstico, resultados de análise, prognóstico, opções terapêuticas)?
- Em que contexto o doente pode exercer um direito de recusa ao tratamento proposto ou já programado?
- Deve o médico perseguir a vida a qualquer preço? Ou apenas a vida que merece a qualificação de vida humana?

No Brasil, algumas das questões são regulamentadas pelo Conselho Federal de Medicina, por meio de suas resoluções. O art. 1º da Resolução 1805/2006 do CFM³¹ prevê a limitação ou suspensão de procedimentos e tratamentos do paciente: “**Art. 1º** É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente

³¹ BRASIL, Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.805, de 09.11.2006**, publicada no Diário Oficial da União em 28.11.2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 26 jan. 2014.

em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”, com respeito à vontade do paciente ou de seu representante legal, esclarecendo ao paciente ou seu representante legal cada situação.

Veda-se, inclusive, que o médico deixe de obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal acerca do procedimento a ser realizado, salvo risco de morte, de acordo com o art. 22 do Código de Ética Médica, Resolução 1931/2009 do CFM³² a seguir reproduzido: “Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”.

Battista Mondin³³ observa que a vida tende à morte: “Ora, dado que a vida teve origem no mundo inorgânico, a vida tende a retornar para a substância inorgânica: a vida tende para a morte; o escopo da vida é, portanto, a morte.”

Dworkin³⁴ relata que, a família reconhece que o paciente já se encontra em estado vegetativo irreversível, mas a tecnologia permite manter vivo o paciente, até por muitos anos, podendo se utilizar de diretiva antecipada:

Os médicos dispõem de um aparato tecnológico capaz de manter vivas – às vezes por semanas, em outros casos, por anos – pessoas que já estão à beira da morte ou terrivelmente incapacitadas, entubadas, desfiguradas por operações experimentais, com dores ou no limiar da inconsciência de tão sedadas, ligadas a dúzias de aparelhos sem os quais perderiam a maior parte de suas funções vitais. [...] Hoje, todos os estados norte-americanos reconhecem alguma forma de diretiva antecipada: ou os testamentos de vida (documentos nos quais se estipula que certos procedimentos médicos não devem ser utilizados para manter o signatário vivo em circunstâncias específicas) ou as procurações para a tomada de decisões em questões médicas (documentos que indicam uma outra pessoa para tomar decisões de vida e morte em nome do signatário quando este já não tiver condições de tomá-las)

Dworkin³⁵ traz relevantes indagações acerca da manutenção arbitrária da vida:

³² BRASIL, Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.931 de 24.09.2009**, republicada no Diário Oficial da União em 13.10.2009. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.pdf >. Acesso em: 26 jan. 2014.

³³ MONDIN, Battista. **O homem: quem é ele? Elementos de antropologia filosófica**. Tradução de R. Leal Ferreira e M. A Ferrari. 12. ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 312.

³⁴ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 252.

³⁵ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 255.

Quer dizer, porém, de um paciente que ainda não fez tal testamento e cujos parentes ou médicos agora pensam que a morte está entre seus interesses fundamentais? Que poderes tem um estado que se defronta com uma decisão dessas? E Qual é o limite entre o que uma pessoa pode solicitar, para si mesma e para outros, e aquilo que o estado pode recusar? As pessoas podem exigir, em diante o disposto em seus testamentos de vida, que não querem ser mantidas vivas artificialmente. Mas não podem exigir, como o determina o direito atual, que alguém as mate. Onde se vai traçar a linha divisória entre não ser mantido vivo e ser morto? Um estado pode proibir que os médicos dêem a seus pacientes doses de morfina que talvez os matem, mas que aliviem suas dores?

Existe, ainda, a possibilidade de diagnóstico equivocado e novos tratamentos, o que só se descobre em momento tardio, sem que fosse salva a vida do ser humano, conforme demonstra Dworkin³⁶:

Quais são os riscos de que pessoas venham a pedir para morrer depois de receberem um diagnóstico errado, ou que morram antes que se descubram ou desenvolvam novos tratamentos que podiam salvar suas vidas se tivessem esperado? Até que ponto esses riscos podem ser diminuídos pelas juntas de revisão médica, pelos períodos de espera e por outros procedimentos do gênero?

Para Ronald Dworkin,³⁷ as pessoas devem decidir sobre sua própria morte, em determinados casos:

Consciente e competente. [...] De acordo com o direito norte-americano, a não ser em situações excepcionais, as pessoas em pleno controle de suas faculdades mentais podem recusar um tratamento médico, mesmo que tal recusa implique em sua morte. Daí não se segue, porém que, uma vez ligadas a aparelhos que ajudem a mantê-las vivas, tais pessoas tenham o direito legal de pedir que esses aparelhos sejam desligados, pois tal procedimento implica a assistência de outras pessoas a sua morte, e o direito da maioria dos estados e dos países ocidentais proíbe o suicídio assistido. Não obstante, muitos médicos tem se mostrado dispostos a desligar os aparelhos que mantêm vivos os pacientes terminais sempre que estes lhes imploram para fazê-lo.

Dworkin³⁸ também lembra casos de pacientes que perderam sua consciência ou estão incapazes de atender às necessidades.

³⁶ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 256.

³⁷ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 257.

Consciente mas incompetente. Estudos recentes sugerem que cerca de quarto à metade das pessoas acima de oitenta e cinco anos – um segmento cada vez maior da população total – encontra-se seriamente afetada pela demência e que a causa principal do problema é o mal de Alzheimer. Nos estágios avançados dessa doença progressiva, as vítimas já perderam toda a memória e todo sentido de continuidade do eu e são incapazes de atender a suas próprias necessidades ou funções.

O enfermo que goza de autonomia leva em consideração os custos de seu tratamento, os cuidados que lhes são dispensados, situação para com seus parentes e amigos. O paciente fica, então, vulnerável às pressões, como alerta Ronald Dworkin³⁹:

As pessoas acreditam que se deveria permitir que os pacientes competentes planejassem sua própria morte, com a assistência de médicos dispostos a ajudá-los se assim o desejarem, invocam frequentemente o princípio de autonomia. [...]. Mas alguém que sofra de uma doença terminal e, cujos cuidados sejam caros ou penoso, ou cuja situação seja consternadora para parentes e amigos, pode sentir-se culpado pelo dinheiro gasto e pela atenção que involuntariamente exige. Tal pessoa torna-se especialmente vulnerável às pressões: pode preferir que um médico nem mesmo a coloque diante do impasse de optar ou não pelo suicídio medicamente assistido, pode preferir que a questão nunca seja colocada, ou decidir que nem mesmo tem o direito de pedir que lhe tirem a vida.

Ronald Dworkin⁴⁰ aponta que um testamento pode solucionar dúvidas sobre qual decisão tomar sobre o enfermo terminal, categoria na qual ousamos incluir o deficiente e/ou uma pessoa inconsciente. Ainda assim, resta a possibilidade de que o paciente mudasse de ideia:

As pessoas também se preocupam com a proteção à autonomia, ainda que de modo diferente e por diferentes razões, quando o paciente está inconsciente, como foi o caso de Nancy. Podemos respeitar a autonomia de alguém que se tornou inconsciente apenas se nos perguntarmos qual teria sido a decisão de tal pessoa em condições apropriadas, antes de tornar-se incompetente. Isso pode parecer fácil quando o paciente assinou um testamento de vida determinando o que deve ser feito em tais circunstâncias, ou quando expressou seus desejos de modo menos formal, mas ainda assim eloquente –

³⁸ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 267.

³⁹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 268.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 268.

por exemplo, repetindo-o muitas vezes a seus parentes. Mesmo em tais casos, porém, não há garantia de que não viria a mudar de ideia em algum momento posterior a última declaração formal ou informal, ou que não mudaria de ideia se tivesse voltado a refletir sobre a questão.

Familiares e amigos costumam se basear no que seria coerente com a personalidade do enfermo, se ela não deixou explícito seu desejo, segundo Dworkin⁴¹:

Se uma pessoa não explicitou seus desejos, formal ou informalmente, então é certamente possível que nunca tenha pensado no assunto, nem que tenha qualquer opinião sobre ele. Nesse caso, os parentes poderiam perguntar-se se tal pessoa se tivesse pensado no assunto. Este é um juízo muito arduo, uma vez que tudo depende do contexto em que se imagine estar. Nossa pergunta remete ao que a pessoa em questão teria pensado depois de ler um determinado romance, ou de ouvir um argumento específico? Ou em ausência de qualquer discussão ou argumento? Estaria de bom humor ou deprimida? Mesmo assim, muita gente realmente acredita que pode, acertadamente imaginar o que algum parente ou amigo teria desejado fazer. Em geral, a opinião das pessoas se baseia em sua percepção do que seria mais coerente com a personalidade do doente.

A personalidade do enfermo costuma ser utilizada pela família para argumentar pela manutenção ou interrupção do suporte à vida, o que protegeria a autonomia do paciente, segundo Dworkin⁴²:

Esses apelos da família à personalidade do paciente, oferecidos para mostrar que o suporte vital deveria ou não ser interrompido, costumam ser apresentados como um sinal eloquente do que o paciente teria decidido por si próprio. Assim entendido, tem por objetivo proteger a autonomia do paciente. É preciso lembrar, contudo, que também podem ser entendidos de maneira diferente: como argumentos sobre o que atenderia aos interesses fundamentais do paciente. Nesse caso, apelam à ideia de que para uma pessoa é melhor viver uma vida estruturada por um tema e, inclusive, levá-las às últimas consequências. Esses apelos, por exemplo, contêm o argumento de que, tendo em vista que o paciente passou toda a sua vida lutando, inclusive, nas situações que pareciam irremediáveis, é melhor que enfrente a morte até o derradeiro instante, mesmo que esteja inconsciente.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 270.

⁴² DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 270-271.

Seres humanos costumam utilizar de fundamentos paternalistas para decidir acerca da vida de outrem, por considerar que sabe o que é melhor para o enfermo terminal, na lição de Ronald Dworkin⁴³:

Interesses fundamentais. Muitos pacientes se opõem à eutanásia por razões paternalistas. Em sua opinião, mesmo quando as pessoas decidiram, deliberada e conscientemente, que preferem morrer – quando sabemos ser esse o seu verdadeiro desejo -, ainda assim constitui um mal o fato de terem feito tal opção. Quase todos nós adotamos esse ponto de vista, ao menos em alguns casos. [...] Poderíamos achar certo tentar impedir seu suicídio mesmo que isso significasse interná-lo em uma instituição ou violar sua autonomia de outras maneiras. Nossas razões são paternalistas: acreditamos que ele desconhece seus próprios interesses e que sabemos melhor o que é bom para ele.

Ronald Dworkin⁴⁴ nos traz relevantes indagações acerca de como a morte pode ser melhor para a pessoa inconsciente, que sequer ter noção de seu real estado:

Também é preciso entender a atitude oposta: aquela de que seria melhor deixar morrer as pessoas em estado de inconsciência permanente. Como a morte poderia ser melhor para alguém que não tem a menor consciência do estado em que se encontra? Por que, em tais circunstâncias, dar-se ao trabalho de assinar um testamento de vida? Por que, por exemplo, Nancy Cruzan não poderia ter considerado indiferente continuar ou não a viver em estado vegetativo, o que para ela não faria a menor diferença? Por que seus pais deveriam enfrentar tantos problemas adicionais – processos e apelações intermináveis – para mudar o estado da filha, passando-a do status de praticamente morta para o de tecnicamente morta?

Saber se a morte atende ou não aos interesses fundamentais do enfermo terminal (e por que não também o deficiente físico e mental) é que é a grande questão, tão pouco estudada, conforme alerta Dworkin⁴⁵:

Ainda que os advogados tenham debatido os prós e contras da questão, e muito embora o caso tenha se arrastado por muito tempo, uma vez que envolvia decisões judiciais em vários níveis, ninguém contestou o ponto de vista de que a questão central consistia em saber se era possível,

⁴³ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 271-272.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 273.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 274.

responsavelmente, considerar que a morte atendia aos interesses fundamentais de um paciente em estado vegetativo irreversível.

Dworkin⁴⁶ orienta que a manutenção indiscriminada da vida não atente contra os interesses e vontade do paciente:

Mas o ponto de vista comum de que mesmo a mais frágil probabilidade teórica de recuperação justifica que pessoas em estado vegetativo sejam mantidas vivas por tempo indeterminado pressupõe, como faz o argumento de Rehnquist, que o fato de permanecer indefinidamente vivo não pode, em si mesmo, contrariar os interesses do paciente.

Immanuel Kant⁴⁷ conceitua o que é vontade:

A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais e liberdade seria a propriedade desta causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, independentemente de causas estranhas que a determinem; assim como necessidade natural é a propriedade de causalidade de todos os seres irracionais de serem determinados à atividade pela influência de causas estranhas. A definição de liberdade que acabamos de propor é negativa e, portanto, infecunda para conhecer sua essência; mas dela decorre um conceito positivo, desta mesma liberdade, que é tanto mais rico e fecundo.

Kant⁴⁸ ainda ensina que a liberdade é lei para os seres racionais:

Não basta que atribuamos liberdade à nossa vontade, seja por que razão for, se não tivermos também razão suficiente para a atribuirmos a todos os seres racionais e não basta verificá-la por certas supostas experiências da natureza humana (se bem que isto seja absolutamente impossível e só possa ser demonstrado *a priori*).

O enfermo terminal, que ainda possui autonomia, também age com base em sua liberdade. Liberdade é a ausência de coação, segundo Friedrich August Von Hayek⁴⁹:

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 278.

⁴⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. [Título original: *grundlegung zur Metaphysic der Sitten*]. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 93.

⁴⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 95.

⁴⁹ HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade**; introdução de Henry Maksoud. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Italo Stelle. São Paulo: Visão, 1983, p. 17.

Entendemos por ‘coerção’ o controle exercido sobre uma pessoa por outra em termos de ambiente ou de circunstâncias, a ponto de, para evitar maiores danos, aquela ser forçada a agir para servir aos objetivos desta e não de acordo com um plano coerente que ela própria elaborou. Indivíduo torna-se incapaz de usar a sua própria inteligência e conhecimento ou mesmo de se orientar por seus objetivos e ideais, exceto no sentido de escolher o menor dos males numa situação que lhe é imposta por outra pessoa.

Assim como Hayek, Battista Mondin⁵⁰ relaciona liberdade à ausência de coação:

Geralmente, com a palavra liberdade, entendemos ausência de constrangimento (*immunitas a coactione*, diziam os escolásticos). A coação pode depender de diversas causas e, por isso, distinguidos vários tipos de liberdade, dos quais os principais são: liberdade física (que é a isenção de constrangimento físico); liberdade moral (que é a isenção da pressão de forças relativas à ordem moral, como prêmios, punições, leis, ameaças, etc.); liberdade psicológica (que é a isenção de impulsos de outras faculdades humanas sobre a vontade para fazê-la agir de determinada forma); liberdade política (é a isenção de determinados políticos), liberdade social (é a ausência de determinismos sociais).

Friedrich Hayek⁵¹ ainda lembra que, através da liberdade, também existe o revés: arcar com as respectivas consequências das ações: “Liberdade não apenas significa que o indivíduo tem a oportunidade e, ao mesmo tempo, a responsabilidade de escolher; também significa que deve arcar com as consequências de suas ações, pelas quais será louvado ou criticado. Liberdade e responsabilidade são inseparáveis.”

Hayek⁵² alerta que a igualdade pode produzir desigualdade:

A igualdade estabelecida pelas normas legais e de conduta gerais é, todavia, a única forma de igualdade que conduz à liberdade e a única que podemos obter sem destruir a liberdade. A liberdade não só não tem relação alguma com qualquer outro tipo de igualdade, como também tende, em muitos casos, a produzir desigualdade.

Não é por presumir que os indivíduos sejam de fato iguais ou por torná-los iguais, que nossa justificativa filosófica da liberdade exige que o Estado trate todos da mesma maneira. Ela afirma que essas diferenças individuais não justificam que os governos tratem os indivíduos de forma diferente. Opõe-se às desigualdades de tratamento dispensado pelo Estado que se tornariam

⁵⁰ MONDIN, Battista. **O homem: quem é ele? Elementos de antropologia filosófica**. Tradução de R. Leal Ferreira e M. A Ferrari. 12. ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 112.

⁵¹ HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade**. Introdução de Henry Maksoud. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Italo Stelle. São Paulo, Visão, 1983, p. 76.

⁵² HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade**. Introdução de Henry Maksoud. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Italo Stelle. São Paulo, Visão, 1983, p. 92.

necessárias se fosse preciso garantir, a pessoas efetivamente diferentes, iguais posições na sociedade.

Hayek⁵³ almeja o alcance do máximo de utilidade com o mínimo de sacrifício: “O que ocorre, evidentemente, é que nós não pretendemos que as pessoas conquistem o máximo de mérito, mas um máximo de utilidade com um mínimo de esforço e sacrifício e, portanto, um mínimo de mérito.”

É possível que o ser humano esteja biologicamente vivo, porém, sem condições de exercer sua autonomia, liberdade, despido de consciência por condições precárias de sua saúde. O enfermo terminal e o deficiente devem ser mantido vivo, indefinidamente ou é possível interromper/aceitar o termo final desse período de enfermidade? São as indagações trazidas por Maria de Fátima Freire Sá.⁵⁴

A evolução da medicina e os constantes progressos biotecnológicos deram vazão a varais discussões e o certo é que há forte corrente que abandonou a ideia de pensar a vida como o simples respirar, não somente como garantia de sobrevivência, ou como garantia da batida de um coração ou uma doce ilusão. A discussão que permeia a garantia do direito à vida versa, não raro, em relação à sua qualidade e dignidade, como construção diária. Daí a pergunta: pacientes terminais têm direito de morrer em paz e com dignidade? Ou devem sobreviver mesmo que vegetativamente, até a parada respiratória ou a morte cerebral?

Maria de Fátima Freire Sá⁵⁵ ainda lembra que os pacientes terminais são tão dependentes, é possível que seus direitos nem estejam garantidos:

Há casos de pacientes com lesões provenientes de doenças degenerativas, cujas curas não foram encontradas pela medicina, e vêm suas vidas esvaindo-se passo a passo, lentamente, em meio a perdas e retomadas de consciência. Em decorrência dessas mesmas doenças, passam, gradativamente, a depender da boa vontade de outrem, para que os representem ou os assistam, dependendo do caso, sob o ponto de vista jurídico. Há determinadas situações em que nem a assistência ou a representação podem ser tidas como garantidoras de seus direitos.

Reproduzimos abaixo a Declaração dos Direitos da Pessoa Moribunda⁵⁶:

⁵³ HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade**. Introdução de Henry Maksoud. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo, Visão, 1983, p. 104.

⁵⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 26.

⁵⁵ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 26.

Eu tenho o direito de ser tratado como um ser humano até a minha morte.
Eu tenho o direito de conservar o sentimento de esperança, seja qual for a mudança que possa ocorrer.
Eu tenho o direito de exprimir os meus sentimentos e emoções a respeito de minha morte próxima, à minha maneira.
Eu tenho o direito de ser ajudado, assim como a minha família, a aceitar a morte.
Eu tenho o direito de morrer em paz com dignidade.
Eu tenho o direito de manter a minha personalidade e não ser julgado por minhas decisões que podem ser contrárias às crenças dos outros. Eu tenho o direito de participar das decisões sobre minha assistência.
Eu tenho o direito de exigir a continuada assistência médica e de enfermagem, mesmo embora as metas de cura possam ser mudadas pelas metas de conforto.
Eu tenho o direito de não morrer sozinho.
Eu tenho o direito de ser libertado da dor.
Eu tenho o direito de ter as minhas perguntas respondidas honestamente.
Eu tenho o direito de discutir e aumentar as minhas experiências religiosas e/ou espirituais, seja o que possam significar para os outros.
Eu tenho o direito de exigir que a inviolabilidade do meu corpo seja respeitada após a morte.
Eu tenho o direito de ser assistido por pessoas carinhosas, sensíveis e com capacidade de sentir prazer em ajudar em face da morte.

Através da Declaração dos Direitos da Pessoa Moribunda observa-se uma busca por um tratamento com condições humanas, direito do paciente e de sua família a aceitar a morte, autonomia para participar das decisões sobre a própria assistência, autonomia para ser libertado de dor; direito de que perguntas lhes sejam solucionadas como reflexo do direito à informação.

A inviolabilidade do direito à vida é prevista no art. 5º, *caput* da CF, conforme segue: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguinte”. Tal dispositivo é explicado por Pedro Lenza⁵⁷: “O direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5.º, *caput*, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna”.

O Direito à vida é inviolável, segundo Pietro de Jesus Lora Alarcón:⁵⁸

⁵⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 33.

⁵⁷ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 970.

⁵⁸ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano – e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, p. 182.

Diz a norma que o direito à vida é inviolável, portanto, ao abrigo de qualquer violência, intocável e intangível. Em homenagem à supremacia do Diploma Constitucional e com fundamento no art. 60, §4º, IV, pode-se inferir que qualquer projeto de ementa tendente a abolir a inviolabilidade do direito à vida seria inconstitucional.

Pietro de Jesus Lora Alarcón⁵⁹ ainda lembra que o direito à vida é extrapatrimonial, indisponível, inalienável, intransmissível, irrenunciável e imprescritível, pontos que servirão para solução de problemas:

Há que se introduzir como inerentes à noção de fundamentalidade do direito à vida sua extrapatrimonialidade, sua indisponibilidade, sua impossibilidade de alienação e transmissão, sua irrenunciabilidade e sua imprescritibilidade. Quando da argumentação sobre as manipulações e terapias genéticas, estas características irão surgir como tabelas diferenciadoras de espaços de análise e simultaneamente organizadoras de saídas para problemas concretos.

7 ADPF 54 MC-DF

Queremos relembrar o julgamento da ADPF 54 MC – DF⁶⁰ pelo Supremo Tribunal Federal, acerca da gestação de feto anencefálico. Nesse acórdão, fica evidente que o planejamento familiar deve ser feito pelo casal, na forma do art. 226, §7º da CF. O acórdão preserva direito à autonomia da vontade, da legalidade e dignidade da pessoa humana.

Uma vez constatada a gestação de feto anencefálico, a chance de sobrevivência do bebê é muito baixa:

No caso da anencefalia, a ciência medica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razões em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de feto anencefálico, a partir do laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto.

⁵⁹ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano – e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, p. 184.

⁶⁰ BRASIL, Supremo tribunal Federal. **ADPF 54 MC/DF**. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 01.07.2004. Publicado no DJ 02.08.2004, p. 0064.

No julgamento da ADPF 54 MC – DF, o Supremo Tribunal Federal confirmou, portanto, a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana, preservando também os direitos à saúde e liberdade.

Parece-nos que o Supremo Tribunal Federal aplicou o direito à vida, em detrimento do dever de viver. Ora, se o feto teria mínimas chances de sobrevivência, seria torturante dar continuidade à gestação para seus familiares e, principalmente a gestante. Seria possível raciocinar, a partir desse acórdão, que a vida deve ser exercida com alegria, deleite, sem que cause sofrimento a quaisquer pessoas, seja pelo próprio paciente ou por seus entes familiares.

8 SOPESAMENTO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS

Estudamos aqui o direito à vida (ou o dever de viver), o suposto direito de não nascer e não viver. Para identificar qual direito deve prevalecer ou qual tem mais valor, precisamos utilizar de critérios jurídicos, sem que haja arbitrariedade ou impulsos emotivos do aplicador do direito, afastando-nos do Juiz Hercules⁶¹ (escolhe qual norma jurídica aplicar, partindo de teorias políticas com as mais variadas interpretações).

Destacam-se entre os critérios os métodos desenvolvidos por Robert Alexy e Ronald Dworkin, sobre os quais faremos breves observações, adaptando-os ao nosso estudo.

O confronto de direitos fundamentais implicará, certamente, em limitações/sacrifícios, como explica Robert Alexy⁶²:

O olhar sobre o fenômeno da colisão de direitos fundamentais deu à luz constelações altamente diferentes que, porém, tem algo em comum, todas as colisões podem somente então ser solucionadas se de um lado ou de ambos de alguma primeira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos. A questão é como isso deve ocorrer.

Ronald Dworkin⁶³ distingue “regras” de “princípios” da maneira que sintetizamos a seguir:

⁶¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 192. (Justiça e direito)

⁶² ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 73.

⁶³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002 (Justiça e direito), p. 39-42.

Regras	Princípios
Aplicação por subsunção (tudo-ou-nada): a regra [e ou não valida.	Aplicação de um princípio exclui a incidência de outro
Não possuem dimensão de peso/importância	Possuem dimensão de peso ou importância

Robert Alexy⁶⁴ explica que regra e princípio fazem parte da categoria norma jurídica, diferenciando-as do seguinte modo:

Norma jurídica	
Regras	Princípios
Grau de generalidade e abstração baixos	Alto grau de generalidade e abstração
Contém determinações	Contém mandamentos de otimização
Regras sofrem conflito: uma exclui a outra	Princípios podem passar por colisões

Lenio Luiz Streck⁶⁵ defende que a Constituição deve ser compreendida por uma dimensão que banhe todo o universo dos textos jurídicos:

Na verdade, a construção das condições para a concretização da Constituição implica entender a Constituição como uma dimensão que banha todo o universo dos textos jurídicos, transformando-o em normas, isto porque e sempre produto da atribuição do sentido do interprete, ocorre sempre a partir de um ato aplicativo, que envolve toda a historicidade e a facilidade, enfim, a situação hermenêutica em que se encontra o jurista/interprete.

Ousamos apontar que essa dimensão que deva banhar o universo dos textos jurídicos, como menciona Lenio Luiz Streck, é a dignidade da pessoa humana, que representa fundamento da República Federativa do Brasil, expresso no art. 1º, III, da CF:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.

[...]

⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgilio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 87-90.

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Teoria da Constituição e Jurisdição Constitucional**. Currículo permanente. Caderno de Direito Constitucional. Modulo V. Escola de Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2006, p. 54-55.

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe, simultaneamente, um dever de abstenção e condutas positivas, na lição de Sarlet⁶⁶:

Assim, percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos. Nesta linha de raciocínio, sustenta-se com razão, que a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que atenda às exigências desse princípio.

Sarlet⁶⁷ aponta para necessidade de observância da dignidade da pessoa humana nas relações particulares, já que o Estado não é o único agressor dos direitos fundamentais:

Para além desta vinculação (na dimensão positiva e negativa) do Estado, também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o que implica a existência de deveres de proteção e respeito também na esfera das relações entre particulares.

Ousamos considerar que o direito à vida pode ser visto como uma regra, que cede diante do princípio da dignidade da pessoa humana, que deve reger toda e qualquer relação social e jurídica, por ser o fundamento expresso no art. 1º, III, CF.

Devemos concluir que não existem respostas corretas para os casos difíceis, como ensina Ronald Dworkin⁶⁸:

É certamente impossível que, num caso verdadeiramente difícil, uma das partes esteja simplesmente certa e a outra, simplesmente errada. Mas por quê? Pode ser que a suposição de que uma das partes pode estar certa e a outra, errada, esteja cimentada em nossos hábitos de pensamento em um nível tão profundo que não podemos, de modo coerente, negar tal suposição, por mais céticos ou intransigentes que pretendamos ser nessas questões. Isso explicaria nossa dificuldade em formular coerentemente o argumento teórico. O mito de que um caso difícil só existe uma resposta correta e tão obstinado quanto bem sucedido.

9 OBJETIVO DA EXISTÊNCIA HUMANA

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 121.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 122.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 446. (Justiça e direito)

Immanuel Kant⁶⁹ entende que a felicidade humana é o objetivo natural do ser humano:

Há no entanto *uma* finalidade da qual se pode dizer que todos os seres racionais a perseguem realmente (enquanto lhes convêm imperativos, isto é como seres dependentes), e portanto uma intenção que não só eles *podem* ter, mas de que se deve admitir que a têm na generalidade por uma necessidade natural. Esta finalidade é a *felicidade*.

Immanuel Kant⁷⁰ reconhece que o conceito de felicidade é indeterminado, mas que leva a uma ideia de bem-estar, presente e futuro:

Mas infelizmente o conceito de felicidade é tão indeterminado que, se bem que todo o homem a deseje alcançar, ele nunca pode dizer ao certo e de acordo consigo mesmo o que é que propriamente deseja e quer. A causa disto é que todos os elementos que pertencem ao conceito de felicidade são na sua totalidade empíricos, quer dizer têm que ser tirados da experiência, e que, portanto para a ideia de felicidade é necessário um todo absoluto, um máximo de bem-estar, no meu estado presente e em todo o futuro.

São Tomás de Aquino⁷¹ observa que a finalidade do ser humano é a felicidade (beatitude perfeita), após o que nada mais há a ser desejado:

A consumação do homem consiste na consecução do último fim, que é a beatitude perfeita (ou felicidade) que consiste na visão de Deus, assim como acima explicitado.

Atinge-se a visão divina pela imutabilidade à visão da causa primeira, na qual todas as coisas podem ser conhecidas, cessa a sua função inquiridora. Cessa a mobilidade da vontade, porque, tendo ela atingido o fim último, no qual está contida a plenitude de toda a bondade, nada mais resta a ser desejado. A vontade, com efeito, é mutável, porque deseja algo que não possui. Fica, pois, provado que a última consumação do homem consiste na perfeita quietude, ou imobilidade, da Inteligência e da vontade.

Aldo Vendemiati⁷² defende que “o ânimo humano é caracterizado por uma sede de felicidade total, absoluta, que não poderá nunca ser satisfeita por algum bem intramundano, relativo”.

⁶⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 50-51.

⁷⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 55.

⁷¹ AQUINO, São Tomás de. **Compêndio de Teologia**. Tradução e notas de D. Odilão Moura, OSB. Presença. Rio de Janeiro, 1977, p. 166.

A felicidade advém do resultado do que se ama, segundo Aldo Vendemiati⁷³: “Compreende-se, portanto, a ligação entre vida boa e felicidade: o homem virtuoso é feliz porque, realizando o bem na sua vida, obtém exatamente aquilo que quer, aquilo que deseja no profundo do próprio ser, aquilo que ama realmente.”

O enfermo terminal e o deficiente possuem condições físicas e/ou psíquicas por demais limitadas, alguns são conscientes e outros nem consciência do estado em que se encontram. Parece-nos que ambos estão impossibilitados, por si próprios, de atingir a finalidade buscada por todo ser humano: felicidade.

Ronald Dworkin⁷⁴ defende que a *performance* da vida é que é relevante:

Valorizamos vidas humanas bem vividas não pela narrativa completada, como a ficção faria, mas porque elas também incorporam uma *performance*; uma ascensão para o desafio de ter uma vida a levar. O valor final de nossas vidas é um advérbio não de um adjetivo – uma questão de como nós realmente vivemos e não de uma etiqueta colada ao resultado final. É o valor da *performance*. O que conta é a *performance*, ao invés do valor de produto de viver daquele modo.

A partir da *Declaração dos Direitos da Pessoa Moribunda*, verifica-se que o enfermo terminal e o deficiente ainda gozam de autonomia e liberdade, para se possível, decidir sobre seu próprio destino de aceitar ou não a proximidade da morte, quando a dor e o sofrimento de seu estado físico não mais lhe permitam lutar pela finalidade da existência humana: felicidade.

Se o planejamento familiar (art.226, §7º, CF) foi regulamentado e tem sido aplicado pelo SUS, visando que o casal decida até quando é hora de gerar filhos (saudáveis ou não), parece-nos que, em se tratando de concepção indevida, nascimento indevido e vida indesejada existe o direito de viver, em detrimento do dever de viver.

Não nos parece razoável, adequado e de acordo com o preceito fundamental da dignidade da pessoa humana obrigar nascer e manter vivo compulsoriamente um ser humano, com ou sem deficiências, com uma série de implicações existenciais.

⁷² VENDEMIATI, Aldo. **Em primeira pessoa**: elementos de ética geral. Tradução de José Francisco de Assis. Maringá, Pr: *Humanitas Vivens*, 2012, p. 182.

⁷³ VENDEMIATI, Aldo. **Em primeira pessoa**: elementos de ética geral. Tradução de José Francisco de Assis. Maringá, Pr: *Humanitas Vivens*, 2012, p. 113.

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. O que é uma vida boa? [Original: *What is a good life?*] Tradução de Emile Peluso Neder e Alonso Reis Freire. **Revista Direito GV**. São Paulo, jul.-dez. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322011000200010&script=sci_arttext> Acesso em: 27 fev. 2014. [p. 613-614]

Em se tratando especificamente da pessoa deficiente, dependendo da gravidade e do tipo de sua deficiência, pode não ser capaz de buscar a felicidade, fim da existência humana. As adaptações da vida humana pelo deficiente e pelos que integram sua comunidade precisam ocorrer em um grau satisfatório, sob pena de produzir no deficiente uma sensação de incapacidade, conduzindo para o desejo de não viver e sentimento de vida indesejada.

10 CONCLUSÃO

O direito à vida é tutelado na Constituição Federal no art. 5º, *caput*, que é previsto como um direito inviolável. A personalidade se inicia no nascimento com vida, segundo o art. 2º do Código Civil. Essas foram nossas balizas para o estudo da concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida.

Ao lado da inviolabilidade do direito à vida, devemos lembrar que a dignidade da pessoa humana é um dos preceitos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, Constituição Federal). A dignidade da pessoa humana deve atuar como vetor indicativo e balizador da análise das situações concretas. A vida pode se referir à vida animal (apetites e movimentos, regidos por mera necessidade); vida humana (resultado de vontade e consciência); vida do espírito (alma se volta a Deus).

Falamos dos casos de gravidez não planejada e equívocos nos métodos anticoncepcionais com nascimento de criança saudável (*wrongful conception*); gravidez planejada e falha no pré-natal e testes genéticos com nascimento de criança deficiente (*wrongful birth*); e *wrongful life* que se refere aos casos do ser humano deficiente.

Ora, a vida possui implica em capacidade de crescimento e desenvolvimento; capacidade de oferecer resposta aos estímulos externos ou capacidade de excitação; e capacidade de reprodução. Tudo isso requer exercício com liberdade, autonomia, baseadas na dignidade da pessoa humana.

Para o estudo do direito de nascer, não nascer e não viver, deve-se lembrar que o ser humano não pode ser tratado como objeto, mas sujeito de direitos das relações humanas. Como ser humano, há que se lembrar que o bebê proveniente de qualquer tipo de gestação desejada, não planejada, de bebê saudável ou portador de anomalia precisam ter uma vida digna.

A análise da concepção indevida, nascimento indevido e vida indesejada implicam na apreciação do direito à vida, direito do concebido (nascer e de não nascer), direito da

mulher em não ser sacrificada na cura dos filhos que não escolheu ter e o direito da sociedade em promover controle de nascimentos.

Todo ser humano tem direito a exercer a vida como direito, e não como um dever, para que consiga extrair prazer, alegria e deleite, sem que o simples ato de viver lhe traga dor, angústia e sofrimento.

Nosso estudo ousou considerar a vida como regra, e a dignidade da pessoa humana como princípio, vetor indicativo das relações. Assim, a regra do direito à vida cede, diante da relevância do princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, Constituição Federal).

A dignidade da pessoa humana é o que garante também, a existência do ser humano, que sempre está a buscar a felicidade, em suas relações.

O desafio é identificar se manter a vida biológica ou aceitar a proximidade da morte, pelo próprio ser humano e por seus familiares, é que atende aos interesses do ser humano, solução a ser identificada com o vetor da dignidade da pessoa humana, para a análise da performance.

Concluimos nosso estudo lembrando Dworkin, para quem um caso difícil não comporta uma única resposta correta, já que a singularidade da resposta correta decorre da intransigência em negar a existência de outros fatores e argumentos, com ou sem utilização de argumentos paternalistas.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano – e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *In*: **Revista de Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

AQUINO, São Tomás de. **Compêndio de Teologia**. Tradução e notas de D. Odilão Moura, OSB. Presença. Rio de Janeiro, 1977.

BARCHFONTAINE, Paul. Nascer ou não com graves deficiências congênitas? Algumas interpeleções bioéticas. In: **Bioética**: poder e injustiça. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Sociedade Brasileira de Bioética; Edições Loyola. 2. ed. Outubro de 2004.

BARROSO, Luiz Roberto Barroso. **Pesquisas com células-tronco embrionárias e interrupção da gestação de fetos anencefálicos**: vida, dignidade e direito de escolha. Disponível em: < www.luisrobertobarroso.com.br>. Acesso em: 13 jun. 2013.

BRASIL, Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.805, de 09.11.2006**, publicada no Diário Oficial da União em 28.11.2006. Disponível em: < http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 26 jan. 2014.

BRASIL, Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.931 de 24.09.2009**, republicada no Diário Oficial da União em 13.10.2009. Disponível em: < http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.510**, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, *DJE* de 28-5-2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54 MC/DF**, Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 01.07.2004. Publicado no DJ 02.08.2004, p. 0064.

DIAS, José Francisco de Assis. **Aborto? Sou contra!** Os argumentos anti-abortistas de Norberto Bobbio (1909-2004). 2. ed. Maringá, PR: Humanitas Vivens, 2011.

DIAS, José Francisco de Assis. **NÃO MATARÁS! A vida humana como valor primordial no pensamento de Norberto Bobbio**. 2. ed. Maringá, PR: Humanitas Vivens, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002 (Justiça e direito).

DWORKIN, Ronald. O que é uma vida boa? [Original: *What is a good life?*] Tradução de Emile Peluso Neder e Alonso Reis Freire. **Revista Direito GV**. São Paulo. Jul-dez 2011. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322011000200010&script=sci_arttext> Acesso em: 27 fev. 2014.

HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade**. Introdução de Henry Maksoud. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983.

HUGON, Padre Édouard, O P. **Os princípios da filosofia de São Tomás de Aquino**: as vinte e quatro teses fundamentais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. [Título original: *Grundlegung zur Metaphysic der Sitten*]. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEOPOLDO E SILVA, Franklin. Viver: um direito? Um dever? **Revista Bioethikos** – Centro Universitário São Camilo. 2012; 6:339-347. Disponível em: <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/mundo_saude/96/10.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2014.

LUNA, Naara. **A personalização do embrião humano: da transcendência na biologia**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-93132007000200005&script=sci_arttext>. Acesso em: 15 set. 2013.

MONDIN, Battista. **O homem: quem é ele? Elementos de antropologia filosófica**. Tradução de R. Leal Ferreira e M. A Ferrari. 12. ed. São Paulo: Paulus, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Marcelo Antonio da. Viver: um direito? Um dever? **Revista Bioethikos** – Centro Universitário São Camilo. 2012; 6:339-347. Disponível em: <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/mundo_saude/96/10.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2014.

SILVA, Otto Marques da. **A EPOPÉIA IGNORADA - A Pessoa Deficiente na História do Mundo de Ontem e de Hoje**: São Paulo. Cedas, 1987.

SILVA, Rafael Peteffi. **Wrongful conception, wrongful birth e wrongful life**: indenização pelo nascimento de filhos indesejados e os recentes posicionamentos da jurisprudência brasileira. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10781&revista_caderno=7>. Acesso em: 18 jan. 2014.

VAZ, Henrique C. L, S.J. **Antropologia filosófica - I**, São Paulo: Edições Loyola. (Coleção Filosofia)

VENDEMIATI, Aldo. **Em primeira pessoa**: elementos de ética geral. Tradução de José Francisco de Assis. Maringá: *Humanitas Vivens*, 2012.