

RESUMO DE TESES DE DOUTORADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS

DIREITOS FUNDAMENTAIS INDISPONÍVEIS: OS LIMITES E OS PADRÕES DO CONSENTIMENTO PARA A AUTOLIMITAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

Letícia de Campos Velho Martel*

Universidade: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ

Programa: Centro de Pós-graduação em Direito

Título da Tese: Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida

Autor: Letícia de Campos Velho Martel

Banca examinadora: Luís Roberto Barroso – UERJ, Ricardo Lobo Torres – UERJ, Daniel Antônio de Moraes Sarmiento – UERJ, Clemerson Merlin Cleve – UFPR, Cláudio Pereira de Souza Neto – UFF.

Ano da Defesa: 2010

Prêmios: Prêmio Capes de Tese 2011. Área do Direito.

Resumo: O tema da tese é a indisponibilidade dos direitos fundamentais de cunho pessoal. Está delimitado no exame da possibilidade de disposição de posições subjetivas do direito fundamental à vida e na análise dos limites e padrões do consentimento para a autolimitação, no contexto da morte com intervenção, à luz do sistema constitucional brasileiro. Como marco teórico, foi adotado o liberalismo igualitário, aliado a teorias primariamente baseadas em direitos. O objetivo geral foi discutir a possibilidade de disposição de posições subjetivas do direito fundamental à vida e os limites e padrões do consentimento autolimitador, no contexto da morte com intervenção. Para atender ao objetivo, foram traçados quatro objetivos específicos, cada qual correspondente a um Capítulo. O primeiro foi delimitar conceitualmente a disposição de direitos fundamentais, distinguindo-a de figuras afins. Concluiu-se que a indisponibilidade é normativa e que dispor de um direito fundamental significa enfraquecer, por força do consentimento do titular, uma ou mais posições subjetivas de direito fundamental perante terceiros, quer o Estado, quer particulares, permitindo-lhes agir de forma que não poderiam, tudo o mais sendo igual, se não houvesse o consentimento. Reputado indisponível um direito, apenas o consentimento do titular não será suficiente a alterar posições subjetivas

Doutora em Direito (UERF), Professora do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito (PUC-RJ)

de direito fundamental, não justificando a interferência de terceiros, nem criando novos deveres de mesmo conteúdo para o titular. O consentimento é necessário à disposição e opera como justificação procedimental. O segundo objetivo específico foi investigar as teses de justificação da (in)disponibilidade. O estudo levou à adoção da premissa operativa da tese, a disponibilidade *prima facie* das posições subjetivas de direitos fundamentais. Concluiu-se pela necessidade de justificação para o emprego de argumentos de paternalismo jurídico e afins, bem como para a dignidade como heteronomia, eis que o sistema constitucional, à luz da integridade, tende mais à dignidade como autonomia. O terceiro objetivo específico foi investigar as teses de aplicação sobre a disponibilidade. Concluiu-se que a genuinidade do consentimento, centrada na escolha livre e informada, é elemento aplicativo nuclear, ao lado das modalidades de disposição, da relação de base, dos postulados normativos aplicativos e do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Concluiu-se que para que o titular possa dispor, é preciso que seja um sujeito do consentimento. Em hipóteses de julgamento por substituição e de atuação de representantes, poderá ocorrer disposição, se houver recondução ao consentimento ou modo de decidir do titular. O quarto objetivo específico consistiu em compreender e discutir a autolimitação de posições jurídicas subjetivas do direito fundamental à vida no contexto da morte com intervenção. Como conclusão central, entendeu-se que é justificável que sejam reputadas indisponíveis as posições subjetivas do direito fundamental à vida como linha de princípio, em razão da proteção dos direitos de terceiros, da manutenção dos níveis de proteção do direito à vida em sua dimensão objetiva e da dignidade humana como heteronomia. As condicionantes fáticas e jurídicas da morte com intervenção modificam a justificação para a indisponibilidade das posições subjetivas do direito fundamental à vida quanto à LCT, em razão: (a) das diferenças entre a LCT e os cuidados paliativos, de um lado, e a eutanásia e o suicídio assistido, de outro; (b) do equacionamento diferenciado na aplicação do postulado da proporcionalidade; (c) da dignidade humana como autonomia; (d) da vedação do paternalismo e afins injustificados. Desse modo, há hipóteses permitidas de disposição de posições subjetivas do direito fundamental à vida, quais sejam, a recusa genuína em iniciar ou persistir em intervenções médicas de prolongamento e de manutenção de vida. Concluindo-se pela permissão da LCT e das disposições de posições subjetivas do direito à vida que acarreta, elaboraram-se as diretrizes para a genuinidade do consentimento. Além das diretrizes básicas, expostas no Capítulo 3, na LCT são necessárias: (a) verificação da origem da decisão e da maturidade da manifestação por profissionais habilitados, após o adequado processo de informação; (b) confirmação do diagnóstico e do prognóstico; (c) verificação da inoportunidade de depressão tratável; (d) verificação da adequação dos paliativos e tratamentos para a dor oferecidos; (e) verificação de eventuais conflitos de interesses entre a instituição hospitalar, a equipe de saúde e os interesses dos pacientes e de seus responsáveis; (f) garantia de assistência plena, se desejada, e verificação da inexistência de conflitos econômicos; (g) verificação da inexistência de eventuais conflitos de interesses entre o paciente e seus familiares ou representantes; (h) debate dos casos e condutas por

Comitês Hospitalares de Bioética, quando ainda não houver posicionamento em situações análogas; (i) formulação de TCLE específico. Conjuntamente às salvaguardas, concluiu-se pela necessidade de adoção de quatro políticas públicas: (a) regulamentação dos contornos da LCT; (b) incentivo, aperfeiçoamento e promoção dos sistemas de cuidados paliativos e de controle da dor; (c) incentivo, aperfeiçoamento e promoção dos CBs; (d) educação dos profissionais da saúde para a tomada de decisões morais complexas e para o trato com a finitude humana, além de informação do público em geral.

Disponível em:

http://works.bepress.com/leticia_martel/

Data da submissão: 28 de agosto de 2012

Aceito em 28 de agosto de 2012

